

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 5059.2

Março, 2014

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.

ANDRÉ MACHADO CAVALCANTI

Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de João Pessoa/Unipê. Diretor de Formação e Cultura da Anamatra (gestão 2013-2015). Juiz Titular da Vara do Trabalho de Itaporanga/PB.

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 pela PUC/SP. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC/MG. Juiz do Trabalho Titular da 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/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

Juiz do Trabalho do TRT da 5ª Região/BA. Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia/ UFBA. Extensão universitária em Economia do Trabalho pelo CESIT/UNICAMP. Professor de Direito e Processo do Trabalho na Universidade do Estado da Bahia/UNEB. Coordenador Executivo da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região/EMATRA 5. Membro do Conselho Consultivo da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (2005-2011; 2013-).

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 Econômica e em Dogmática Jurídica. Professor do Curso de Graduação em Direito da Unisul –

Universidade do Sul de Santa Catarina. Professor em Cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*.
Professor Convidado-Permanente da Escola Superior de Advocacia da OAB/SC.
Membro da Comissão Técnico-Científica da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da
12ª Região/SC (2006-2007). 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 Adjunto da Universidade Estadual de Londrina.

Sumário

<i>Abreviaturas e siglas usadas</i>	9
<i>Editorial</i>	11
<i>Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sententas</i>	13
Doutrina	
A proteção à relação de emprego e a (in)constitucionalidade do ato de denúncia da Convenção n. 158 da OIT <i>Daniel Gonçalves de Melo</i>	17
O Projeto de Lei n. 4.330/2004 e a agenda nacional do trabalho decente <i>Eneida Melo Correia de Araújo</i>	31
Responsabilidade subsidiária e disponibilização judicial de valores pela tomadora de serviços em face da prestadora para pagamento de crédito trabalhista: competência e tutela processual adequada <i>Fábio Lucas Telles de Menezes Andrade Sandim</i>	44
A (re)construção da identidade do sujeito constitucional trabalhador com deficiência e reabilitado pelo INSS <i>Fausto Siqueira Gaia</i>	59
CIPA e dissimetria estabilitária: até quando? <i>Geovane de Assis Batista</i>	70
Participação nos lucros e resultados: uma abordagem à luz do dever de proteção <i>Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale</i>	94
Processo judicial eletrônico: agentes automatizados e seus atos. Norma tecnológica e ato tecnológico (eNorma e eAto) <i>S. Tavares Pereira e Alexandre Golin Krammes</i>	113
Meio ambiente do trabalho e Poder Público: crítica póstera à Portaria n. 66/2013, da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado de Rondônia <i>Guilherme Guimarães Feliciano, Ney Maranhão e Flávio Leme Gonçalves</i>	141

Jurisprudência

— Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região 151

Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região 195

— Sentenças

4ª Vara do Trabalho de Curitiba – PR 215

1ª Vara do Trabalho de Rio Verde – GO 231

10ª Vara do Trabalho de Brasília – DF 269

2ª Vara do Trabalho de Tubarão – SC 279

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

Na semana em que este texto estava sendo redigido, a comunidade justralhista tomava conhecimento de mais uma lamentável notícia de exploração de mão de obra na maior cidade do Brasil e quarta maior metrópole do mundo. Dois bolivianos foram encontrados numa feira livre em São Paulo na condição de “mercadorias”, sendo que o “vendedor” também era um cidadão boliviano sediado no Brasil como empresário, pelo que consta das informações obtidas.

O aliciamento de trabalhadores estrangeiros para trabalhar nas cidades brasileiras é, lamentavelmente, um fenômeno cotidiano e que merece o devido enfrentamento por todo o aparato estatal, tanto quanto outros problemas sociais conhecidos, como o trabalho infantil e degradante de brasileiros e brasileiras.

O Brasil é atualmente apontado pela Organização Internacional do Trabalho como “a melhor referência internacional” de combate ao trabalho escravo em seu relatório “Uma Aliança Global contra o Trabalho Forçado”, lançado em maio de 2005.

Porém, ainda há muito a fazer no combate à exploração extrema do nosso semelhante.

Permanece de forma sub-reptícia (ou mesmo evidente em alguns casos) a absurda ideia de que seres humanos podem ser tratados como simples peças da engrenagem capitalista. Tratados como coisas, contratados sem direitos, vítimas de acidentes e doenças por faltar a devida prevenção por parte das empresas, e por fim atirados à própria sorte quando já não conseguem produzir mais, se retiram com uma mísera aposentadoria, isso se conseguirem provar que houve trabalho formal em tempo suficiente para tanto.

Sim, grande parte das vezes, o próprio Estado “dá as costas” para o trabalhador explorado — salvo quando é resgatado por forças-tarefa do Ministério do Trabalho e Emprego em flagrantes de trabalho análogo à escravidão. Vale frisar que os bolivianos resgatados sequer lavraram boletim de ocorrência policial, por receio de represálias.

De outra vertente, episódios como este demonstram quão longe estamos de viver em uma sociedade que não necessite do poder coercitivo estatal para assegurar os direitos e garantias mínimos de natureza social.

É dizer, em sentido oposto aos que pregam a desconstitucionalização dos Direitos Sociais, especialmente os de ordem trabalhista, e a flexibilização das normas que regem a relação de emprego e suas nuances: não há como acreditar que a sociedade brasileira (e o bloco latinoamericano, na mesma toada) possa se autorregular sem a intervenção estatal, justamente para coibir abusos desta ordem.

É a própria OIT, no documento intitulado “O Trabalho Escravo no Brasil do século XXI” que aponta a necessidade de que “os governos estaduais em cujos territórios são detectados os casos mais graves de trabalho escravo, atuem efetivamente, em conjunto com todas as instituições envolvidas no combate a essa chaga, para controlar o tráfico de trabalhadores”.

E à Justiça do Trabalho brasileira, no âmbito de sua competência, incumbe manter-se alerta e pronta a dar a devida resposta quando o vilipêndio de trabalhadores tratados como meros bens de comércio chegar às suas Unidades Judiciárias, já que tudo indica que outras autoridades responsáveis por coibir os delitos praticados ainda se mantêm na posição de meros espectadores da barbárie, merecendo, entretanto, o devido crédito a atuação firme do Ministério Público do Trabalho e da Polícia Federal em episódios como este.

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

A proteção à relação de emprego e a (in)constitucionalidade do ato de denúncia da Convenção n. 158 da OIT

Daniel Gonçalves de Melo^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo aborda a questão atinente à constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato de denúncia da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho — OIT, tendo em vista a sua adequação material e formal ao ordenamento jurídico pátrio, notadamente diante da garantia de proteção à relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa prevista no art. 7º, inciso I, da Constituição Federal.

Palavras-chave:

- ▶ Constitucionalidade — Denúncia — Convenção — OIT — Proteção — Despedida.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A garantia da proteção ao emprego no ordenamento jurídico brasileiro
- ▶ 3. A (in)constitucionalidade do ato de denúncia da Convenção n. 158 da OIT e a (in)compatibilidade da norma internacional com a Constituição Federal
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

O trabalho é, sem sombra de dúvidas, um dos elementos fundamentais na dinâmica das relações sociais, sendo mesmo um componente da própria personalidade do indivíduo.

Com efeito, ao se conhecer uma pessoa, pergunta-se comumente, após o seu nome, o que faz ou qual a ocupação desse indivíduo.

(*) Juiz do Trabalho do TRT da 14ª Região (RO e AC), sendo Titular da Vara do Trabalho de Epitaciolândia, no Estado do Acre. Pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho pela PUC/MG.

Por essas e por múltiplas outras razões, o desemprego é inegavelmente o maior problema social da atualidade.

O desemprego, em uma sociedade eminentemente capitalista, destrói a autoestima, aniquilando o ser humano, produzindo, ao mesmo tempo, uma série de problemas que atingem toda a coletividade.

Não se desconhece que a causa determinante do desemprego é a falta de políticas macroeconômicas que promovam a abertura e a manutenção de postos de trabalho.

Todavia, esse problema social também tem ligação com a forma de regulação das relações de trabalho.

A facilidade jurídica conferida aos empregadores para dispensarem os seus empregados provoca uma grande rotatividade de mão de obra, o que serve tanto de incremento ao desemprego como provoca insegurança nas relações trabalhistas e, ainda, fragiliza a situação do trabalhador, provocando a precarização das condições de trabalho.

Isso ocorre porque o art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, dispositivo que preceitua ser direito social fundamental dos trabalhadores urbanos e rurais, dentre outros, a “*relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos*” não foi ainda objeto de regulamentação, em que pese os vinte e cinco anos de vigência da Constituição da República.

Nesse panorama, verifica-se que a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho — OIT, que trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, preceitua em seu art. 4º que “*não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço*”.

A indigitada Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional em 17 de setembro de 1992, pelo Decreto Legislativo n. 68/1992, sendo ratificada pelo Governo brasileiro em 04 de janeiro de 1995, para vigorar doze meses depois. Posteriormente, a promulgação de sua ratificação ocorreu com a publicação do texto oficial no idioma português pelo Decreto n. 1.855, de 10 de abril de 1996, da Presidência da República.

Dessa forma, todos os trâmites de validade foram cumpridos em relação à Convenção n. 158 da OIT, conforme previsto nos arts. 49,

incisos I e 84, inciso VIII, ambos da Constituição Federal.

Surpreendentemente, no entanto, passados apenas sete meses do início de sua vigência em território nacional, o Governo brasileiro denunciou a ratificação da Convenção n. 158 da OIT mediante nota enviada ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho — RIT, assinada pelo Embaixador Chefe da Delegação Permanente do Brasil em Genebra (Ofício n. 397, de 20.11.1996). Com o Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, publicado em 23 de dezembro de 1996, o Presidente da República publicou a denúncia, anunciando que a mencionada Convenção deixaria de vigorar no Brasil a partir de 20 de novembro de 1997.

Tal ato de denúncia, contudo, ao contrário do que se verificou com o ato de ratificação, não foi precedido da necessária aprovação do Congresso Nacional, tal como exigem os citados arts. 49, inciso I e 84, inciso VIII, da Constituição Federal.

Partindo de tais premissas, propõe-se no presente estudo analisar de modo crítico o ato de denúncia da Convenção n. 158 da OIT, sob o viés de sua constitucionalidade material e formal, aliado ainda à garantia fundamental de manutenção do emprego, lançando-se mão, para tanto, de textos doutrinários e normativos, além de precedentes jurisprudenciais.

Em um primeiro tópico, será examinado o conteúdo e os efeitos da garantia de proteção ao emprego prevista no art. 7º, inciso I, da Constituição Federal e, em um segundo, será analisado o ato de denúncia da Convenção n. 158 da OIT de modo específico, inclusive sua compatibilidade com o ordenamento jurídico interno, fornecendo-se, então, subsídios à instauração do debate a respeito do tema, sem a pretensão, por óbvio, de esgotar o assunto.

2. A garantia da proteção ao emprego no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra em seu art. 7º, inciso I, no

Capítulo II — Dos Direitos Sociais, do Título II — Dos Direitos e Garantias Fundamentais, a denominada garantia de proteção ao emprego ou de manutenção do vínculo empregatício contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

O texto do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, atualmente vigente, está assim redigido:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Em consonância com a leitura desse preceito constitucional, verifica-se que a Carta Magna procurou estabelecer nítida restrição ou vedação à ruptura contratual por ato potestativo do empregador.

Não poderia ser diferente, já que não apenas neste dispositivo, mas em diversas outras passagens do texto constitucional, é possível inferir que o legislador constituinte originário conferiu ao trabalho um valor fundamental, de verdadeiro elemento componente do Estado Democrático de Direito.

Nesse ponto, insta salientar que, para a Constituição, a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, entre outros, os “*valores sociais do trabalho*” (art. 1º, inciso IV); a ordem econômica também se funda na “*valorização do trabalho*” (art. 170, *caput*), ao passo que a ordem social tem como base o “*primado do trabalho*” (art. 193).

Em que pese tais preceitos constitucionais, no entanto, a doutrina e a jurisprudência dominantes tenderam a compreender que o art. 7º, inciso I, da Constituição Federal não teria o condão de produzir efeitos imediatos, na qualidade de *norma programática* que seria.

Nesse sentido, oportuno trazer à colação a abalizada opinião de Jorge Miranda a respeito das normas programáticas:

São de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem *elasticidade* ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial — embora não único — o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem *já* (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, *máxime* os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados.

Tais dispositivos, contudo, não podem ser desconsiderados, não podendo se compreender que a vedação à dispensa arbitrária, para produzir efeitos, dependa da edição de uma lei complementar.

É certo que a parte final do art. 7º, inciso I, da Carta Magna, remete a regulamentação da proteção à dispensa sem justa causa para a lei complementar, que preverá, dentre outros direitos, a indenização compensatória.

Contudo, também é correto mencionar que a lei complementar que vier a ser elaborada e editada não poderá permitir a dispensa meramente potestativa por parte do empregador, devendo sim regular os seus efeitos, como reintegração ao emprego, indenização compensatória, dentre outros direitos que poderiam ser assegurados ao empregado dispensado sem justificativa minimamente relevante.

Nesse mesmo sentido, Jorge Luiz Souto Maior⁽¹⁾ explicita o seguinte:

(1) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Convenção n. 158 da OIT*. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é autoaplicável. Teresina: ano 9, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5820>> Acesso em: 22 jan. 2013.

O principal papel a ser cumprido pelo direito do trabalho nos tempos presentes, portanto, é o de evitar o desemprego desmedido e despropositado, que apenas serve para incrementar a utilização de contratos que desconsideram os seus fins sociais e geram insegurança na sociedade.

Sob esta perspectiva, é crucial que se passe a considerar que a dispensa imotivada de trabalhadores não foi recepcionada pela atual Constituição Federal, visto que esta conferiu, no inciso I, do seu art. 7º, aos empregados a garantia da “proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Ora, da previsão constitucional não se pode entender que a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter eficácia jurídica, pois que o preceito não suscita qualquer dúvida de que a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa trata-se de uma garantia constitucional dos trabalhadores. Está-se, diante, inegavelmente, de uma norma de eficácia plena. A complementação necessária a esta norma diz respeito aos efeitos do descumprimento da garantia constitucional.

Não se pode perder de vista, outrossim, que a leitura que defende a absoluta esterilidade da garantia de emprego mencionada no inciso I do art. 7º da Constituição Federal é altamente questionável, na medida em que a moderna teoria de eficácia das normas constitucionais, mais ajustada à interpretação de novas constituições, tende a apreender, necessariamente, certa eficácia às normas constitucionais, mesmo que a validade de certos efeitos da norma constitucional dependa de atividade legislativa posterior.

Nesse passo, José Afonso da Silva⁽²⁾, ao considerar o preceito do inciso I do art. 7º, da

Constituição Federal, como norma de eficácia contida, já construiu reflexão acerca dos efeitos mínimos da garantia de emprego ali referida:

A garantia do emprego significa o direito de o trabalhador conservar sua relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa. A Constituição não conferiu uma garantia absoluta do emprego. Os debates na Constituinte, neste tema, foram os mais acirrados, variando de uma postura de livre desfazimento unilateral do contrato de trabalho até uma vedação quase absoluta ao desfazimento. Prevaleceu uma fórmula que não é de todo satisfatória, conforme disposto no art. 7º, I, pela qual se assegura a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. Protege-se a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar. O que é que fica dependendo da lei complementar: a definição da proteção à relação de emprego ou a definição do que seja despedida arbitrária ou sem justa causa? Temos para nós que a garantia do emprego é um direito, por si bastante, nos termos da Constituição, ou seja, a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. Em termos técnicos, é de aplicabilidade imediata, de sorte que a lei complementar apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos elementos (despedida arbitrária e justa causa) que delimitem sua eficácia, inclusive pela possível conversão em indenização compensatória da garantia de permanência no emprego. Indenização não é garantia da relação de emprego. Como se vê do texto, é uma medida compensatória da perda do emprego. Se a Constituição garante a relação de emprego, o princípio é o da sua conservação e não o da sua substituição. Compreendido o texto especialmente em conjugação com o § 1º do art. 5º, aplicável

(2) SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 289.

aos direitos do art. 7º, que se enquadram, também, entre os direitos e garantias fundamentais, chegaremos à conclusão de que a norma do citado inciso I é de eficácia contida.

Na esteira desses fundamentos, o grande constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho⁽³⁾ também pondera a respeito do tema o seguinte:

O sentido histórico, político e jurídico da constituição escrita continua hoje válido: a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Ela estabelece em termos *de direito* e com os meios *do direito* os instrumentos de governo, a garantia de direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas. As regras e princípios jurídicos utilizados para prosseguir estes objectivos são, como se viu atrás, de diversa natureza e densidade. Todavia, no seu conjunto, regras e princípios constitucionais valem como “lei”: o *direito constitucional é direito positivo*. Neste sentido se fala na “**constituição como norma**” (García de Enterría) e na “**força normativa da constituição**” (K. Hesse).

Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da “morte” das **normas constitucionais programáticas**. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que “impõem uma actividade” e “dirigem” materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: “simples programas”, “exortações morais”, “declarações”, “sentenças políticas”, “aforismos políticos”, “promessas”, “apelos ao legislador”, “programas futuros”, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às “normas programáticas” é reconhecido hoje um valor

jurídico constitucionalmente idêntico aos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político (Crisafulli). Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autónoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela *interpositio* do legislador; é a *positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade de intervenção dos órgãos legiferantes*. Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*); (2) vinculação *positiva* de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como *directivas materiais permanentes*, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam.

De todo modo, independentemente da eficácia que se atribua à Carta Magna de 1988 neste tema, está claro que a Constituição prega a inviabilidade jurídica da dispensa sem um mínimo de motivação socialmente aceitável, não aceitando a chamada dispensa como direito potestativo empresarial.

Afinal, não se pode admitir dispensas que se caracterizam como verdadeiro abuso de direito, o que se verifica, por exemplo, nas situações em que o empregado é dispensado por estar acometido de problemas de saúde, ou simplesmente quando o empregado é dispensado para que outro seja admitido em seu

(3) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2007. p. 1.176-1.177.

lugar, com salário mais baixo, ou vinculado a contrato temporário, ou a atividades terceirizadas, ou a falsas cooperativas.

Vale lembrar, nesse ponto, as percutientes observações de Christiana D'arc Damasceno Oliveira⁽⁴⁾ a respeito dos direitos fundamentais nas relações de trabalho:

Há direitos fundamentais que incidem nas relações de trabalho, todavia, que não são tipicamente trabalhistas. Dirigem-se a qualquer cidadão e, portanto, também ao trabalhador, que não se despe de sua condição de pessoa plena ao integrar o contrato de labor, motivo pelo qual, além dos direitos propriamente trabalhistas ou trabalhistas específicos, nos planos individual e coletivo (arts. 7º a 11), são-lhe direcionados direitos outros, ditos fundamentais trabalhistas não específicos.

De efeito, o ingresso do trabalhador no âmbito laboral, no qual goza de direitos fundamentais trabalhistas típicos, não lhe suprime a sua condição de dignidade e, por exemplo, direitos não específicos albergados no art. 5º da CF, como o de objeção de consciência (inciso VIII), liberdade de exercício de ofício ou profissão (inciso XIII), liberdade de expressão (inciso IV) e direitos de personalidade (direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, incisos V, X e XII), sendo integrantes do patamar normativo nas relações de labor tanto os direitos propriamente trabalhistas como os direitos trabalhistas não específicos, todos a figurarem como aspectos limitativos do poder do tomador de serviços, o qual, no exercício correspondente, deverá observar a imperativa determinação constitucional de que exercício do direito de propriedade atenderá à sua função social (art. 5º, inciso XXIII; 170, inciso III; 184; art. 186, incisos II, III e IV, da Lei Maior).

(4) 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. 304.

Portanto, nessa perspectiva, as dispensas que sejam atentatórias à própria dignidade do trabalhador, ou mesmo aos seus direitos de personalidade, como honra, imagem, vida privada e intimidade, assim consideradas aquelas que não se fundem em um motivo minimamente razoável, não são permitidas pelo ordenamento jurídico.

A Convenção n. 158 da OIT surge como um diploma internacional alinhado a esse panorama, visto que por essa Convenção é vedada qualquer dispensa de cunho eminentemente potestativo, assim podendo ser compreendida aquela que não esteja fundada em motivo de ordem técnica, jurídica ou financeira.

Conclui-se, desse modo, que a Convenção n. 158 da OIT se ajusta ao direcionamento expressado pelo legislador constituinte originário, sendo, portanto, materialmente constitucional, podendo ser utilizada, portanto, como mais uma ferramenta em defesa do direito à proteção ao emprego.

Nesse ponto, será efetuado, no tópico seguinte, um exame do ato de denúncia da Convenção n. 158 da OIT, inclusive quanto ao fato de se alinhar às normas e princípios emanados da Constituição Federal.

3. A (in)constitucionalidade do ato de denúncia da Convenção n. 158 da OIT e a (in)compatibilidade da norma internacional com a Constituição Federal

A Convenção n. 158 da OIT entrou em vigor no plano internacional em 23 de novembro de 1985, após serem registradas as duas primeiras ratificações pelo Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho — RIT, órgão integrante da OIT, conforme preceitua o art. 16, item 2, da referida Convenção.

No Brasil, a Convenção n. 158 foi aprovada pelo Congresso Nacional em 17 de setembro de 1992, pelo Decreto Legislativo n. 68/1992, com o seguinte teor:

Art. 1º É aprovado o texto da Convenção n. 158, da Organização Internacional do

Trabalho — OIT, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 1982.

Parágrafo único. São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida convenção, bem como aqueles que se destinem a estabelecer ajustes complementares.

Registre-se, no particular, que a aprovação do texto da Convenção n. 158 pelo Congresso Nacional atende ao que preceituam o art. 49, inciso I, e o art. 84, inciso VII, ambos da Constituição Federal⁽⁵⁾.

Após a aprovação do texto da Convenção n. 158 pelo Congresso Nacional, o Governo Brasileiro depositou a Carta de Ratificação perante o Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho — RIT, para registro, no dia 05 de janeiro de 1995, de modo que a aludida Convenção entrou em vigor no Brasil doze meses após a data de registro de sua ratificação, em 5 de janeiro de 1996, em consonância com o que dispõe o art. 16, item 3, da Convenção.

Posteriormente, com o Decreto n. 1.855, de 10 de abril de 1996, o Governo Brasileiro promulgou a ratificação da Convenção n. 158 da OIT, conforme se observa a seguir:

Art. 1º A Convenção número 158, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, assinada em Genebra, em 22 de junho de 1982, apensa por cópia ao presente Decreto, deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

No entanto, passados apenas sete meses da edição do Decreto n. 1.855, de 10 de abril

(5) Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...) VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. (grifos acrescidos)

de 1996, o Governo Brasileiro denunciou a Convenção n. 158 mediante nota enviada ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho — RIT, assinada pelo Embaixador Chefe da Delegação Permanente do Brasil em Genebra (Ofício n. 397, de 20 de novembro de 1996).

Com o Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, o Governo Brasileiro promulgou a denúncia, enfatizando que a Convenção n. 158 deixaria de vigorar no Brasil a partir de 20 de novembro de 1997:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, torna público que deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT n. 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996.

É interessante registrar, por oportuno, que nos termos do art. 17, item 1, da Convenção n. 158 da OIT, a denúncia da Convenção apenas é permitida ao expirar o prazo de 10 (dez) anos, contados da data inicial de vigência da norma.

Nesse passo, oportuno trazer à colação o teor do aludido art. 17, itens 1 e 2, da Convenção n. 158 da OIT:

Art. 17 – 1. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la ao expirar o prazo de dez anos, contados da data inicial da vigência da Convenção, por meio de um ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. A denúncia somente se tornará efetiva um ano após ter sido registrada.

2. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção e que no prazo de um ano após o termo do período de dez anos, mencionado no parágrafo precedente, não houver feito uso da faculdade de denúncia prevista pelo presente artigo, ficará ligado por um novo período de dez anos e, posteriormente, poderá denunciar a presente Convenção ao

termo de cada período de dez anos, nas condições previstas no presente artigo.

Na hipótese alusiva à Convenção n. 158 da OIT, verificando-se que a vigência da Convenção em âmbito internacional ocorreu em 23 de novembro de 1985, como acima explanado, tem-se que o ato de denúncia apenas poderia ser efetuado após expirado o prazo de dez anos da data inicial de vigência, ou seja, após 23 de novembro de 1995, e isso no prazo de até um ano após essa data, ou seja, até 23 de novembro de 1996, conforme o art. 17, item 2, do texto da Convenção.

Ocorre que o Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, que tornou pública a denúncia da Convenção n. 158 da OIT pelo Brasil, foi publicado em 23 de dezembro de 1996⁽⁶⁾, portanto, fora do prazo previsto para a denúncia, isso sem contar que os efeitos da denúncia apenas ocorreriam em 20 de novembro de 1997.

Inobstante esse fato, existem ainda outras razões que motivam a conclusão de que o ato de denúncia da Convenção n. 158 da OIT é inconstitucional, permanecendo a norma internacional em vigor no âmbito interno.

Com efeito, em que pese o ato de ratificação da Convenção n. 158 da OIT tenha sido precedido da aprovação do Congresso Nacional, que se operou por meio do Decreto Legislativo n. 68/1992, não se verificou, contudo, semelhante panorama no que tange ao ato de denúncia, ou seja, o Presidente da República, por ato unilateral, efetuou a denúncia de um tratado internacional do qual o Brasil foi signatário, desconsiderando, portanto, que o ato de ratificação ou denúncia de um tratado ou acordo internacional é um ato complexo, que depende para a sua formação do concurso das vontades dos Poderes Executivo e Legislativo.

Essa é a conclusão que se extrai do disposto no art. 84 da Constituição Federal, segundo o qual o Presidente da República apenas pode

dispor, mediante decreto, sobre “*organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos*”, e sobre “*extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos*” e para “*sancionar, promulgar, fazer publicar leis e seus regulamentos*” (art. 84, incisos IV e VI, alíneas “a” e “b”, todos da CF/1988).

Em nenhuma das normas constitucionais acima citadas, há qualquer competência ou autorização para o Presidente da República denunciar unilateralmente convenções internacionais que tenham sido ratificadas pelo Brasil com a prévia aprovação do Congresso Nacional.

A esse respeito, adverte José Eduardo de Resende Chaves Júnior⁽⁷⁾ que, na maioria dos países do mundo, o poder de efetuar denúncia de tratados internacionais é regulado constitucionalmente, extraindo-se do conjunto das Constituições o princípio da coparticipação Executivo-Legislativo para a realização de tal ato. Há normas neste sentido seja nos sistemas parlamentares como Itália, França, Áustria e Alemanha, seja nos sistemas presidencialistas, como os EUA, protótipo do presidencialismo.

Flávia Piovesan também defende a posição de que os tratados e convenções internacionais não podem ser denunciados por ato unilateral do Chefe do Poder Executivo:

A revisão a nosso ver deve ser no sentido de restringir a autonomia do Executivo para a condução da política externa. Ela deve ser feita no sentido de se exigir a aprovação do Legislativo para a denúncia de tratados relativos aos direitos do homem, às convenções internacionais do trabalho, os que criam organizações internacionais e às convenções de direitos humanitários.

Ademais, se a ratificação e denúncia de tratados e convenções internacionais é ato

(7) CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *La denuncia de tratados internacionales de derechos humanos*. Disponível em: <<http://www.juizesfree.hpg.ig.com.br>> Acesso em: 20 ago. 2013.

(6) *Diário Oficial da União* – Seção 1 – 23.12.1996, p. 27.860.

de soberania estatal, e não simplesmente um ato de governo ou de administração, nada mais crível que esse ato não fique sujeito ao talante de um único agente político, ainda que se trate do Presidente da República, mas que tenha a indispensável participação do Congresso Nacional, que em suas duas casas (Câmara dos Deputados e Senado Federal) contém representantes eleitos pelo povo, único detentor de poder no Estado Democrático de Direito (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal).

Conforme previsão dos arts. 48 e 49 da Constituição Federal, o Congresso Nacional tem como principais funções a legislativa e fiscalizadora, de forma que não seria razoável, nem mesmo lógico, que o Congresso participasse do processo de ratificação e ficasse excluído do processo de denúncia. Aceitar a denúncia por ato único do Chefe do Executivo seria um retrocesso ao regime democrático.

Convém registrar, nesse tópico, que o debate sobre a denúncia da Convenção n. 158 da OIT permanece vivo no Supremo Tribunal Federal, pois a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG), em conjunto com a Central Única dos Trabalhadores (CUT) ajuizou em 1997 a Ação Direta de Inconstitucionalidade — ADI n. 1.625 impugnando o Decreto n. 2.100/1996, alegando a sua inconstitucionalidade, uma vez que só o Congresso Nacional, que aprovou a Convenção, poderia autorizar a denúncia procedida pelo Poder Executivo (art. 49, inciso I, da CF/1988).

Preliminarmente, o STF não conheceu da ação em relação à requerente Central Única dos Trabalhadores. No mérito, o relator, Ministro Maurício Corrêa, considerou a imprescindibilidade da intervenção do parlamento nos casos de denúncia unilateral de tratados.

Em sua visão, a competência outorgada ao Congresso Nacional para “*resolver definitivamente sobre tratados*” incluiria não apenas “... a faculdade de aprovar e autorizar a sua incorporação ao direito nacional, mas, da mesma forma, decidir acerca de sua exclusão...”. Assim,

somente outra norma da mesma hierarquia poderia retirar do ordenamento jurídico brasileiro os tratados, pois, em caso contrário, conceder-se-ia ao Presidente da República a prerrogativa de derrogar, sem o aval do Poder Legislativo, ato normativo com força de lei, por esse último aprovado.

Do mesmo modo que a aprovação de tratados seria um ato complexo, a sua denúncia também o seria, devendo intervir o Parlamento. O voto concluiu pela interpretação conforme ao Decreto 2.100, de 20 de dezembro de 1996, para determinar que a denúncia da Convenção n. 158 da OIT condiciona-se ao referendo do Congresso Nacional, a partir do que produz a sua eficácia plena.

O voto foi acompanhado pelo Ministro Carlos Britto.

Em seguida, o Ministro Nelson Jobim pediu vista dos autos e concluiu no sentido da improcedência da ação direta de inconstitucionalidade. Segundo o Ministro Nelson Jobim, uma leitura do princípio da separação de poderes do modo com que se desenvolveu no Brasil levaria à conclusão de que o Presidente da República pode denunciar tratados sem a intervenção do Congresso Nacional, aliás, como tem feito há décadas.

Concluiu que não havia a necessidade do referendo do Parlamento.

O Ministro Joaquim Barbosa pediu vista dos autos para uma melhor reflexão e, em voto-vista, julgou o pedido integralmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do decreto impugnado, por entender não ser possível ao Presidente da República denunciar tratados sem o consentimento do Congresso Nacional.

Salientou, inicialmente, que nenhuma das Constituições brasileiras tratou especificamente do tema relativo à denúncia de tratados internacionais e que os arts. 49, inciso I e 84, inciso VIII, da CF/1988, embora não admitissem a participação do Congresso Nacional na

denúncia dos tratados, também não seriam expressos ao vedar essa participação.

Neste sentido, reputou necessário analisar o papel que o Congresso Nacional possuiria historicamente na processualística dos tratados internacionais, ressaltando que o papel do Legislativo na história constitucional brasileira não se limitaria a uma postura meramente passiva de aprovação ou reprovação de tratados, e citou ocasiões em que o Poder Legislativo aprovou tratado com ressalvas, ou até mesmo o emendou.

Afirmou, ainda, que a Constituição de 1988 fortaleceu extremamente o papel do Poder Legislativo em várias áreas e que, por isso, seria inviável levar adiante um argumento de natureza constitucional que pretendesse dele retirar uma função relevante na denúncia de tratados, ante a ausência total de normas a respeito. Aduziu, também, que o atual texto constitucional — ao estabelecer de maneira sistemática, pela primeira vez na história constitucional, princípios que regem as relações exteriores do Brasil (art. 4º) — teria reforçado o papel do Parlamento em matéria de política exterior. Cumpriria a todos os Poderes, e não só ao Executivo, portanto, zelar por tais princípios, bem como fiscalizar a atuação da política externa e, dessa forma, impedir que, por exemplo, o Congresso pudesse analisar o descumprimento de um dos princípios constitucionais pela denúncia de um tratado, significaria esvaziar por completo o conteúdo útil do referido art. 4º da Carta Magna.

Demonstrou, ainda, que o fortalecimento do papel do Parlamento não seria fenômeno isolado no Brasil e que Constituições de vários outros países já teriam estabelecido a possibilidade da participação do Poder Legislativo na denúncia de tratados internacionais. Observou, ademais, que a tendência, cada vez mais crescente de textos constitucionais repartirem as competências em matéria de denúncia de tratados representaria o surgimento, no direito comparado, do princípio da “*coparticipação*

parlamento-governo em matéria de tratado”, segundo o qual é da própria essência do tratado que ele, para comprometer um Estado interna e externamente, precise da deliberação do órgão parlamentar e do órgão executivo, e que, sendo essa característica da essência do tratado, qualquer ato que vise à desvinculação voluntária deste por um Estado também precisa passar pelo crivo parlamentar.

O Ministro Joaquim Barbosa ressaltou, ainda, que a processualística dos tratados internacionais no Brasil e a função que o tratado exerce no direito interno brasileiro militariam a favor da tese de que a denúncia não poderia ser unilateral por parte do Poder Executivo, conforme se verificaria, inclusive, da jurisprudência do Supremo. Registrou que, desde o julgamento do RE n. 80.004/SE (DJU de 29.12.1977), o Pleno da Corte consolidou entendimento de que os tratados possuiriam o mesmo nível hierárquico das leis, sendo o pressuposto para admitir essa identidade hierárquica que o tratado possuiria força de lei, ou seja, equiparar-se-ia materialmente às leis.

O último andamento da ADI n. 1.625, datado de 5.4.2011, informa que os autos se encontravam conclusos com a Ministra Ellen Gracie, para análise e elaboração de voto.

Com a aposentadoria da Ministra Ellen Gracie, contudo, os autos foram recebidos pelo gabinete da Ministra Rosa Weber em 27.3.2012⁽⁸⁾.

Em que pese toda a polêmica acerca da constitucionalidade do ato que tornou pública a denúncia da Convenção n. 158 da OIT (Decreto n. 2.100/1996 do Presidente da República), impende abordar, neste ponto, a compatibilidade material desta norma internacional com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A proteção da dispensa arbitrária, conforme já mencionado alhures, foi prevista no art. 7º,

(8) Segundo informações colhidas no *site* do Supremo Tribunal Federal (<www.stf.jus.br>), no *link* consulta processual.

inciso I, da Constituição Federal, que relegou a regulamentação da matéria à lei complementar.

Quando da promulgação da Convenção n. 158, a referida lei complementar ainda não tinha sido publicada, como de fato até hoje não o foi, e tampouco vigorava o § 3º do art. 5º da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004, que estabeleceu em sua redação expressamente que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Por isso, alguns juristas sustentaram que a norma internacional em comento era incompatível com a Constituição, ao regular matéria de competência privativa da lei complementar.

Nesse sentido, afirma Octavio Bueno Magano⁽⁹⁾ que:

Depois do advento da Constituição de 1988, algumas vezes se ergueram no sentido de que, com a redação dada ao parágrafo 2º do seu art. 5º, forçoso seria reconhecer a prevalência do tratado sobre a legislação interna. Numa primeira abordagem poderia parecer que a Convenção 158 haveria de prevalecer sobre todos os preceitos da nossa legislação, relativo à despedida de empregados. Exame mais detido do assunto revela, todavia, que isso não se dá, porque a matéria nela versada só pode ser disciplinada por lei complementar. Isso é o que claramente se infere na leitura ao art. 7º, I, da Lei Magna, do seguinte teor: relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

(9) MAGANO, Octavio Bueno. Convenção n. 158 da OIT. *Revista Trabalho e Doutrina*, São Paulo, Saraiva, n. 11, p. 749-750, 1996.

De outro lado, Jorge Luiz Souto Maior⁽¹⁰⁾ sustenta que a Convenção n. 158 da OIT não traz às relações de trabalho uma armadura para retirar do empregador o controle de sua atividade empresarial, apenas vem de forma plenamente compatível com o nosso ordenamento jurídico impedir aquilo que a moral, que nem sempre coincide com o direito, já reclamava: impedir que um empregador dispense um empregado por represálias ou simplesmente para contratar outro com salário menor. No caso de real necessidade para a dispensa, esta estaria assegurada, nas hipóteses elencadas.

José Alberto Couto Maciel⁽¹¹⁾ comunga do mesmo entendimento, afirmando que o princípio constitucional é o de proteger a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa e que esse princípio, adotado pela Convenção n. 158 da OIT, já era adotado pela Suprema Corte mesmo antes da Constituição de 1988.

Diante do que até aqui se expôs, mesmo com o devido respeito aos posicionamentos contrários, é inegável que a Convenção n. 158 da OIT se acomoda perfeitamente com a Constituição Federal, visto que nos dois diplomas

(10) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Direito do Trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTR, 2000. p. 332.

(11) Defende José Alberto do Couto Maciel que: "... A Convenção n. 158 em tese não assegura a reintegração ao emprego a todo o empregado despedido sem justa causa. Este é o princípio, mas ela é muito maleável e se adapta de forma ampla à legislação dos vários países. É certo que no Brasil, como já visto, nosso princípio constitucional de garantia no emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa leva como consequência, e quase sempre a reintegração ao emprego, a não ser em casos de incompatibilidade, quando será devida ao empregado determinada indenização, pois a reintegração, como entende o STF é consequência da nulidade da despedida arbitrária ou sem justa causa, não necessitando estar expressa na Constituição. Mas a Convenção 158 admite que, em países que a reintegração não possa ser concedida, em virtude da legislação nacional, seja ela substituída por uma indenização arbitrada por um Tribunal do Trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro..." (In: *Revista Síntese Trabalhista*, Assunto Especial, p. 131, out. 1996.)

há a garantia do pleno emprego, evitando que decisões açodadas e sem fundamentação possam ocasionar a ruptura do pacto laboral.

Com efeito, não se tem dúvidas de que a Carta Magna assegura a manutenção do emprego, não a qualquer custo, mas sim contra o uso abusivo do poder diretivo patronal, de modo que a demissão do trabalhador deve ter uma motivação minimamente razoável, não se podendo deixar que o empregador deixe o trabalhador desempregado por seu puro arbítrio, como se a relação de emprego fosse um jogo e o empregado fosse apenas uma peça que pode ser descartada do tabuleiro a qualquer momento.

O ser humano deve ser visto sempre como titular de direitos e obrigações e não como um objeto, sendo tal fato decorrência da própria prevalência da dignidade da pessoa humana preceituada pelo texto constitucional (art. 1º, inciso III, da Carta Magna).

Assim, o poder patronal de resilição do contrato de trabalho deve ser limitado, notadamente em respeito aos postulados da dignidade da pessoa humana e também da valorização social do trabalho (art. 1º, inciso IV, e art. 170, *caput*, ambos da Constituição Federal).

4. Considerações finais

A matéria disciplinada pela Convenção n. 158 da OIT, a proibição da dispensa imotivada, determinando que a despedida do empregado deva se fundar numa causa justificada, está em total consonância com a Constituição Federal, que estabelece que os direitos e garantias por ela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados (art. 5º, § 2º, da CF/1988), ou seja, não é incompatível com o ordenamento jurídico nacional.

A Convenção n. 158 da OIT representa um enorme avanço no Direito do Trabalho. Acaba, finalmente, com a prática odiosa da rescisão sem justa causa e da rotatividade de mão de obra, preservando o bem maior — o emprego.

A segurança no emprego e a proteção do trabalhador contra despedida arbitrária garantem a inclusão social e se configuram como um direito social fundamental, posto que essenciais à dignidade do ser humano.

Considerando que a matéria versada na Convenção n. 158 da OIT trata de um direito do ser humano, qual seja, a proteção ao emprego, e por se tratar de documento de direito internacional, é sem sombra de dúvidas um tratado internacional de direitos humanos.

Como tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil, a Convenção n. 158 é aplicável internamente, tomando-se seus dispositivos como normas constitucionais (art. 5º, § 3º, da Constituição Federal), ou mesmo, supranacionais (art. 4º, inciso II, da Constituição Federal).

Em que pese exista a possibilidade de denúncia da Convenção n. 158 da OIT, como em regra sucede com todos os tratados e convenções internacionais, todavia, esse ato de denúncia deve contar com a necessária participação do Poder Legislativo. Logo, por este motivo, a denúncia não poderia ser procedida por ato único do Poder Executivo.

Isso ocorre porque o ato de denúncia, como ato de soberania do Estado, deve contar com a necessária participação conjunta dos Poderes Legislativo e Executivo, além do que segundo o art. 49, inciso I, da Carta Magna, é da competência exclusiva do Congresso Nacional a resolução definitiva sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, cabendo também ao Congresso referendar tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República (art. 84, VIII, da Constituição Federal).

Ademais, seria incoerente e ilógico que o Congresso Nacional tenha participado do processo de ratificação de uma convenção internacional e que, ao revés, tenha ficado excluído do processo de denúncia dessa norma

internacional, tal como sucedeu no caso da Convenção n. 158 da OIT.

Há que se observar, ainda, a importância do princípio da equivalência entre o Poder Executivo e o Legislativo (mecanismo de freios e contrapesos — art. 2º da Constituição Federal), que tem a finalidade de garantir equilíbrio sistêmico de modo a impedir que, mais fortalecido que o outro, um dos poderes acabe por atacá-lo, ou aniquilá-lo, abrindo as portas para o autoritarismo.

Desse modo, não é permitido ao Chefe do Executivo denunciar tratados internacionais de direitos humanos sem a intervenção do Congresso Nacional.

Por essas razões, conclui-se que o Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, publicado em 23 de dezembro de 1996, que tornou pública a denúncia da Convenção n. 158 da OIT, é inconstitucional.

Declarado inconstitucional o ato de denúncia da Convenção n. 158, a decisão produziria efeitos *ex tunc*, retroagindo até o nascimento da norma impugnada, ou seja, sendo nula a lei declarada inconstitucional, permanece vigente a legislação anterior a ela que teria sido revogada não houvesse a nulidade.

Assim, a simples declaração de inconstitucionalidade da Convenção n. 158 da OIT devolveria a eficácia da referida norma, ou seja, a Convenção n. 158 estaria em pleno vigor, não havendo a necessidade de elaboração de novo decreto ou mesmo de nova ratificação.

Por fim, impende registrar que a Convenção n. 158 da OIT se trata de valioso instrumento para a efetivação da garantia constitucional de proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, inciso I, da Constituição Federal), podendo ser utilizada pelos órgãos estatais responsáveis pela fiscalização e cumprimento das normas trabalhistas, bem como pelo Poder Judiciário, para a correção das dispensas verificadas sem uma motivação mínima e coerente.

5. Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625. Rel. Ministro Maurício Corrêa. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1675413>> Acesso em: 20 ago. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2007.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *La denuncia de tratados internacionales de derechos humanos*. Disponível em: <<http://www.juizesfree.hpg.ig.com.br>> Acesso em: 20 ago. 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

GRAVATÁ, Isabelli *et al.* *CLT organizada*. São Paulo: LTr, 2012.

MACIEL, José Alberto do Couto. Convenção n. 158 da OIT e a proteção à dispensa arbitrária. *Revista Síntese Trabalhista*, Assunto Especial, out. 1996.

MAGANO, Octavio Bueno. Convenção n. 158 da OIT. *Revista Trabalho e Doutrina*, São Paulo: Saraiva, n. 11, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. t. 1. p. 218.

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.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

SAAD, Eduardo Gabriel *et al.* *Consolidação das Leis do Trabalho comentada*. 42. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Convenção n. 158 da OIT*. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é autoaplicável. *Teresina*: ano 9, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5820>> Acesso em: 22 jan. 2013.

_____. *O Direito do Trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

O Projeto de Lei n. 4.330/2004 e a agenda nacional do trabalho decente

Eneida Melo Correia de Araújo^(*)

Resumo:

- ▶ O Projeto de Lei n. 4.330/2004 que visa a regulamentar a Terceirização de Serviços é incompatível com a construção gradual e ampliativa dos direitos trabalhistas, fundada no princípio do não retrocesso social. O retrocesso se revela, notadamente, na permissão de transferir a terceiros os objetivos sociais essenciais de uma atividade econômica. Esse modelo favorece a perda de direitos fundamentais conquistados pelos trabalhadores ao longo dos anos. O Projeto de Lei também violenta os objetivos da OIT para a efetivação do Trabalho decente porque não atende ao propósito de que é imperioso conferir aos homens e mulheres oportunidades para conseguirem trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade. Fere as Convenções ns. 98, 100 e 111 da OIT. Acha-se em desacordo com o ideário expresso na Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho de 1998, e na Declaração sobre Justiça Social para uma Globalização Equitativa, datada de 2008. Contraria a Agenda do Trabalho Decente instituída pelo governo brasileiro. Não deve, portanto, ser aprovado, sob pena de o Brasil ofender os compromissos assumidos perante a OIT e com o povo brasileiro.

Palavras-chave:

- ▶ Projeto de Lei n. 4.330/2004 — Terceirização de serviços — Contrato de trabalho — Trabalho decente — Agenda nacional do trabalho decente.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Contrato de trabalho
- ▶ 3. Terceirização de serviços
- ▶ 4. Projeto de Lei n. 4.330/2004
- ▶ 5. Agenda Nacional do Trabalho Decente
- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências bibliográficas

(*) Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Professora Adjunta da Faculdade de Direito do Recife/UFPE.

1. Introdução

Fiel à concepção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no sentido de preservar e ampliar a proteção social, o governo brasileiro, em maio de 2006, declarou que efetivaria em seu território o Trabalho decente, lançando a sua Agenda Nacional.

O Trabalho decente expressa a convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT: o respeito aos direitos no trabalho, a promoção do emprego, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social.

Adotando a doutrina da OIT, o Brasil concordou que era pressuposto para superar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais, garantir a governabilidade democrática e o desenvolvimento econômico sustentável tornar realidade o trabalho decente.

E mais: o governo do Brasil comprometeu-se com a proposição da OIT de que é indispensável a promoção do trabalho decente para todas as pessoas, à luz da Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, de 1998, e da Declaração sobre Justiça Social para uma Globalização Equitativa, datada de 2008.

Esses documentos contêm uma síntese da missão histórica da OIT, coerente com o ideário de que é imperioso conceder oportunidades para homens e mulheres obterem trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana.

Diante desse pacto internacional histórico, e considerando os fundamentos traçados na Carta Republicana e os objetivos definidos pelo governo brasileiro em sua Agenda de Trabalho decente, traz perplexidade e inquietação o Projeto de Lei n. 4.330/2004. É que ele se revela como uma série de disposições que, desestruturando o contrato de trabalho, afronta os princípios basilares do Direito do Trabalho e inúmeras normas e compromissos internacionais.

2. Contrato de trabalho

Seguindo o pensamento de Roberto Lyra, o direito deve ser entendido como extrato sociológico que serve para acumular e demonstrar as conquistas históricas do homem contra o privilégio e a tirania. A superação dos obstáculos decorre de lutas a partir das quais os detentores do poder necessitam fazer concessões aos que buscam um espaço na sociedade para a realização de seus direitos⁽¹⁾.

E a realidade social demonstra que no campo das relações de produção o sistema jurídico deve criar regras de proteção ao trabalho e contra o desemprego, de segurança e medicina do trabalho, de meio ambiente, de seguridade social, de migração, de diálogo social, inserindo-as no contrato de trabalho. Essa construção histórica tem em consideração o princípio do não retrocesso social, na medida em que o Direito do Trabalho pretende a extensão da proteção social.

Sendo assim, o direito ao trabalho, à justa e equitativa remuneração, à proteção contra o desemprego, à segurança e à liberdade diz respeito à dignidade da pessoa humana. Busca-se a concretização dos direitos sociais e, ainda, dos direitos de terceira geração, que se expressam na solidariedade, na paz, no respeito mútuo, na integridade do meio ambiente. Esses pressupostos são considerados na legitimação do vínculo de emprego, nele ingressando, para garantir-lhe justiça. Justiça no sentido de opção ética que atende à maioria da humanidade, recorrendo ao pensamento de Roberto Aguiar. Para o autor a Justiça “... seria uma ideia que traduziria a possibilidade de aceleração histórica no sentido do melhor, do mais humano, da libertação”⁽²⁾.

O Direito do Trabalho, portanto, diante da desigualdade entre empregado e empregador, constrói mecanismos que permitem ao trabalhador alcançar a cidadania.

(1) LYRA, Roberto. *Visão Social do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 10.

(2) AGUIAR, Roberto A. R. de. *O que é Justiça — Uma abordagem dialética*. São Paulo: Alfa-Omega, 1995. p. 67.

O contrato de trabalho se plasma neste quadro de forte e necessário intervencionismo estatal. Trata-se de uma das modalidades mais abrangentes de prestação de serviços, sobretudo em face da tendência a assumir uma natureza proletária nas relações de produção, bem como da supremacia política do capitalismo.

Explica-se, portanto, porque a subordinação jurídica é o dado de maior relevância para a caracterização desse negócio jurídico. Ele se revela — no plano da subordinação subjetiva — mediante uma posição de dependência em que o empregado é colocado na relação de emprego, e que o sujeita à obediência às determinações do empregador. Corresponde a uma posição de sujeição típica daquele que trabalha desprovido de autonomia e independência na execução das tarefas, impondo a observância do poder diretivo específico do empresário. Ademais, também demonstra a participação integrativa do trabalhador na atividade empresarial, como realça Alice Monteiro de Barros, ao aludir à subordinação objetiva⁽³⁾.

Atenta à essência da relação de emprego, à dependência econômica, social e, sobretudo, jurídica do trabalhador, a legislação dos povos civilizados contém regras que protegem o empregado na formação, desenvolvimento e ruptura do contrato de trabalho.

O direito positivo brasileiro, ao regular as relações de trabalho, consagra o princípio da liberdade de contratar, absorvendo os valores expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Declaração de Filadélfia e na Constituição da OIT, sendo claro o objetivo de resgate da justiça contratual.

Precisamente dentro desses parâmetros, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no art. 444, dispõe que os sujeitos, no contrato de trabalho, podem estabelecer cláusulas de forma livre, impondo, todavia, a observância das regras de proteção ao trabalho: as decorrentes

(3) BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 270.

da lei, dos acordos e das convenções coletivas de trabalho, e aquelas fruto das decisões das autoridades administrativas.

Esta perspectiva da liberdade contratual tem em consideração a capacidade de propiciar ao ser humano a manutenção de sua dignidade e cidadania. Assegura o reconhecimento da igualdade de todos os trabalhadores, sem distinção de raça, gênero, concepção política, filosófica, entre outros aspectos não discriminatórios. Também permite aos contratantes uma atuação de razoável equilíbrio, em atenção ao intervencionismo estatal que é suporte de validade do vínculo trabalhista.

Desta forma, ao surgir um modelo de contrato de trabalho distanciado de sua origem bilateral, dando ensejo à celebração de dois tipos de relação trabalhista, direcionados ambos à pessoa de um mesmo trabalhador, uma séria perplexidade abateu-se sobre o mundo jurídico. Era a terceirização de serviços que ingressava no mundo do trabalho assalariado.

3. Terceirização de serviços

A importância social do trabalho e a necessidade de sobre ele ser dirigida a proteção do poder público acham-se adequadamente explicitadas por Eugen Ehrlich. É que, conforme realça o autor, o sistema jurídico deveria conferir ao trabalho igual proteção que é atribuída à propriedade⁽⁴⁾.

A terceirização de serviços é gerada segundo um modelo de desapego à concepção da importância fundamental do trabalho. Ela se plasma em uma fase na qual vários fatores interferem na reorganização da estrutura das empresas. Pode-se mencionar: a inovação tecnológica, a pressão dos grupos econômico-financeiros mais ligados ao exterior, muitas

(4) EHRLICH, Eugen. *Fundamentos de Sociologia do Direito*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1968. p. 180-1. De acordo com a concepção do autor, o sistema jurídico deve conferir ao trabalho idêntica tutela que se atribui à propriedade. Esse tratamento repousaria em uma ideia de justiça, a qual estaria reconhecida na Bíblia, ao mencionar que o trabalhador merece o seu salário.

vezes divorciados dos interesses da sociedade, políticas de austeridade imprimidas pelas autoridades monetárias internacionais com ênfase à restrição das taxas de crescimento.

Essa dinâmica da economia mundial, surgida a partir da década de 1970, traz, no campo das relações de trabalho, em vários países, o aumento do desemprego e a longa duração desse estado, a elevação das taxas de inatividade, maior número de contratos de trabalhadores em regime de tempo parcial e de relações desprovidas de registro, sem proteção da seguridade social, como demarcado por Denis Maracci Gimenez⁽⁵⁾.

O paradigma que será utilizado para as relações de trabalho advém, em suma, de um momento que se convencionou denominar de economia global, a qual ingressa nos territórios, utilizando todos os fluxos de comunicação possíveis, impondo seus valores e práticas, e desarticulando as bases estruturais da economia e do mercado de trabalho, segundo Everaldo Gaspar⁽⁶⁾.

Como consequência dessa perspectiva, a terceirização de serviços é articulada no bojo da ciência da Administração de empresa, expressando a descentralização de atividades antes afetadas a um determinado empreendimento empresarial. É um processo de desconcentração produtiva.

Na área da Administração de empresa, tal estratégia econômica, também conhecida pelo nome de “focalização”, pretende conferir ao empreendimento maior rendimento, melhores resultados, agilidade, simplicidade e competitividade no mercado.

Do ponto de vista da administração de negócios, o recurso a esse mecanismo — direcionado a obter maiores lucros — prega a manutenção na empresa de um pessoal fixo em

número razoável, como proposta de economia de custos diretos e indiretos decorrentes de contratação, treinamento, encargos sociais, rescisão de contratos de trabalho.

A desconcentração produtiva modifica a estrutura de organização tradicional da empresa, na qual estava encerrado todo o conjunto de atividades essenciais e acessórias. Com a terceirização de serviços, o empreendimento econômico reparte-se, dando ensejo a que uma empresa desloque para outras empresas as tarefas que não são essenciais ao seu objetivo.

Nesse processo de transferência, forma-se uma parceria, na medida em que a contratante, aquela que remove suas atividades, passa a dedicar-se aos objetivos fundamentais ou “atividade-fim”.

A focalização cria uma relação jurídica no mundo do trabalho de contorno trilateral: uma empresa que celebra um contrato com outra empresa, a qual se compromete a executar as atividades que a primeira empresa não pretende desenvolver.

A empresa, denominada prestadora de serviços, tem seu quadro de pessoal próprio, e o trabalhador põe sua força produtiva à disposição de outra empresa, que não é sua empregadora: a tomadora de serviços. Não obstante a tomadora de serviços seja beneficiada pelo desempenho das tarefas executadas por esse trabalhador — as quais integram o seu empreendimento, mediante a apropriação da sua força produtiva — ela não é a sua empregadora. O homem é empregado da empresa contratada — a prestadora de serviços — que o admite, remunera e dirige a prestação de serviços para a empresa contratante.

Tendo em vista os efeitos sociais e econômicos provocados pela mudança da estrutura das empresas, os estudiosos do Direito do Trabalho construíram uma doutrina e uma jurisprudência para demarcar a terceirização trabalhista no Brasil.

Como destaca Mauricio Godinho Delgado, essa dissociação entre relação econômica de

(5) GIMENEZ, Denis Maracci. *Políticas de emprego no século XX e o significado da ruptura neoliberal*. São Paulo: Annablume, 2003. p. 87.

(6) ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Direito do Trabalho e Pós-Modernidade*. São Paulo: LTr, 2005. p. 272.

trabalho e relação jurídica empregatícia “... traz graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história”. Acrescenta que, revelando um choque com a estrutura teórica e normativa original do Direito do Trabalho, a doutrina e a jurisprudência trabalhista nacional e internacional admitem-na como uma modalidade de exceção de contratar trabalhadores⁽⁷⁾.

Em face da necessidade de apreciar questões advindas desse processo de desconcentração econômica, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou, no ano de 1986, a Súmula n. 256. Em seguida, fruto das novas modalidades de subcontratação que apareceram, revogou tal norma jurídica e criou, em dezembro de 1993, a Súmula n. 331. Mais adiante, modificou-a, mediante a Resolução n. 96, de 11.9.2000. Finalmente, a referida Súmula foi objeto de mais uma alteração no item IV, e foram inseridos os itens V e VI. É esta a atual redação da Súmula n. 331:

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.109, de 3.1.74).

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 Constituição da República).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102/83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, desde

que hajam 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 evidenciado a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, 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 referente ao período da prestação laboral.

Como se observa, ao traçar os parâmetros que norteiam a terceirização no ordenamento jurídico brasileiro, o Tribunal Superior do Trabalho não a admitiu na atividade-fim da empresa.

Mediante tal diretriz, o TST tentou compatibilizar os tipos emergentes de relações entre o capital e o trabalho com os pressupostos básicos do Direito do Trabalho, aspecto indispensável para a manutenção do Estado democrático de direito. Nessa tarefa, não perdeu de vista o respeito à cidadania, à dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho, princípios consagrados na Constituição da República (art. 1º, II, III e IV).

A preocupação em se conferir a verdadeira dimensão aos princípios em que se alicerça o Estado brasileiro pode ser explicada seguindo o raciocínio de J. J. Canotilho. Para o autor, os princípios que se encontram na Constituição detêm a natureza de princípios jurídicos fundamentais. Revelam-se como “... princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”⁽⁸⁾.

(7) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2004. p. 429.

(8) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 171.

Daí por que a doutrina e a jurisprudência nacional seguem um princípio teleológico que admite a terceirização, desde que ocorra nas atividades de apoio, de instrumentalidade do processo econômico, preservando-se a atividade final da empresa tomadora de serviços.

Acrescente-se que a OIT, aludindo à presença da terceirização no mundo do trabalho, a ela refere como um mecanismo de flexibilização, adotado apenas nas atividades não essenciais de uma empresa.

Tentando alterar tais padrões, surge o Projeto de Lei n. 4.330/2004. Com ele, acirra-se a inquietação da doutrina, dos juristas e dos estudiosos do Direito do Trabalho sobre a terceirização de serviços.

4. Projeto de Lei n. 4.330/2004

Com propriedade, lembra Eros Roberto Grau que a grande maioria das pessoas, nas sociedades da América Latina, percebe a lei como um dado de mera abstração, distanciado da realidade, em nada contribuindo para modificar as condições sociais da vida dos mais humildes economicamente⁽⁹⁾.

É desta maneira, ou seja, como algo alheio às necessidades do homem simples, descuidando do progresso dos povos, não propiciando a melhoria da condição social dos trabalhadores que o Projeto de Lei n. 4.330/2004 se revela.

A regulamentação do contrato de prestação de serviços a terceiros - estampada no Projeto de Lei n. 4.330/2004 - elege o caminho de desarticulação político-institucional. E, sendo assim, a sua aprovação poderá trazer consequências danosas à classe trabalhadora, aos sindicatos, ao sistema de previdência social e fiscal, ao meio ambiente de trabalho, prejudicando os programas sociais de educação, habitação e saúde públicas.

O Projeto em questão favorece o surgimento de novos modelos de trabalho precário, ao pretender legalizar situações de subemprego.

(9) GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pres-suposto*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 123.

Essas se traduzem nos baixos salários, descaso com a segurança e saúde no trabalho, redução de benefícios sociais, quebra dos padrões de isonomia e de solidariedade e fragilização do movimento sindical.

Sendo assim, as normas propostas para terceirizar serviços submetem-se à "... banalidade terrível do dinheiro e de seu automovimento tautológico", recorrendo ao pensamento e à linguagem de Robert Kurz quando alude à tendência da economia de mercado moderna⁽¹⁰⁾.

Muito embora na Justificativa apresentada para a regulamentação afirme-se que a empresa moderna estará concentrada em "seu negócio principal", ao autorizar a terceirização de serviços na atividade-fim, distancia-se dessa proposta. Na realidade, é contraditória, pois como conciliar o fato de a empresa dedicar-se ao negócio principal, objetivo essencial, final, se dele pode desapegar-se, transferindo-o para terceiros?

Nesse Projeto, é autorizada a contratação de pessoal, mediante empresas prestadoras de serviços para a execução de trabalhos em atividades essenciais ou acessórias das empresas tomadoras de serviço, a saber: atividades fim ou meio.

O § 2º do art. 4º do Projeto de Lei n. 4.330/2004 estabelece que "o contrato de prestação de serviços pode versar sobre o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante". Essas disposições pretendem transformar em regra geral um modelo até agora tratado como exceção ao delineamento clássico do contrato de trabalho.

Por sua vez, o § 2º do art. 2º dispõe que "não se configura vínculo empregatício entre a empresa contratante e os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo".

(10) KURZ, Robert. *O Colapso da Modernização*. Da derrocada do socialismo de caserna à crise da economia mundial. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996. p. 28.

Ignora, portanto, que a relação de emprego estará sempre caracterizada desde que presentes os elementos traçados no art. 3º da CLT: pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação jurídica.

Na oportunidade, é interessante lembrar outra desarrazoada previsão que esteve inserida no parágrafo único do art. 442 da CLT, depois revogado pela Lei n. 12.690/2012. Dispunha que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

Foi negada eficácia pela doutrina e pela jurisprudência brasileira àquele dispositivo de lei quando, diante do caso concreto, constataram-se os requisitos do art. 3º da CLT.

Desta forma — não obstante os termos do § 2º do art. 2º do Projeto de Lei n. 4.330/2004 — o desrespeito aos elementos emergentes do art. 3º da CLT autorizaria a concluir pela não caracterização de terceirização de serviços.

A exigência contida no art. 3º do Projeto de Lei n. 4.330/2004 de que a empresa de prestação de serviços a terceiros possua “... capital social compatível com o número de empregados” mostra-se insuficiente para alcançar a finalidade de proteção econômica e social dos trabalhadores.

Os parâmetros estabelecidos para o capital social mínimo não são condizentes com a necessidade de expressar a idoneidade econômica e financeira da empresa de prestação de serviços. Também não se pode afirmar que conferiria efetividade aos direitos sociais de trabalhadores no número mínimo e máximo estabelecido na norma jurídica.

Ademais, a imposição legislativa no sentido de que a empresa prestadora de serviços apresente periodicamente comprovantes de cumprimento das obrigações trabalhistas pelas quais a contratante é subsidiariamente responsável, não tem o condão de garantir a efetividade dos direitos sociais em sua inteireza.

No art. 5º do Projeto de Lei, cogita-se de “sucessivas contratações do trabalhador por diferentes empresas prestadoras de serviços a terceiros, que prestem serviços à mesma contratante de forma consecutiva”.

Percebe-se que tais disposições traduzem uma continuidade temerária de relações instáveis, transitórias, efêmeras. Esse quadro inibe “... a possibilidade de os homens não mais se explorarem e poderem se reconhecer em suas capacidades e necessidades”, admitindo a existência de diversidade, sem, contudo, haver exploração, adotando o pensamento de Roberto Aguiar⁽¹¹⁾.

Avançando na trilha sem limites, direcionada a tornar os direitos trabalhistas flexíveis, generalizando de forma irrestrita e desprovida de razoabilidade, o Projeto dispõe que a empresa contratante responsabiliza-se apenas subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas. É o que prevê no art. 10, ao declarar que a empresa tomadora de serviços é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços.

A pretensão legislativa de terceirizar serviços na atividade-fim, essencial da contratante, deveria ser coberta, no mínimo, pela responsabilidade solidária e não simplesmente subsidiária da tomadora, haja vista que a empresa transfere a essência do seu empreendimento para terceiros.

Aditando este quadro desfavorável aos trabalhadores e à nação, o art. 11 do Projeto de Lei n. 4.330/2004 autoriza que a empresa prestadora de serviços subcontrate outra empresa para a execução de serviços, ainda que a responsabilidade daquela — a subcontratante — seja solidária em face das obrigações assumidas pela empresa subcontratada.

A desordem social e jurídica que cobre as relações de trabalho fica mais uma vez evidenciada. Constata-se a tentativa de o econômico

(11) AGUIAR, Roberto A. R. de, *op. cit.*, p. 71.

superar o político e o social, destroçando os laços de solidariedade, de ajuda mútua, de respeito e de integração dos trabalhadores na empresa.

Não é demais lembrar que a integração dos trabalhadores na empresa é um dos direitos sociais expressos no art. 7º, XI da Constituição Republicana. E a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, são objetivos fundamentais da ordem constitucional (art. 3º, I e III).

A terceirização, mesmo que exercitada na atividade-meio da empresa contratante, dá ensejo à criação de empregos precários. E isto é demonstrado, sobretudo, pela nota de transitoriedade, da extrema maleabilidade para contratação e dispensa dos trabalhadores, com prevalência dos objetivos econômicos e financeiros das empresas contratantes. A face nociva é aumentada quando se cogita terceirizar serviços relativos à atividade-fim.

Aspecto relevante, contudo, deve ser mencionado. No art. 7º do Projeto, a empresa contratante ou tomadora de serviços detém a responsabilidade de “garantir as condições de segurança e saúde dos trabalhadores, enquanto estiverem ao seu serviço e em suas dependências, ou em local por ela designado”.

O legislador autoriza a que se conclua que a contratante possui igualmente a responsabilidade quanto aos infortúnios, acidentes e outros males oriundos do contrato de trabalho que atinjam o empregado da empresa prestadora de serviços. E, desta forma, não pode ocultar a presença de um dos deveres inerentes à pessoa do empregador: o de proteger o empregado dos riscos advindos da atividade econômica.

Também é positiva — ainda que aluda à faculdade, e não como dever da contratante — a previsão do art. 9º do Projeto de Lei. Trata-se de estender benefícios oferecidos aos trabalhadores da empresa tomadora de serviços, aos empregados daquela que lhe presta serviços,

quer trabalhem em suas dependências, quer em local designado pela contratante. E exemplificam esses benefícios: atendimento médico, ambulatorial, refeição.

Referido preceito atrai a incidência do princípio constitucional da isonomia, podendo exercer forte pressão na linha de consagrar todos os benefícios atribuídos pela contratante aos seus empregados também àqueles trabalhadores da empresa prestadora de serviços.

Neste ponto, deve ser realçado que o princípio da igualdade, bem como os da liberdade, dignidade, democracia, Estado de direito representam — na linguagem de J. J. Canotilho — exigências para que o sistema jurídico se torne melhor. São fundamentos de regras jurídicas e têm “uma idoneidade irradiante que lhes permite ligar ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional”⁽¹²⁾.

Ademais, qualquer interpretação que se confira às normas infraconstitucionais exige uma referência aos objetivos e fundamentos da República Federativa, entre os quais se sobressaem a dignidade humana, os valores sociais do trabalho, a solidariedade.

No plano do Direito Coletivo do Trabalho, o art. 15 do Projeto de Lei dispõe que o recolhimento da contribuição sindical estatuída no art. 578 da CLT deve ser feito ao sindicato representante da categoria profissional correspondente à atividade exercida pelo trabalhador na empresa contratante.

Percebe-se que, conforme o tipo de trabalho executado pelo trabalhador, haveria alteração da destinação da contribuição sindical, com nítida lesão ao modelo que a Consolidação adota: o de enquadramento pela atividade preponderante do empregador, salvo em se tratando de categoria diferenciada.

O autor do Projeto desconhece que, de acordo com o art. 511, § 2º, da CLT, a expressão social compreendida como categoria profissional decorre da “similitude de condições de

(12) CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 169.

vida oriunda da profissão ou do trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas”.

Desta forma, no art. 15, foi ignorado o conceito de categoria profissional, ao determinar recolhimento sindical fora dos padrões fixados pela CLT.

Acrescente-se que a normativa proposta favorece a desintegração da identidade de classe dos trabalhadores, pressuposto para a formação do sindicato, dificultando a sua organização e militância. Destruindo os laços de solidariedade, pulveriza-se a ação coletiva e, por consequência, o exercício do direito constitucional de greve também é enfraquecido.

É sustentado na Lei Maior do País que se torna razoável demarcarem-se limites restritos para a possibilidade de terceirização de serviços, pois é incompatível com o Direito do Trabalho pátrio a permissão para fazê-lo de forma ampla e irrestrita, sobretudo em atividades essenciais da empresa.

Deve ser realçado que no Brasil o legislador estatal se apresenta, geralmente, como o principal criador de normas jurídicas. Desta maneira, quanto mais perto a norma criada pelo Parlamento estiver da expressão de democracia, mais verdadeiramente será capaz de legitimar o papel do Estado.

Assim, o legislador, ao elaborar a regra jurídica não pode perder de vista a ideia de justiça. Essa, por seu turno, corresponde ao caráter de tutela: proteção à vida, à saúde, à dignidade do homem, ao trabalho, à liberdade e à segurança. Trata-se de qualidade de uma ordem política, econômica e social e não de mera virtude, dentro da lúcida concepção de Roberto Aguiar⁽¹³⁾.

Para tanto, se faz necessário que as leis desestimulem as desigualdades sociais, pautando-se pela ampliação da capacidade de o cidadão ter acesso aos bens espirituais e materiais,

mitigando-se, assim, a pobreza. Não se cogita da satisfação de todos os interesses do homem, mas daquelas necessidades que a ausência de sua realização conduza à perda da cidadania.

O Projeto de Lei n. 4.330/2004 é incompatível com a construção gradual e ampliativa dos direitos trabalhistas, que consagra o princípio do não retrocesso social. E o retrocesso se revela, notadamente, na permissão de transferir a terceiros os objetivos essenciais de uma atividade econômica.

Diante desse quadro, as assertivas do autor do Projeto, estampadas na Justificativa, consistentes em “garantir os direitos dos trabalhadores” é irrealizável mediante a regulamentação oferecida.

O Projeto de Lei tem uma natureza desconcertante. Neste ponto, e utilizando a imagem de Robert Kurz pode-se afirmar que a “... submissão do conteúdo sensível do trabalho e das necessidades à autorreflexão cega do dinheiro é de caráter monstruoso”⁽¹⁴⁾.

O Projeto de Lei n. 4.330/2004 violenta os objetivos da OIT para a efetivação do trabalho decente porque não atende ao propósito de que é imperioso conferir aos homens e mulheres oportunidades para conseguirem trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade. Também fere as Convenções ns. 98, 100 e 111 da OIT. Acha-se em desacordo com o ideário expresso na Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, de 1998, e na Declaração sobre Justiça Social para uma Globalização Equitativa, datada de 2008. Finalmente, contraria a Agenda do Trabalho Decente instituída pelo governo do Brasil.

5. Agenda Nacional do Trabalho Decente

Diante da apresentação à sociedade do Projeto de Lei n. 4.330/2004, revela-se imperiosa sua análise à luz da Agenda Nacional de Trabalho Decente (ANTD). Em outras palavras,

(13) AGUIAR, Roberto A. R. de, *op. cit.*, p. 67.

(14) KURZ, Robert, *op. cit.*, p. 28.

é necessário confrontá-lo com essa Agenda, pois ela decorre de compromisso firmado pelo Brasil com a OIT e com o povo brasileiro.

A adoção de uma Agenda no Brasil ocorreu em maio 2006. Ao ser lançada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, na XVI Reunião Regional Americana da OIT, realizada em Brasília, ficou estabelecido o objetivo de gerar trabalho decente para combater a pobreza e as desigualdades sociais.

A Agenda Nacional sustenta-se em três objetivos fundamentais na ótica do governo brasileiro: a) gerar maior número de empregos, de melhor qualidade, baseando-se na igualdade de oportunidades e de tratamento; b) erradicar o trabalho escravo e infantil, sendo que, em relação a esse último, deveria haver o combate as suas piores formas; c) fortalecimento do diálogo social, especialmente entre empregados, empregadores e órgãos governamentais, a fim de permitir uma expressão democrática de governo.

O Projeto de Lei n. 4.330/2004 não é condizente com alguns dos propósitos traçados na Agenda Nacional de Trabalho Decente e que o Brasil tem o dever de efetivar. Agride o objetivo governamental de gerar maior número de empregos, de melhor qualidade, fundando-se na igualdade de oportunidades e de tratamento. Também não permite o fortalecimento do diálogo social entre empregados e empregadores.

Ao autorizar a terceirização de serviços na atividade-fim da empresa, o legislador dá ensejo à criação de empregos com padrões trabalhistas inferiores àqueles que são oferecidos diretamente pela empresa tomadora de serviços no tocante ao salário, enquadramento sindical, condições de trabalho, enfim.

O Projeto também favorece a mobilidade injustificável dos trabalhadores: empregados da empresa tomadora de serviços podem ter seus contratos rescindidos, ingressando no quadro da empresa prestadora de serviços, com nítida redução do nível de seu extrato de proteção social. Com isso, torna desigual a

oportunidade de trabalho e tratamento, com lesão à isonomia, contrariando um dos objetivos da ANTD.

Por sua vez, o diálogo social entre empregados e empregadores é enfraquecido. Ao romper o tradicional enquadramento sindical demarcado pela CLT, o Projeto se opõe a um dos papéis fundamentais que o Estado deve desempenhar: o de conduzir o consenso social.

É tarefa do poder público — ainda que não se excluam os diversos grupos sociais existentes dentro da comunidade — a de cobrir as relações de trabalho de respeito à dignidade do homem, pressuposto do Direito do Trabalho e da Constituição Republicana.

Como recordam Paul Hirst e Grahame Thompson, as empresas, os trabalhadores organizados e o Estado podem se relacionar de diversos modos, garantindo que os principais componentes do sistema econômico estejam em constante interação. Nesse pacto, o equilíbrio da renda destinada ao consumo e ao investimento, um amplo acordo sobre os níveis de taxaçaõ, treinamento e de serviços coletivos, controle inflacionário, entre outros fatores são elementos considerados⁽¹⁵⁾.

Percebe-se, na proposta de regulamentação, que não foi atribuída relevância ao papel do Estado e dos interlocutores fundamentais na sociedade, o que compromete outra finalidade traçada na Agenda Nacional, com séria ameaça à democracia e à realização da justiça social. É o que se pode extrair do art. 15 do Projeto de Lei n. 4.330/2004.

A gravidade da lesão aos direitos constitucionais trabalhistas é evidente. E, neste ponto, importa mencionar que no ano de 1998, ao se manifestar mediante a Declaração Relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, a OIT asseverou que o seu objetivo era estimular os esforços desenvolvidos pelos seus membros, a fim de “promover os princípios

(15) HIRST, Paulo; THOMPSON, Grahame. *Globalização em questão*. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 226-227.

e direitos fundamentais consagrados na Constituição da OIT e na Declaração de Filadélfia⁽¹⁶⁾.

Na Declaração de 1998, reafirma-se o pacto da comunidade internacional, no sentido de respeitar, promover e efetivar um patamar mínimo de princípios e direitos no trabalho. São aqueles reputados essenciais para o chamado desenvolvimento sustentável e uma globalização equitativa.

No documento referido — seguindo a linha da Declaração de Filadélfia 3, fica assentado que todos os Estados integrantes da OIT obrigam-se ao cumprimento progressivo desse objetivo. Dela consta que nenhum país, nem mesmo aquele que não haja ratificado as 8 (oito) Convenções que servem de esteio à concretização do trabalho decente poderá omitir-se de cumprir os princípios e normas contidos nessas normas internacionais (art. 2). Como se sabe, as Convenções Pilares são: a Convenção n. 29, de 1930, sobre o Trabalho Forçado; a Convenção n. 87, de 1948, sobre Liberdade Sindical e Proteção do Direito Sindical; a Convenção n. 98, de 1949, sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva; a Convenção n. 100, de 1951, sobre Igualdade de Remuneração; a Convenção n. 105, de 1957, sobre Abolição do Trabalho Forçado; a Convenção n. 111, de 1958, sobre Discriminação (Emprego e Profissão); a Convenção n. 138, de 1973, sobre Idade Mínima para Admissão a Emprego e a Convenção n. 182, de 1999, sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para a sua Eliminação.

O Projeto de Lei n. 4.330/2004 agride as Convenções ns. 98, 100 e 111 da OIT e contraria todos os objetivos estratégicos definidos pela OIT.

É relevante compreender que o fato de um país pertencer à OIT o obriga a “... respeitar, promover e tornar realidade, de boa-fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais

objeto das aludidas convenções pilares⁽¹⁷⁾. Este pressuposto, consagrado na Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho reacende os fundamentos da Declaração de Filadélfia.

Destaco o fato de que em 2008 foi adotada pela Conferência Internacional do Trabalho a Declaração sobre Justiça Social para uma Globalização Equitativa. Nessa ocasião, os Estados-membros reafirmaram que promoveriam o trabalho decente amparados nos objetivos estratégicos da OIT: a) promoção do emprego, b) desenvolvimento e aperfeiçoamento de medidas de proteção social; c) promoção do diálogo social e do tripartismo; e d) respeito e promoção dos princípios e direitos fundamentais do trabalho.

O Brasil confirmou o compromisso com a efetivação do trabalho decente. Seguindo as proposições da OIT, contidas na Declaração Relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, e no alerta desse Órgão, feito em 1999, de que era indispensável formular o conceito de trabalho decente, o governo do Brasil procura inserir em seu ordenamento jurídico disposições normativas baseadas nas 8 (oito) Convenções Internacionais já referidas e consideradas fundamentais por esse organismo internacional.

O Brasil, desde que criou sua Agenda, adota providências jurídicas, econômicas, políticas e sociais, visando reduzir os níveis de desemprego, diminuir as contratações precárias, melhorar os padrões de remuneração do trabalhador, eliminar o trabalho forçado e abolir o trabalho infantil — sobretudo em suas piores formas —, além de buscar estender a proteção social.

No Brasil, entre outras providências na promoção do trabalho decente, podem ser mencionadas as seguintes: geração de empregos formais; aumento real do salário mínimo; medidas para erradicação do trabalho infantil

(16) Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, p. 3.

(17) Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, 1988.

e trabalho forçado; inclusão da categoria dos jovens no capítulo da Constituição destinado à família, à criança e ao adolescente; extensão de proteção social a um maior contingente de trabalhadores e suas famílias, como ampliação dos direitos sociais aos empregados domésticos; construção de instrumentos e políticas para promover a igualdade de gênero e raça; extensão da proteção à maternidade (trabalhadora gestante), intensificação da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores. Acrescente-se, ainda, o Programa Brasil sem Miséria, datado de 2011 e direcionado a erradicar a pobreza extrema e desigualdades sociais no país.

No documento “Emprego, Desenvolvimento Humano e Trabalho Decente: a experiência brasileira recente”, acha-se expresso que só o acesso ao trabalho decente pode transformar o crescimento econômico em desenvolvimento humano. Nele consta que o modelo de trabalho decente permite às pessoas a obtenção, mediante seus rendimentos, de bens e serviços. Também oferece trabalho produtivo a todos, com ênfase à expansão de suas habilidades e talentos. Esclarecem os autores do texto supramencionado que o crescimento econômico tem potencial para expandir as capacidades humanas, mas, para alcançar esse desiderato precisa ser equitativo, aumentando as oportunidades que permitam às pessoas decidirem sobre como viver uma vida que elas valorizem. E lembram que todas as oportunidades que constituem o desenvolvimento humano são importantes, como, nomeadamente, a liberdade de ir e vir e de expressão, o acesso a serviços básicos de educação e saúde, bem como de obtenção de moradia digna, com água potável, saneamento, entre outros itens⁽¹⁸⁾.

A propósito, Denis Maracci Gimenez insiste, com propriedade, que a manutenção dos pilares e das estruturas do Estado do Bem-estar

(18) CEPAL/PNUD/OIT. *Emprego, Desenvolvimento Humano e Trabalho Decente: a experiência brasileira recente*. Brasília, 2008.

Social possibilita que os programas de seguridade social e de assistência aos trabalhadores cumpram o importante papel na proteção dos que foram afastados do emprego, diante das dificuldades de inserção no mercado de trabalho⁽¹⁹⁾.

Em conclusão, renovam-se as assertivas no sentido de que o Projeto de Lei n. 4.330/2004 acha-se em inteiro descompasso com as premissas do trabalho decente, em particular, com a Agenda Nacional. Também contraria os 4 (quatro) objetivos estratégicos da OIT para a efetivação do trabalho decente. E, por fim, fere as Convenções ns. 98, 100, 111 da OIT. Não deve, portanto, ser aprovado, sob pena de o Brasil ofender os compromissos assumidos perante a OIT e com o povo brasileiro.

6. Considerações finais

Os direitos sociais, como direitos mínimos de sobrevivência e da dignidade do homem, são direitos humanos, pois se banharam nos princípios constantes da Declaração Universal dos Direitos Humanos: igualdade substancial, proteção ao cidadão, reconhecimento da dignidade de todos os homens, como pressupostos da liberdade, justiça e paz no mundo.

O Projeto de Lei n. 4.330/2004, estruturado no extremo individualismo e nas ideias herdadas do liberalismo econômico, tenta impor a subordinação dos direitos dos trabalhadores ao capital. Demonstra ignorar que, filosoficamente, deve ser consagrado o primado do trabalho sobre o capital. Desdenha da compreensão de que o capital é um simples instrumento do trabalho, pois este é fonte primária de sobrevivência do homem e de desencadeamento do processo produtivo de uma nação, da formação de riquezas e de desenvolvimento da sociedade.

A proposta de regulamentação apresentada estimula fortes desigualdades sociais, restringindo a capacidade dos homens de acesso aos bens materiais e espirituais, alimentando,

(19) GIMENEZ, Denis Maracci, *op. cit.*, p. 120.

ainda, a desregulamentação da economia nacional.

O Projeto de Lei incorpora a quebra das garantias trabalhistas que foram conquistadas pelos trabalhadores ao longo do tempo. A par disto, desarticula o movimento sindical, enfraquecendo-o.

E o mecanismo de coesão social revela que a sociedade, sendo pluralista, os conflitos de interesses têm uma vertente econômica, mas, sobretudo, política. Ignorar este dado traduz uma tentativa ingênua de ocultar a própria história.

É importante invocar o papel do princípio do não retrocesso social, barreira hábil a inibir a atuação sem fundamento do legislador. Tal princípio deve ser utilizado para impedir que o Poder Legislativo — mediante o Projeto sobre Terceirização de serviços — atenda a interesse momentâneo de grupos ou de classes.

No Direito do Trabalho, a observância a um postulado dessa natureza é essencial à garantia da democracia e da promoção de tutela permanente dos direitos sociais. O princípio do não retrocesso social não permite que direitos fundamentais assegurados aos trabalhadores sejam alijados do ordenamento jurídico.

Faz-se indispensável — para viabilizar a missão de efetivar o Trabalho decente — que o governo brasileiro se oponha às leis que sob o pretexto de regular o trabalho humano recusem a distribuição justa e equitativa de riquezas aos indivíduos.

A perspectiva defendida é a de que se deve partir de uma base social conquistada, pugnando pelo crescimento substancial dos níveis de garantias sociais. Tal sucede porque o processo histórico é dialético, exigindo que se absorvam os dados referentes à cultura, à história e às próprias necessidades sociais do

povo. Assim, é possível que brote um movimento aglutinador na sociedade que assegure equilíbrio, paz, justiça, cidadania e democracia às relações de trabalho.

7. Referências bibliográficas

AGUIAR, Roberto A. R. de. *O que é Justiça — Uma abordagem dialética*. São Paulo: Alfa-Omega, 1995.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Direito do Trabalho e Pós-Modernidade*. São Paulo: LTr, 2005.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CEPAL/PNUD/OIT. *Emprego, Desenvolvimento Humano e Trabalho Decente: a experiência brasileira recente*. Brasília, 2008.

Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, 1988.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos de Sociologia do Direito*. Trad. René Ernani Gertz. Revisão de Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

Escritório da OIT no Brasil — *Trabalho Decente para uma vida Digna*.

GIMENEZ, Denis Maracci. *Políticas de emprego no século XX e o significado da ruptura neoliberal*. São Paulo: Annablume, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

HIRST, Paulo; THOMPSON, Grahame. *Globalização em questão*. Petrópolis: Vozes, 1998.

KURZ, Robert. *O Colapso da Modernização. Da derrocada do socialismo de caserna à crise da economia mundial*. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

LYRA, Roberto. *Visão Social do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

OIT. *Revista Trabajo*, n. 36, Genebra, set./out. 2000.

Responsabilidade subsidiária e disponibilização judicial de valores pela tomadora de serviços em face da prestadora para pagamento de crédito trabalhista: competência e tutela processual adequada

Fábio Lucas Telles de Menezes Andrade Sandim^(*)

Resumo:

- ▶ No âmbito da terceirização, é frequente o desrespeito às obrigações trabalhistas pelos empregadores (prestadores de serviços), assim como tem sido habitual o abrupto rompimento contratual sem o pagamento de verbas decorrentes da extinção do contrato de emprego. Em razão do panorama verificado, a proposta deste breve estudo consiste em analisar a competência material da Justiça do Trabalho e as medidas judiciais a serem adotadas pela tomadora de serviços em face da prestadora, para disponibilização de valores, a fim de propiciar o pagamento de créditos trabalhistas. Busca-se examinar a tutela processual adequada aos contornos e características da relação jurídica de natureza material, de forma a alcançar resultados práticos e positivos na realidade fática voltados à concretização de direitos fundamentais.

Palavras-chave:

- ▶ Responsabilidade subsidiária – Competência – Tutela processual adequada.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Responsabilidade subsidiária
- ▶ 3. Competência material
- ▶ 4. Tutela processual adequada
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

(*) Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Rio Branco (AC). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

1. Introdução

O objetivo deste estudo consiste em analisar a competência material e a tutela processual adequada, no tocante à pretensão de disponibilização judicial de valores pela tomadora de serviços em face da prestadora, para pagamento de crédito trabalhista, levando-se em conta que a Súmula n. 331 do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho consagra a responsabilidade subsidiária da primeira, na hipótese de terceirização.

O panorama fático atual tem demonstrado a ocorrência frequente do descumprimento das obrigações trabalhistas pelos empregadores, prestadores de serviço, bem assim o abrupto rompimento contratual sem o pagamento de verbas decorrentes da extinção do contrato de emprego, não obstante a existência de crédito junto à tomadora de serviços, ainda que, na maioria das vezes, insuficiente.

Inicialmente, foram traçados elementos concernentes à responsabilidade subsidiária. Em sequência, passa a ser analisada a competência material, a fim de aferir a que ramo do Judiciário pertence à atribuição de apreciar a lide voltada à garantia do pagamento de créditos trabalhistas, entre tomadora de serviço e prestadora.

Posteriormente, passam a ser pontuadas reflexões quanto às diferentes interpretações que recaem sobre a medida judicial a ser adotada pela tomadora de serviços, para disponibilização de valores voltada à quitação de parcelas trabalhistas. É relevante destacar que não há posição sedimentada na doutrina e na jurisprudência no que tange à tutela processual adequada para a situação jurídica em questão.

Por fim, a conclusão tem como finalidade apresentar parâmetros para contribuir com o debate a respeito da medida judicial, a ser adotada pela tomadora de serviços, que se apresente compatível com a efetividade processual e garanta a observância dos direitos sociais trabalhistas, sem a pretensão do estabelecimento de critérios exaustivos e fechados.

2. Responsabilidade subsidiária

Alice Monteiro de Barros aponta que o “fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal”⁽¹⁾.

Dessa forma, no âmbito da terceirização, apresentam-se três sujeitos, quais sejam, o tomador de serviços (particular ou ente público), o prestador de serviços (empregador) e o trabalhador.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal consagrou, em sede de julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, de forma majoritária, a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666 de 1993, na redação que lhe deu o art. 4º da Lei n. 9.032/95, mas ressaltou que a responsabilidade subsidiária dependerá da análise do caso concreto, a partir da verificação do cumprimento do dever da Administração Pública direta e indireta de fiscalizar o adimplemento das obrigações da empresa contratada.

A decisão do Egrégio STF acarretou a modificação da Súmula n. 331 do TST, que passou a exigir, para o reconhecimento da responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta, elementos indicativos de conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 1993, especialmente na fiscalização das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, não bastando o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Logicamente que a decisão em sede da ADC n. 16 e a Súmula n. 331 não alcançam aqueles que não integram a Administração Pública direta e indireta, de modo que, nestes casos, o simples inadimplemento das obrigações trabalhistas é suficiente para justificar a responsabilidade subsidiária.

(1) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 357.

É relevante destacar que o ônus da prova quanto à comprovação da observância do dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada pertence ao tomador de serviços, à luz do art. 818 da CLT e do princípio da aptidão para produção da prova, já que não é razoável e admissível atribuir ao trabalhador o ônus da prova de fato negativo.

Nessa linha, cabe ao tomador de serviços a adoção de sistemática de controle efetivo sobre a totalidade das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada, ou seja, a implementação de providências eficazes para fiscalização do cumprimento das obrigações vinculadas ao contrato de emprego (FGTS, décimo terceiro, salário, férias + 1/3, adicionais, verificação da jornada de trabalho, além de outras).

Desse modo, a falta de fiscalização (inexistência ou ausência de controle efetivo) pela tomadora de serviço evidencia a culpa *in vigilando* decorrente da inobservância de dever objetivo de cuidado, o que implica a responsabilidade subsidiária.

Nesse sentido, o atual entendimento do Egrégio TST:

TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA *IN VIGILANDO* DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA ADC N. 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTS. 58, INCISO III, E 67, *CAPUT* E § 1º, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTS. 186 E 927, *CAPUT*, DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE N. 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC N. 16-DF. SÚMULA N. 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

(...) No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, *caput* e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei n. 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de culpa *in vigilando* na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas, como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa n. 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa n. 03/2009 (...) Recurso de Revista n. TST-AIRR-75100-57.2009.5.01.0077, 2ª T. Min. rel. José Roberto Freire Pimenta, Divulgada em 14.11.2011.)

A concreta fiscalização por parte do tomador de serviços, mormente em se tratando de ente público, é essencial à garantia das eficácias horizontal e vertical dos direitos fundamentais, que abrangem os direitos sociais trabalhistas, e, como tais, não podem ser dissociados, em sede de hermenêutica constitucional, dos princípios da máxima efetividade, da proteção na seara laboral, do valor social do trabalho, da dignidade da pessoa humana, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da prevalência dos direitos humanos e da função social da propriedade que contempla de forma implícita a função social do contrato (arts. 1º, III e IV; 3º, I; 4º, II; 5º, XXIII, § 1º e § 2º; 7º, *caput*; 170, *caput*, III, VIII; 186, II, III e IV; e 193, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Aliás, com base nas lições de Immanuel Kant⁽²⁾ e na Declaração de Filadélfia de 1944, que constitui um Anexo à Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), da qual a República Federativa do Brasil é integrante, o ser humano, compreendido também na sua especificidade de trabalhador, é um fim em si mesmo, e não um meio ao arbítrio de terceiros, além de que o trabalho não é mercadoria.

Logo, é inegável que a dignidade da pessoa humana corresponde a fundamento do Direito do Trabalho, razão pela qual o referido ramo do direito não pode ser desvirtuado, de forma a permitir a precarização das relações de trabalho e o tratamento inadequado do trabalhador.

Dessa forma, o trabalho constitui elemento essencial à dignidade da pessoa humana, razão pela qual deve ser objeto de efetiva proteção estatal para que seja alcançada uma sociedade livre, justa e solidária.

O trabalho ligado diretamente aos direitos sociais e a livre-iniciativa vinculada à liberdade e ao direito de propriedade devem ser considerados de forma a alcançar o equilíbrio nas relações de trabalho, sem a prevalência do aspecto econômico sobre o aspecto humano, ou seja, sem a precarização das condições de trabalho, pois, além de a Lei Maior também consagrar a função social da propriedade (arts. 5º, XXIII e 170, III), o trabalhador, que é responsável pela força produtiva e pela geração de riqueza, não pode ser visto como um objeto, mas sim como sujeito de direitos, ao qual deve ser propiciada uma existência digna.

Segundo Humberto Theodoro, a função social manifesta-se em dois níveis: a) intrínseco – vinculado às partes envolvidas, impondo-se o respeito recíproco; e b) extrínseco – voltado ao impacto do contrato na sociedade⁽³⁾.

(2) KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. 1 reimp. Tradução por Leopoldz bach. São Paulo: Martin Claret, 2008. Título original: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. p. 102.

(3) THEODORO Jr., Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 43.

A função social do contrato indica que o correlato instrumento de manifestação da vontade está adstrito ao respeito entre as partes envolvidas e à tutela da coletividade, por meio da observância à satisfação do interesse social e à concretização da dignidade da pessoa humana, o que exige lealdade, boa-fé, ética, deveres de informação, confidencialidade, assistência, equilíbrio contratual, ausência de condutas abusivas e o bem comum nas tratativas, na execução e na extinção contratual⁽⁴⁾.

Acrescente-se que o papel do Estado Democrático de Direito de concretizar os direitos fundamentais, abrange, logicamente, o comprometimento com a adoção de medidas de efetivação das posições jurídicas dotadas de fundamentalidade aplicáveis às relações de trabalho e voltadas ao alcance da justiça social⁽⁵⁾.

A respeito da relação entre a tutela constitucional dos direitos trabalhistas e o Estado Democrático de Direito, Christiana D'arc Damasceno Oliveira aponta o seguinte:

Nesse compasso, sendo nítida a relação entre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito, resta inconteste que a aplicação e interpretação dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas deve ser realizada em sintonia com os valores imanentes à dignidade da pessoa do trabalhador, o qual não se despoja de sua condição de pessoa plena ao integrar o contrato de labuta.⁽⁶⁾

(4) SANDIM, Fábio Lucas Telles de Menezes Andrade. A função social do contrato no Direito do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 74, n. 09, p. 1.105, set. 2010.

(5) SANDIM, Fábio Lucas Telles de Menezes Andrade. *Breves considerações sobre o elo entre o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais trabalhistas*. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT). Cadernos de Temáticas Contemporâneas. Disponível em: <<http://www.enamat.gov.br/wp-content/uploads/2010/11/TD08-Fabio-Sandim-BREVES-CONSIDERA%C3%87%C3%95ES-SOBRE-O-ELO.pdf>> Acesso em: 2 dez. 2010.

(6) 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. 475.

Convém ainda destacar, por sua relação direta com a matéria atinente à evolução do Direito do Trabalho desde a Revolução Industrial, o princípio da proibição do retrocesso social, consagrado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)⁽⁷⁾, que abrange dois aspectos: a) o comando para melhora da estrutura protetiva da pessoa humana (progressividade); e b) a vedação a medidas ilegítimas de natureza supressiva, redutora ou restritiva que alcancem posições jurídicas diretamente vinculadas aos direitos fundamentais no plano constitucional ou, ainda, no plano infraconstitucional após concretizadas, ou seja, depois de atingir determinado grau de realização.

É importante salientar que a exclusão de qualquer obrigação pecuniária ou convertida em pecúnia da responsabilidade subsidiária acarreta o enriquecimento sem causa do tomador de serviço que agiu ilicitamente e se beneficiou da força de trabalho alheia, esvaziando os créditos trabalhistas, que são privilegiados (arts. 449 da CLT e 186 do Código Tributário Nacional).

Por fim, cabe registrar que a República Federativa do Brasil possui responsabilidade internacional perante os integrantes dos Sistemas Global e Regional de Proteção Internacional dos Direitos Humanos (Organização das Nações Unidas — ONU, Organização Internacional do Trabalho — OIT e Organização dos Estados Americanos — OEA), o que significa que os direitos sociais trabalhistas inseridos

(7) Art. 26. Desenvolvimento Progressivo. “Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providência, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.” O Pacto de São José da Costa Rica foi integrado ao sistema de direito positivo interno do Brasil pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

no rol de direitos humanos previstos em Tratados e Convenções Internacionais merecem proteção adequada e efetiva, cujo desrespeito pode ocasionar a aplicação de sanções à União.

3. Competência material

A competência material pode ser definida como o conjunto de atribuições destinadas a determinados órgãos do Poder Judiciário. Para Francisco Antonio de Oliveira, “a competência em razão da matéria designa o ramo jurisdicional a que determinada matéria deverá estar afeta”⁽⁸⁾. A fixação da competência material está atrelada à causa de pedir e ao pedido.

Admite-se, com facilidade, a competência material da Justiça do Trabalho para apreciar ação civil pública ou ação coletiva ajuizada pelo Ministério Público ou pelo Sindicato da categoria profissional, em face da prestadora e da tomadora de serviço, com medida cautelar para bloqueio dos créditos a serem pagos pela segunda à primeira.

Da mesma forma, não há dúvida a respeito da competência em razão da matéria da Justiça do Trabalho para julgamento de reclamação trabalhista individual, em face da empregadora e da tomadora do serviço, com requerimento voltado à tutela de urgência mencionada no parágrafo precedente.

No entanto, não se apresenta de forma uníssona a questão atinente à competência material para apreciação da demanda voltada à disponibilização judicial de valores pela tomadora de serviços em face da prestadora com o objetivo de garantir o pagamento de crédito trabalhista, conforme passará a ser analisado.

Em um primeiro momento, poder-se-ia concluir pela incompetência material da Justiça do Trabalho, no que diz respeito ao caso mencionado no parágrafo anterior, principalmente em decorrência da natureza dos sujeitos envolvidos — duas pessoas jurídicas —, uma vez que não haveria a figura do trabalhador em

(8) OLIVEIRA, Francisco Antonio. *O Processo na Justiça do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 46.

nenhum dos polos da relação jurídica processual e tal situação não estaria enquadrada em quaisquer dos incisos do art. 114 da Constituição Federal de 1988, com redação da Emenda Constitucional n. 45, de 2004.

Para aqueles que se filiam à corrente da incompetência da Justiça do Trabalho, a demanda em análise seria apreciada pela Justiça Federal, quando a tomadora de serviço na condição de autora da ação fosse a União, entidade autárquica federal ou empresa pública federal, na forma do art. 109, I, da Constituição Federal, cabendo à Justiça Estadual a competência residual.

Todavia, a hermenêutica mais adequada parece se encontrar com a vertente que prega a competência material da Justiça do Trabalho para processar e julgar ação voltada à disponibilização judicial de valores pela tomadora de serviços em face da prestadora, com o objetivo de garantir o pagamento de créditos trabalhistas, o que será a seguir desenvolvido.

Primeiramente, não se pode olvidar que a expressão contida na antiga redação do art. 114 da Constituição Federal: “dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores” foi excluída com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que estabeleceu, no inciso I do artigo supramencionado, o termo “ações oriundas das relações de trabalho”.

A alteração da redação do art. 114 da Constituição Federal, na forma indicada no parágrafo precedente, indica o viés teleológico ampliativo da atuação da Justiça do Trabalho e destaca o elemento objetivo (conteúdo) em detrimento do aspecto subjetivo (sujeitos envolvidos), diretriz esta que, embora mais adequada, não tem prevalecido, consoante apontamentos de Christiana D’arc Damasceno Oliveira:

Resultado de amálgama de interações destinadas a robustecer a dinâmica judicial, sobretudo quanto aos aspectos de acessibilidade e eficiência, a Emenda Constitucional n. 45/2004 (também conhecida como Reforma

do Judiciário) acarretou, a par de outras medidas, contundente ampliação da competência da Justiça do Trabalho.

Recém-passados 6 (seis) anos de seu advento, e a despeito da alvissareira perspectiva enunciada pela majoração do espectro de abrangência da tutela jurisdicional trabalhista, a aplicação conferida a dispositivos importantes oriundos da dita Reforma não tem, em grande medida, apresentado estreita correlação com sua finalidade.⁽⁹⁾

O pedido referente à disponibilização de valores pela tomadora de serviço em face do prestador tem como escopo justamente a garantia e o pagamento de créditos trabalhistas, enquanto a causa de pedir se apresenta vinculada ao dever de fiscalização do tomador quanto às obrigações inerentes ao contrato de emprego, cujo descumprimento pode acarretar a responsabilidade subsidiária, na forma da Súmula n. 331 do E. TST.

Segundo voto proferido pelo então Ministro Sepúlveda Pertence, em sede de recurso extraordinário, “o fundamental é que a relação jurídica alegada como suporte do pedido esteja vinculada, como efeito à causa, à relação empregatícia, como me parece inquestionável que se passa aqui, não obstante o seu conteúdo específico seja o de uma promessa de venda, instituto de direito civil” (STF, RE n. 238.737, julgado em 17.11.1998, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Aponta o Ministro João Oreste Dalazen ba-lizas interpretativas a respeito da competência material da Justiça do Trabalho, após ao advento da Emenda Constitucional n. 45 de 2004:

O novo texto constitucional preenche uma omissão de que ressentia a disciplina

(9) OLIVEIRA, Christiana D’arc Damasceno. Ações de representação sindical: análise do viés interpretativo dos Tribunais Superiores pós-Emenda Constitucional n. 45/2004. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *O que estão fazendo da nova competência da Justiça do Trabalho?* Análise crítica da jurisprudência do STF, do TST e do STJ após a EC n. 45/2004. São Paulo: LTr, 2011. p. 353.

da competência material da Justiça do Trabalho: os litígios *da relação de emprego* e que não envolvam os seus sujeitos. De sorte que, presentemente, inscrevem-se na competência da Justiça do Trabalho, ao revés do que sucedia antes (por falta de permissivo legal e constitucional): a) os dissídios interobreiros, a exemplo do que se passa, às vezes, entre empregados que celebram contrato de equipe, a respeito do salário; b) os dissídios interpatronais sobre a obrigação que decorre do contrato de emprego, tal como se verifica nas lides entre empregador sucessor e sucedido, ou entre o empregador subempreiteiro e o empreiteiro principal (art. 455 da CLT); c) quaisquer outras lides a propósito de direitos e obrigações que decorrem da relação de emprego, mesmo que não se estabeleçam entre empregado e empregador, como se dá com a ação civil pública 'trabalhista', ou com o dissídio sobre complementação de aposentadoria entre empregado e entidade de previdência privada fechada instituída pelo empregador, quando a complementação de aposentadoria não é criada pelo empregador (...). — *grifo nosso*⁽¹⁰⁾

Desse modo, a inexistência de trabalhador nos polos ativo e passivo da demanda não exclui a competência da Justiça do Trabalho para processamento da ação em debate, já que o pleito está totalmente vinculado à relação empregatícia e a lide está diretamente ligada a direitos e obrigações que decorrem do contrato de emprego, na forma do art. 114, I, da Constituição Federal 1988, com redação da Emenda Constitucional n. 45, de 2004.

4. Tutela processual adequada

O cenário atual no âmbito das relações de emprego tem sido marcado pelo sistemático descumprimento das obrigações trabalhistas

(10) DALAZEN, João Oreste. A reforma do Judiciário e os novos marcos da competência material da Justiça do Trabalho no Brasil. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 71, n. 1, p. 44-46, jan./abr. 2005.

por parte dos empregadores (prestadores de serviços) e pelo abrupto rompimento contratual sem o pagamento de verbas rescisórias aos trabalhadores, não obstante a existência de crédito junto à tomadora de serviços, ainda que, na maioria das vezes, insuficiente para quitação da totalidade da dívida trabalhista.

Dessa forma, a temática central deste estudo recai sobre a medida judicial a ser adotada pela tomadora de serviços, com o objetivo de concretizar a efetividade processual e garantir a observância dos direitos sociais trabalhistas.

Inicialmente, é relevante ressaltar que a medida judicial a ser providenciada pela tomadora de serviços não afasta a possibilidade do ajuizamento de reclamações trabalhistas de caráter individual, com pedidos de verbas trabalhistas cumulados com pleito de tutela de urgência, de natureza cautelar, visando ao bloqueio de créditos da empregadora (prestadora de serviços) junto à tomadora.

Da mesma maneira, não se exclui a propositura de ação civil pública ou ação coletiva ajuizada pelo Ministério Público ou pelo Sindicato da categoria profissional com objetivo idêntico ao apontado no parágrafo anterior.

Ocorre que, muitas vezes, apesar de o descumprimento das obrigações trabalhistas afetar, primeiramente e de forma impactante, os trabalhadores, deixando-os sem acesso aos salários e a parcelas de natureza alimentar, estes por diversas razões, inclusive pela falta de acesso à informação, tardam a tomar providências, sejam judiciais ou meras comunicações ao Ministério Público do Trabalho, aos Sindicatos e às repartições vinculadas à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego.

Além disso, ainda quando os trabalhadores procuram, prontamente, auxílio diante do descumprimento das obrigações inerentes ao contrato de emprego, os passos necessários para o desencadeamento de uma providência judicial podem levar à não adoção de uma medida judicial com a intensa celeridade exigida pela situação.

Em grande parte das situações vinculadas ao encerramento de contratos de terceirização, a única fonte de recebimento das verbas trabalhistas está no montante devido pela tomadora à prestadora pelos serviços executados, sobretudo quando esta integra a Administração Pública direta ou indireta em razão da incerteza quanto à responsabilidade subsidiária, que estará ligada à análise do cumprimento ou não do dever de fiscalização, nos termos da Súmula n. 331 do Egrégio TST e à luz do atual posicionamento do Egrégio STF.

Por conseguinte, a tomadora passa a ser a primeira e, muitas vezes, a última esperança para quitação dos haveres trabalhistas, mesmo não tendo esta mais qualquer contato com a prestadora, a qual, por diversas ocasiões, desaparece como um passe de mágica, com sedes e filiais fechadas sem pessoas para atendimento e recebimento de notificações. Diante de tal ocorrência, qual seria a medida judicial mais adequada a ser adotada visando ao pagamento de créditos trabalhistas?

Sem a pretensão do estabelecimento de critérios exaustivos e fechados e da fixação de apenas um caminho para solucionar a problemática em apreço, passam a ser analisadas as vias possíveis.

É de extrema relevância que o contrato de prestação de serviços (seja administrativo ou regulado pelo direito privado), independentemente da natureza jurídica da tomadora de serviço, contenha cláusula permissiva da retenção dos créditos da prestadora na hipótese de descumprimento de obrigações trabalhistas, com previsão para pagamento destas diretamente aos trabalhadores.

Tal cláusula contemplaria não só caráter social, mas também teria como objetivo evitar prejuízos patrimoniais à tomadora em caso de responsabilização subsidiária, ou, ao menos, diminuiria as perdas econômicas.

Na seara dos entes sujeitos à Lei de Licitações (8.666, de 1993), a retenção de créditos da prestadora até o limite dos prejuízos causados é

autorizada pelo art. 8º, IV, como efeito da rescisão unilateral, a qual pode decorrer da constatação do descumprimento de obrigações trabalhistas, com destaque para admissibilidade de tal procedimento no âmbito federal, em virtude do disposto no art. 34-A da Instrução Normativa n. 3 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), de 15.11.2009⁽¹¹⁾.

De qualquer forma, é interessante salientar que meras previsões contratuais de retenções de créditos e mesmo o ajuizamento de ações pela tomadora de serviço visando ao pagamento de parcelas trabalhistas não são suficientes para exclusão da responsabilidade subsidiária do integrante da Administração Pública direta e indireta, uma vez que o dever de fiscalização precisa ser efetivo durante todo o pacto, de forma contínua, e não apenas no início e no final da relação contratual.

Nota-se ser comum a continuidade dos contratos de prestação de serviços relativos à terceirização mesmo quando o descumprimento dos direitos trabalhistas constitui prática reiterada e cristalina.

Contudo, a previsão contratual de retenção de crédito e pagamento direto do trabalhador implica a falta de interesse de processual no aspecto necessidade, quanto à adoção de medida judicial para garantia de pagamento dos direitos trabalhistas pela tomadora de serviços, uma vez que, a princípio, não haveria utilidade na atividade jurisdicional, se a providência pode ser executada por simples ato daquela que seria a autora da demanda.

A ausência de interesse de agir caracteriza carência da ação e ocasiona a extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, VI, do CPC).

(11) Art. 34-A. O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado deverá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções, sendo vedada a retenção de pagamento se o contratado não incorrer em qualquer inexecução do serviço ou não o tiver prestado a contento.

Por outro lado, é imprescindível reforçar que apenas “a princípio” não haveria utilidade na medida, porquanto circunstâncias fáticas podem ensejar discussões, de natureza administrativa ou judicial, a respeito do alcance jurídico da cláusula de retenção de crédito provocada pela prestadora de serviços, o que pode gerar grande possibilidade de liberação dos valores a favor desta, em detrimento dos trabalhadores, justificando uma medida judicial mesmo pela tomadora para elidir o referido risco.

Na hipótese de ausência de cláusula autorizadora de retenção de crédito e observada a utilidade, passa a ser discutida qual seria a tutela processual adequada para disponibilização judicial de valores pela tomadora de serviços em face da prestadora, com o objetivo de garantir o pagamento de créditos trabalhistas.

A primeira medida objeto de análise é a ação de consignação em pagamento a ser proposta pela tomadora de serviços em face da prestadora de serviço e dos trabalhadores, que deverá estar amparada em um dos incisos do art. 335 do Código Civil.

Os três primeiros incisos do art. 335 do Código Civil são descartados de plano por não serem pertinentes ao caso em tela. O inciso V trata da hipótese de pendência de litígio sobre o objeto do pagamento, que também não se compatibiliza com a situação, uma vez que se pretende obter a tutela processual adequada independentemente da existência de lide prévia entre os envolvidos.

Diante do exposto no parágrafo anterior, resta a reflexão a respeito do cabimento da ação de consignação em pagamento, quando ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto de pagamento, com fundamento no inciso IV, do art. 335 do Código Civil.

A princípio, poder-se-ia concluir pela impossibilidade de manejo da ação de consignação em pagamento, já que o descumprimento das obrigações trabalhistas acarretaria, de forma automática, o reconhecimento de que

os créditos da prestadora de serviço junto à tomadora de serviço deveriam ser destinados diretamente aos trabalhadores, em razão da natureza privilegiada dos haveres trabalhistas (arts. 449 da CLT e 186 do CTN) e do risco de caracterização da responsabilidade subsidiária, o que eliminaria a dúvida sobre quem deva receber o pagamento.

Entretanto, a tomadora de serviços pode não ter acesso a informações sobre os valores pagos e ainda devidos a título de verbas trabalhistas, sobretudo no caso de ruptura abrupta do contrato de prestação de serviços atinentes à terceirização, que, por diversas vezes, também provoca o rompimento dos contratos de emprego.

Em tal situação, pode ser identificada a dúvida sobre quem deva receber o pagamento, sendo que a liberação do numerário diretamente à empresa prestadora de serviço pode tornar inviável qualquer tentativa de evitar a responsabilização secundária por insuficiência patrimonial da empregadora.

Assim, presente a dúvida sobre quem deva receber o pagamento, em um primeiro momento, a ação de consignação em pagamento seria viável.

Contudo, surge um problema, caso não haja conciliação em audiência (isso seguindo o procedimento da CLT) e os consignados apresentem contestações e, em função da natureza dúplice inerente à consignação em pagamento, requeiram diferenças sob a alegação de que as quantias indicadas pela prestadora de serviços não seriam suficientes para quitação das verbas (art. 896, IV, do CPC), sustentando a responsabilidade subsidiária da consignante.

Nesta situação, os consignados trabalhadores deveriam se voltar não só contra a tomadora de serviços, mas também em face da prestadora (empregadora) que estaria, conforme petição inicial, no polo passivo da demanda como consignada.

O Juízo da 4ª Vara do Trabalho de Rio Preto reconheceu a falta de interesse de agir nos autos

de ação de consignação em pagamento ajuizada pela tomadora de serviços (União) em face da prestadora de serviços e dos trabalhadores (Autos n. 00833-2007-133-15-00-2).

No entanto, em sede de recurso ordinário, o Egrégio TRT da 15ª Região reformou a decisão para reconhecer o interesse de agir e determinar o prosseguimento do feito, com base nos seguintes argumentos:

Pois bem, *in casu*, a tomadora tem cumprido regularmente seu dever de fiscalização, de modo que constatou que a prestadora não vem efetuando corretamente o pagamento dos salários e outras obrigações contratuais com seus empregados (fls. 58/60, 65). Nesse contexto, reteve os repasses mensais àquela empresa, com respaldo em cláusula contratual (fl. 10 – cláusula quarta), e despendeu todo o esforço possível para contatá-la, como se observa às fls. 49/50, 55/57, 61/64 e 66/68, sem sucesso. Diante disso, rescindiu unilateralmente o contrato (fl. 76) e agora busca a tutela jurisdicional para resguardar seu patrimônio em eventual reclamação trabalhista assim como o interesse de caráter alimentar dos trabalhadores que prestaram serviços em suas dependências. Como se vê, o credor imediato das parcelas em debate não foi encontrado, havendo notícia nos autos de que as portas do estabelecimento encontram-se fechadas e sem nenhum comunicado (fl. 62). Deste modo, entendo estar configurada a impossibilidade de recebimento pelo credor a que se refere o inciso I do art. 335 do Código Civil. Os credores mediatos das verbas retidas pela União, por sua vez, são conhecidos e determinados, como se constata da petição inicial indicando a parte que deve figurar no polo passivo da presente demanda, de modo que não se pode afastar a tutela jurisdicional apta a pacificar a relação social em exame, sob o argumento de ausência de interesse processual, conforme se observa de toda a argumentação alhures. Ressalte-se, por oportuno, que entendimento diverso impediria o tomador de serviços de resguardar seu patrimônio, ainda que tivesse cumprido diligentemente seu dever de fiscalização, deixando-o sem alternativa

diante da responsabilização subsidiária à qual não deu causa. Tal constatação toma proporções de maior relevância no caso em tela, tendo em vista o fato de figurar no polo ativo da presente demanda a União, sendo do interesse de toda a sociedade, que contribui com altos impostos para a manutenção do Estado, a proteção do patrimônio público. Deste modo, patente o interesse de agir da União e preenchidas as condições da ação.⁽¹²⁾

É importante salientar que os Autos n. 00833-2007-133-15-00-2, ao retornarem ao primeiro grau, foram objeto de extinção sem resolução de mérito por interesse da própria consignante.

Logo, os diversos entendimentos a respeito da mesma matéria demonstram que o tema abordado ainda não é pacífico. Por isso, todas as linhas argumentativas devem ser objeto de reflexão para a busca de uma tutela efetiva, pois, conforme preocupação evidenciada no acórdão anteriormente indicado, a atividade jurisdicional não pode deixar de concretizar a pacificação social.

Ocorre que a pacificação social, que constitui um dos escopos do processo, depende diretamente de meios aptos à obtenção do resultado prático, sem o qual não há efetividade.

Nesse sentido, a busca de uma solução eficaz passa pela adoção de procedimentos que não inviabilizem no futuro, por meio de tumultos processuais, uma prestação jurisdicional asseguradora do acesso à ordem jurídica justa, tempestiva, adequada e efetiva (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988).

Aliás, devem ser levadas em conta as finalidades do processo como instrumento por meio do qual atua a jurisdição, que devem ser buscadas de forma conjunta, quais sejam: o escopo social, o escopo jurídico, o escopo político e o escopo educacional.

O processo é um instrumento estatal e que atende a vários desideratos: a) escopo social,

(12) Autos n. 00833-2007-133-15-00-2, Recurso Ordinário, TRT 15ª Região, 2ª Câmara, 1ª Turma, Desª. relª. Helena Rosa Mônaco S. L. Coelho.

a pacificação social; b) escopo jurídico, interpretar a lei, aplicando a justiça; c) escopo político, impondo a vontade soberana do Estado, este considerado como ordem jurídica, visando à satisfação da sociedade e ao bem comum; d) escopo educacional, à medida em que incentiva o respeito pelo direito alheio. Assim, mister se faz avaliar a validade do processo do trabalho pelos resultados positivos que possa produzir na realidade fática, almejando-se um processo apto a dar respostas na sociedade de massa. (grifo nosso)⁽¹³⁾

Dessa maneira, na linha argumentativa desenvolvida até o momento neste trabalho, não se mostra admissível a ação de consignação em pagamento na situação em análise com base no inciso I do art. 335 do Código Civil, porquanto este dispositivo trata de hipótese que contempla a certeza a respeito do credor (certo e determinado) a receber o pagamento, de modo que seria incompatível a integração do polo passivo por consignados com interesses antagônicos (prestadora de serviços como empregadora e trabalhadores).

Logo, neste caso, não é cabível a distinção entre credor imediato (tomadora de serviço) e credores mediatos (trabalhadores), eis que ou se é credor ou não se é credor, salvo a existência de dúvida amparada pelo art. 335, IV, do Código Civil.

Por ocasião de uma audiência nos autos de outra ação de consignação em pagamento, em trâmite perante a 1ª Vara do Trabalho de Rio Branco (Autos n. 0000962-52.2012.5.14.0401), foi celebrado acordo entre a consignante (tomadora de serviços) e os consignados (trabalhadores no total de quatro), com a quitação de verbas rescisórias, por meio dos valores depositados em juízo, sendo que a consignada (prestadora de serviços), também integrante

(13) GOUVÊA, Ligia Maria Teixeira; WRONSKI, Ana Paula Volpato. O princípio da identidade física do juiz no processo do trabalho – revivendo um velho mote. *Revista LTr*, São Paulo, n. 65-07, p. 781, jul. 2001.

do polo passivo, não compareceu à audiência, embora devidamente notificada.

Todavia, se frustrada a tentativa de conciliação, não seria admissível a elaboração de requerimentos somente em face da tomadora como suposta responsável subsidiária, sem antes ter demandado contra a empregadora como responsável principal (prestadora de serviço).

No âmbito da ação de consignação em pagamento, caso não haja conciliação ou aceitação dos consignados trabalhadores mediante quitação, com recebimento dos valores depositados pela consignante (tomadora de serviço), tudo com a concordância da consignada prestadora de serviço, o prosseguimento do feito ficaria comprometido pela falta superveniente do interesse de agir no aspecto adequação, acarretando a extinção do processo sem resolução de mérito por carência da ação.

Não há interesse de agir no aspecto adequação, uma vez que o direito de ação decorrente da natureza dúplice, inerente à ação de consignação em pagamento, não corresponde à via pertinente para dedução de pedidos pelos trabalhadores consignados, em face da tomadora de serviços e da prestadora de serviços empregadora.

A ação de consignação em pagamento não é o meio adequado para ampliar os limites subjetivos da relação jurídica originária de natureza processual, além de que não se mostra admissível que a prestadora de serviços figure no polo passivo como consignada em um primeiro momento, e, posteriormente, em função da natureza dúplice, passe a integrar também novo litisconsórcio ao lado da consignante tomadora de serviços.

O rito da ação de consignação em pagamento, ainda que adaptado à luz dos preceitos oriundos do processo do trabalho, não deixa de perder sua índole individualista por ter sido instituído sob a ótica de um processo civil sem qualquer preocupação com os contornos do universo da seara processual coletiva.

Acrescente-se, ainda, que o devido processo legal exige a adoção de procedimentos e medidas compatíveis com a natureza e o grau de complexidade da pretensão deduzida em juízo, a fim de permitir a concretização do acesso à ordem jurídica justa, adequada, efetiva e tempestiva.

Ultrapassada a questão referente ao cabimento da ação de consignação em pagamento, passa ser objeto de reflexão outra ação para disponibilização judicial de valores pela tomadora de serviços em face da prestadora com objetivo de pagar créditos trabalhistas.

Visualiza-se, com base nos princípios do amplo acesso ao Judiciário, da efetividade processual e com o principal objetivo de garantir o pagamento dos créditos trabalhistas, a possibilidade do ajuizamento de ação pela tomadora de serviços apenas em face da prestadora, com requerimento de depósito judicial e posterior disponibilização de valores aos trabalhadores.

Tal medida destina-se também à proteção de direitos trabalhistas fundamentais (art. 7º da Constituição Federal de 1988) e está amparada no texto constitucional que consagra a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a função social da propriedade, o primado do trabalho e a justiça social (arts. 1º, III e IV, 3º, I e III, 4º, II, 170, III e 193).

Contudo, as liberações de valores, nos autos da ação em tela movida pela tomadora contra a prestadora, ocorreriam após o encaminhamento das correlatas solicitações, com indicação dos créditos trabalhistas líquidos pelos Juízos de diversas Varas do Trabalho, em reclamações individuais ou coletivas, desde que antes não tenha havido o bloqueio de créditos da prestadora em outra demanda.

Na realidade, a Vara do Trabalho para a qual fosse distribuída a ação funcionaria como uma unidade centralizadora, a fim de permitir e tornar viável a operacionalização das medidas

necessárias e, com isso, garantir meios para o pagamento de créditos trabalhistas.

Por outro lado, não haveria distribuição por dependência nem prevenção da unidade centralizadora, no tocante às reclamações trabalhistas individuais e às ações coletivas, já que os trabalhadores e outros entes não integrariam a relação jurídico-processual da ação de disponibilização de valores, não se vislumbrando quaisquer das hipóteses previstas nos arts. 103, 104 e 253 do CPC.

A figura da continência prevista no art. 104 do Código de Processo Civil não se aplica ao caso em análise, pois não haveria observância ao requisito da identidade de partes.

Também não se aplica à situação o instituto da conexão, uma vez que seu principal objetivo consiste em evitar decisões contraditórias, risco este que não existiria na problemática objeto de reflexão.

Ademais, pela mesma razão, se já houver julgamento quanto à ação de disponibilização de valores, não caberia qualquer discussão sobre a não ocorrência de conexão, nos moldes da Súmula n. 235 do STJ.

Nada impediria que o Juízo de eventual ação civil pública ou coletiva solicite a transferência de todo o numerário ao Juízo da ação de disponibilização de valores.

Por fim, é relevante reiterar que a adoção da medida judicial indicada e de qualquer outra, por ocasião da iminente incapacidade econômica da prestadora de serviços, não basta para afastar a responsabilidade subsidiária, pois, mesmo que a tomadora de serviço seja integrante da Administração Pública direta e indireta, o dever de fiscalização quanto ao cumprimento das obrigações inerentes aos contratos de emprego perdura por toda a relação contratual, não sendo exigido apenas no início e no final.

5. Considerações finais

No âmbito da terceirização, apresentam-se três sujeitos, quais sejam, o tomador de serviços

(particular ou ente público), o prestador de serviços (empregador) e o trabalhador.

A decisão em sede da ADC n. 16 e a Súmula n. 331, ao consagrarem a necessidade de verificação do descumprimento do dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas, não alcançam aqueles que não integram a Administração Pública direta e indireta, de modo que o simples inadimplemento das obrigações trabalhistas é suficiente para justificar a responsabilidade subsidiária do tomador de serviço neste caso.

É frequente o desrespeito às obrigações trabalhistas pelos empregadores (prestadores de serviços), assim como tem sido habitual o abrupto rompimento contratual sem o pagamento de verbas decorrentes da extinção do contrato de emprego.

Em razão do panorama fático noticiado, foram analisadas a competência material da Justiça do Trabalho e as medidas judiciais a serem adotadas pela tomadora de serviços em face da prestadora para disponibilização de valores, a fim de propiciar o pagamento de créditos trabalhistas.

A competência material para apreciação da ação em análise pertence à Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114, I, da Constituição Federal de 1988. O pedido referente à disponibilização de valores pela tomadora de serviços em face do prestador tem como escopo justamente a garantia e o pagamento de créditos trabalhistas. A causa de pedir se apresenta vinculada ao dever de fiscalização do tomador quanto às obrigações inerentes ao contrato de emprego, cujo descumprimento pode acarretar a responsabilidade subsidiária, na forma da Súmula n. 331 do E. TST.

Caso o contrato de prestação de serviços (seja administrativo ou regulado pelo direito privado), independentemente da natureza jurídica da tomadora de serviço, contenha cláusula permissiva da retenção dos créditos da prestadora na hipótese de descumprimento de obrigações trabalhistas, com previsão para

pagamento destas diretamente aos trabalhadores, a princípio, deverá ser reconhecida a falta de interesse processual no aspecto necessidade quanto à adoção de medida judicial para garantia de pagamento dos direitos dos empregados pela tomadora de serviços, uma vez que a providência pode ser executada por simples ato.

No entanto, circunstâncias fáticas podem ensejar discussões, de natureza administrativa ou judicial, a respeito do alcance jurídico da cláusula de retenção de crédito, provocada pela prestadora de serviço, o que pode gerar grande possibilidade de liberação dos valores a favor desta em detrimento dos trabalhadores, justificando uma medida judicial mesmo pela tomadora a fim de elidir o referido risco, o que seria suficiente para configurar o interesse de agir.

Na seara dos entes sujeitos à Lei de Licitações (8.666, de 1993), a retenção de créditos da prestadora até o limite dos prejuízos causados é autorizada pelo art. 8º, IV, como efeito da rescisão unilateral, a qual pode decorrer da constatação do descumprimento de obrigações trabalhistas.

Na hipótese de inexistência de cláusula de retenção de crédito ou verificada a necessidade, poderá a tomadora de serviço ajuizar ação de consignação em pagamento em face da prestadora de serviços e dos trabalhadores, com base no art. 335, IV, do Código Civil.

Por outro lado, se frustrada a tentativa de conciliação, não seria admissível a elaboração de requerimentos somente em face da tomadora como suposta responsável subsidiária sem antes ter demandado contra a empregadora como responsável principal (prestadora de serviço).

No âmbito da ação de consignação em pagamento, caso não haja conciliação ou aceitação dos consignados trabalhadores mediante quitação, com recebimento dos valores depositados pela consignante (tomadora de serviços), tudo com a concordância da consignada prestadora de serviços, o prosseguimento

do feito ficaria comprometido pela falta superveniente do interesse de agir no aspecto adequação, acarretando a extinção do processo sem resolução de mérito por carência da ação.

Não há interesse de agir no aspecto adequação, uma vez que o direito de ação decorrente da natureza dúplice, inerente à ação de consignação em pagamento, não corresponde à via pertinente para dedução de pedidos pelos trabalhadores consignados, em face da tomadora de serviços e da prestadora de serviços (empregadora).

A ação de consignação em pagamento não é o meio adequado para ampliar os limites subjetivos da relação jurídica originária de natureza processual, além de que não se mostra admissível que a prestadora de serviços figure no polo passivo como consignada em um primeiro momento, e, posteriormente, em função da natureza dúplice, passe a integrar também novo litisconsórcio ao lado da consignante tomadora de serviços.

Todavia, vislumbra-se a possibilidade do ajuizamento de ação pela tomadora de serviços apenas perante a prestadora, com requerimento de depósito judicial para posterior disponibilização de valores aos trabalhadores, com base nos princípios do amplo acesso ao Judiciário, da efetividade processual e na sistemática protetiva dos direitos trabalhistas consagrada pela Constituição Federal de 1988.

As liberações de valores, nos autos da ação em tela movida pela tomadora contra a prestadora, ocorreriam após o encaminhamento das correlatas solicitações, com indicação dos créditos trabalhistas líquidos pelos Juízos de diversas Varas do Trabalho, em reclamações individuais ou coletivas, desde que antes não tenha havido o bloqueio de créditos da prestadora em outra demanda.

A Vara do Trabalho para a qual fosse distribuída a ação funcionaria como uma unidade centralizadora, a fim de permitir e tornar viável a operacionalização das medidas necessárias e, com isso, garantir meios para o pagamento

de créditos trabalhistas, sem distribuição por dependência nem prevenção, não se vislumbrando quaisquer das hipóteses previstas nos arts. 103, 104 e 253 do CPC.

Sem a pretensão do estabelecimento de critérios fechados e exaustivos, não se pode perder de vista o caráter instrumental do processo que exige a adoção de medidas judiciais tempestivas, para concretização da tutela processual adequada aos contornos e características da relação jurídica de natureza material, de forma a propiciar resultados práticos e positivos na realidade fática, sobretudo quando a situação envolve o acesso a direitos fundamentais trabalhistas previstos no art. 7º da Constituição Federal de 1988 e necessários à vida digna.

6. Referências bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DALAZEN, João Oreste. A reforma do Judiciário e os novos marcos da competência material da Justiça do Trabalho no Brasil. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 71, n. 1, jan./abr. 2005.

GOUVÊA, Ligia Maria Teixeira; WRONKI, Ana Paula Volpato. O princípio da identidade física do juiz no processo do trabalho — revivendo um velho mote. *Revista LTr*, São Paulo, n. 65-07, jul. 2001.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. 1. reimpr. Tradução por Leopoldzsch. São Paulo: Martin Claret, 2008. Título original: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*.

OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. Ações de representação sindical: análise do viés interpretativo dos Tribunais Superiores pós-Emenda Constitucional n. 45/2004. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *O que estão fazendo da nova competência da Justiça do Trabalho? Análise crítica da jurisprudência do STF, do TST e do STJ após a EC n. 45/2004*. São Paulo: LTr, 2011.

_____. *(O) Direito do Trabalho Contemporâneo: Efetividade dos Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana no Mundo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

OLIVEIRA, Francisco Antonio. *O Processo na Justiça do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008.

SANDIM, Fábio Lucas Telles de Menezes Andrade. A função social do contrato no Direito do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 74, n. 09. set. 2010.

_____. Breves considerações sobre o elo entre o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais trabalhistas. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do

Trabalho (ENAMAT). *Cadernos de Temas Contemporâneos*. Disponível em: <<http://www.enamat.gov.br/wp-content/uploads/2010/11/TD08-Fabio-Sandim-BREVESCONSIDERA%C3%87%C3%95ES-SOBRE-O-ELO.pdf>> Acesso em: 2 dez. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

A (re)construção da identidade do sujeito constitucional trabalhador com deficiência e reabilitado pelo INSS

Fausto Siqueira Gaia^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo objetiva (re)construir a identidade do sujeito constitucional trabalhador com deficiência física e reabilitado pelo INSS, inserida no contexto da Constituição da República de 1988 que estabeleceu, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, como forma de redução das desigualdades, bem como a promoção do bem comum, sem qualquer distinção ou discriminação com base em elementos raciais, sociais, etários, dentre outros. Inserida no paradigma do Estado democrático de direito, a investigação analisará a problemática envolvendo as escusas dos detentores dos meios de produção na admissão de trabalhadores com deficiência e reabilitados, à luz dos princípios fundamentais da isonomia, da solidariedade social e da função social da empresa.

Palavras-chave:

- ▶ Deficientes físicos — Reabilitados — Inclusão social.

Abstract:

- ▶ This article proposes to (re)construct of identity of the constitutional subject employee physically disabled and rehabilitated by the INSS, within the context of the Constitution of 1988 established, among the fundamental objectives of the Federative Republic of Brazil, the construction of a society of justice and solidarity, the eradication of poverty and marginalization, as a way of reducing inequalities, and the promotion of the common good, without any distinction or discrimination on the basis of race, social status, age, among others. Inserted into the paradigm of democratic rule of law, the investigation will examine the issues involving the excuses of the holders of the means of production in hiring workers with disabilities and rehabilitated in the light of the fundamental principles of equality, social solidarity and social function of the company.

(*) Mestrando em Direitos e Garantias Constitucionais pela Faculdade de Direito de Vitória. Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Ex-Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.

Keywords:

- ▶ Handicapped — Rehabilitated — Social inclusion.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Reconstruindo a identidade do sujeito trabalhador com deficiência e reabilitado: negação, metáfora e metonímia
- ▶ 3. A política de cotas para trabalhadores deficientes e reabilitados sociais nas empresas
 - ▶ 3.1. Isonomia material e solidariedade social
 - ▶ 3.2. Ordem econômica da Constituição: a função social da empresa
 - ▶ 3.3. Interpretando a política de cotas como um caso difícil
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

A Constituição da República de 1988, em seu art. 3º, elencou, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, como forma de redução das desigualdades, bem como a promoção do bem comum, sem qualquer distinção ou discriminação com base em elementos raciais, sociais, etários, dentre outros.

Nesse contexto do novo marco do constitucionalismo brasileiro, foi elevada, com o inciso XXXI do art. 7º da Carta Magna, à categoria de direito fundamental social dos trabalhadores, a proibição de qualquer forma discriminatória, inclusive quanto aos critérios de admissão do trabalhador com deficiência.

Assim, a inclusão do outro, ou seja, do trabalhador com deficiência e do reabilitado social, anteriormente alijados da proteção do texto da norma fundamental, demarca a ordem constitucional inaugurada há 25 anos, caracterizada pelo pluralismo e pela democracia inclusiva e solidária.

Não obstante a previsão normativa contida no texto do instrumento de maior hierarquia no ordenamento jurídico pátrio, nos termos da

pirâmide kelseniana⁽¹⁾, flagrantes e rotineiros são os descumprimentos e as resistências dos empregadores quanto à admissão em seus quadros de trabalhadores com deficiência, mesmo após a edição da Lei n. 8.213/91 que, no art. 93, instituiu a política de cotas para provimento de cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas com deficiência.

Diversos são os argumentos lançados quando há o questionamento pela autoridade fiscalizadora do Ministério do Trabalho das razões para o não cumprimento das cotas de trabalhadores com deficiência e reabilitados pelo INSS. Dentre eles, ressaltam-se as alegações de que não há na atividade produtiva atividades compatíveis para tais trabalhadores, bem como de que não há candidatos disponíveis com a qualificação necessária para o cargo.

O referido paradoxo inspirou o presente artigo científico, que tem como objetivo investigar a (re)construção da identidade do sujeito constitucional do trabalhador com deficiência e reabilitado social pelo INSS à luz da teoria desenvolvida por Michel Rosenfeld⁽²⁾

(1) KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 221.

(2) ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

e, conseqüentemente, identificar, dentro da interpretação do art. 93 da Lei n. 8.213/91⁽³⁾, a obrigação do empregador em se adequar para receber dentro dos seus quadros pessoas segregadas do direito fundamental ao trabalho.

Em um primeiro momento, a análise partirá da reconstrução dialética da identidade do sujeito constitucional dos trabalhadores com deficiência e reabilitados alijados do mercado de trabalho, a partir dos instrumentais apresentados por Rosenfeld⁽⁴⁾ da negação, da metáfora e da metonímia.

A partir da reconstrução da identidade do sujeito constitucional do trabalhador com deficiência e do reabilitado pelo INSS a partir de 1988, a análise abarcará a identificação de princípios fundamentais, como da isonomia material, da solidariedade social e da função social da empresa — este último como corolário da função social da propriedade positivada no art. 170, III, da Constituição da República — de forma a identificar, no art. 93 da Lei n. 8.213/91, uma interpretação inclusiva dos trabalhadores, de modo a atender os objetivos fundamentais da nova ordem constitucional.

2. Reconstruindo a identidade do sujeito trabalhador com deficiência e reabilitado: negação, metáfora e metonímia

A expressão “sujeito constitucional”, como bem adverte Rosenfeld⁽⁵⁾, apresenta tríplice significação linguística, a partir dos possíveis sentidos que o substantivo da língua inglesa *subject* pode possuir. O termo *subject* tanto pode fazer referência ao elemento subjetivo, ou seja, à pessoa destinatária da norma constitucional ou ao próprio titular do poder constituinte, quanto denotar aspecto objetivo, consubstanciado na matéria constitucional.

(3) DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 175.

(4) *Op. cit.*, p. 49.

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

Diante do variável alcance polissêmico da expressão, no presente trabalho, a expressão “sujeito constitucional” será tratada apenas no viés subjetivo e, ainda assim, restrita à associação da noção de destinatários da norma constitucional.

O conceito de pessoa com deficiência é extraído da Convenção n. 159 da Organização Internacional do Trabalho que, não obstante tenha tido início de vigência no plano internacional em 20 de junho de 1985, somente passou a vigorar no Brasil em 18 de maio de 1991, por meio do Decreto do Poder Executivo n. 129/1991.

No aspecto subjetivo, esse entendido na perspectiva do destinatário da norma constitucional, considera-se, à luz do art. 1º da Convenção n. 159 da OIT, como sendo trabalhadores com deficiência:

(...) todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada.⁽⁶⁾

Já os trabalhadores reabilitados são definidos no art. 31 do Regulamento aprovado pelo Decreto n. 3.298/99, norma interna que consolida as regras e princípios protetivos das pessoas com deficiência, como sendo aqueles que passaram:

(...) por processo orientado a possibilitar que a pessoa portadora de deficiência, a partir da identificação de suas potencialidades laborativas, adquira o nível suficiente de desenvolvimento profissional para ingresso e reingresso no mercado de trabalho e participar da vida comunitária.⁽⁷⁾

O constituinte de 1988, já no preâmbulo da Carta Magna, destacou que o novo paradigma

(6) BRASIL. Decreto n. 129, de 22 de maio de 1991. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 maio 1991. Seção 1.

(7) BRASIL. Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 dez. 1999. Seção 1.

do Estado Democrático de Direito instaurado na ordem jurídica brasileira tem de, dentre os seus objetivos, assegurar uma sociedade justa e fraterna sem preconceitos de qualquer ordem, alicerçada no princípio fundamental da igualdade, dentre outros axiomas.

No que tange ao trabalhador com deficiência, o constituinte originário elencou, dentre os direitos sociais fundamentais dos trabalhadores, a expressa proibição de utilização de critérios discriminatórios para a admissão, tanto no âmbito da Administração Pública quanto entre os particulares.

A Constituição, como obra em constante transformação e em razão da própria incompletude do seu texto⁽⁸⁾, decorrente do seu próprio caráter compromissório, deve permanecer sujeita à constante interpretação, até mesmo para garantir a sua duração ao longo do tempo. Salienta, nesse aspecto, Daniel Sarmento⁽⁹⁾ que a possibilidade de mudança da Constituição é condição *sine qua non* para a sua própria manutenção.

Nesse sentido, o texto constitucional, que expressamente contempla a proibição de critérios discriminatórios na admissão de trabalhadores deficientes, deve ser interpretado no sentido de abarcar na norma jurídica, inclusive, a proteção dos trabalhadores reabilitados. Embora o texto constitucional não expressamente mencione tal categoria de obreiros no inciso XXXI do art. 7º, tem-se que o fundamento da norma é o mesmo, qual seja: o de impedir a discriminação do acesso aos postos de trabalho.

Esse é apenas um singelo exemplo acerca da necessidade da constante reinterpretção do texto constitucional, ainda mais se considerar que ao longo dos seus 25 anos de existência diversos são os obstáculos postos por aqueles

que ainda resistem à inclusão de trabalhadores deficientes e reabilitados em seus quadros de pessoal.

Daí a necessidade constante de construção e reconstrução dialética da identidade do sujeito constitucional, que deve se pautar sempre na interpretação inclusiva dos trabalhadores com deficiência e reabilitados, objeto de nosso estudo teórico. Essa atividade construtiva da identidade do sujeito constitucional, como adverte Rosenfeld⁽¹⁰⁾, nasce do conflito do “eu” (*self*) com o “outro”, ou seja, no domínio intersubjetivo, o que na relação de trabalho é representada pelo conflito ou na relação entre os empregados e dos detentores dos meios de produção.

Sobre a relação do “eu” com o “outro”, Aloísio Krohling⁽¹¹⁾, especificamente sobre a temática da ética da alteridade, aponta que:

Nenhum homem é uma ilha isolada. O solipsismo do homem solitário abafa a existência que deseja se levantar, sair para fora, se expandir, ser-para-o-outro. Não existe emancipação ou libertação na solidão do eu mesmo. O termo subjetividade em Lévinas perde aquela característica superficial de subjetivismo e se torna prenhe de alteridade com o encontro de dois sujeitos na relação de intersubjetividade.

Quanto à atividade específica da reconstrução da identidade do sujeito constitucional trabalhador com deficiência e reabilitado social, aponta Rosenfeld⁽¹²⁾ que esta “*fornece os meios para se realizar a tarefa de justificação e torna possível a defesa convincente ou a condenação das construções associadas ao processo da tomada de decisão constitucional*”.

Assim, diante da atividade reconstrutiva, é possível tanto uma interpretação constitucional tendente a manter o *status quo* da nova

(8) ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 18.

(9) SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 6.

(10) *Op. cit.*, p. 40.

(11) KROHLING, Aloísio. *A ética da alteridade e da responsabilidade*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 86.

(12) *Op. cit.*, p. 46.

ordem jurídica instalada, ou seja, no sentido de rejeitar escusas quanto à negativa de inclusão do “outro” com deficiência e reabilitado, quanto a promoção à ruptura hermenêutica, esta representada pela possibilidade de justificação fática e normativa para o não cumprimento das cotas inclusivas, ou, como as denomino, “cotas de cidadania”.

Para tanto, Rosenfeld⁽¹³⁾ apresenta o instrumental básico, consubstanciado na negação, metáfora e metonímia:

A negação, a metáfora e a metonímia combinam-se para selecionar, descartar e organizar os elementos pertinentes com vistas a produzir um discurso constitucional no e pelo qual o sujeito constitucional possa fundar a sua identidade. A negação é crucial na medida em que o sujeito constitucional só pode emergir como (um “eu”) distinto através da exclusão e da renúncia. A metáfora ou condensação, por outro lado, que atua mediante o procedimento de se destacar as semelhanças em detrimento das diferenças, exerce um papel unificador chave, ao produzir identidades parciais em torno das quais a identidade constitucional possa transitar. A metonímia ou deslocamento, finalmente, com a sua ênfase na contiguidade e no contexto, é essencial para evitar que o sujeito constitucional se fixe em identidades que permaneçam tão condensadas e abstratas ao ponto de aplaiar as diferenças que devem ser levadas em conta se a identidade constitucional deve verdadeiramente envolver tanto o “eu” (*self*) quanto o outro.

Por meio do instrumento da negação, em um primeiro momento, têm-se o repúdio e a rejeição de tudo que é anterior à nova ordem constitucional inaugurada em 1988. Na Constituição de 1967, com redação dada com a Emenda Constitucional n. 1 de 1969, constata-se que no art. 165 e seus incisos não

foi contemplada a proibição de tratamento discriminatório quanto à admissão de trabalhadores com deficiência e reabilitados, tendo o referido texto constitucional, nesse aspecto, se contentado com a igualdade meramente formal entre os sujeitos da relação de emprego.

Dessa forma, num primeiro momento de construção da identidade do sujeito constitucional, rejeita-se a igualdade meramente formal entre os trabalhadores com e sem deficiência e reabilitados, no que tange ao processo de seleção para a ocupação dos postos de trabalho. Nesse primeiro estágio, portanto, ao se repudiar a ordem pré-Constituição de 1988, representada pela isonomia formal entre os trabalhadores, há a apresentação de um espaço vazio, de ausência e de carência (*lack*).

Em um segundo momento da dialética reconstrutiva, segundo Rosenfeld⁽¹⁴⁾, parte-se para o retorno seletivo das identidades descartadas no primeiro momento dialético, no caso a igualdade, mas sem permitir um retorno à concepção isonômica no terreno pré-constitucional.

Assim, recupera-se no estágio positivo a noção de uma isonomia não mais associada, como no passado, à mera igualdade formal entre os trabalhadores na busca e na seleção para a ocupação de postos de trabalho, mas sim permitindo uma construção de igualdade substancial ou material, no sentido de que os trabalhadores, em razão das suas diferenças funcionais decorrentes das condições físicas e mentais, devem ser tratados de forma diferenciada para permitir o pleno acesso ao direito fundamental ao trabalho digno.

No terceiro momento da negação, tem-se a percepção do próprio indivíduo com deficiência e reabilitado de que essa nova identidade em construção ou reconstrução, baseada na igualdade material, não é fruto apenas do constituinte, como algo dado, mas, sobretudo,

(13) *Op. cit.*, p. 50.

(14) *Op. cit.*, p. 53.

pela própria vontade e pela luta pelo reconhecimento desse trabalhador em ocupar o seu espaço no mercado de trabalho globalizado.

Nesse sentido, Rosenfeld⁽¹⁵⁾ fundamenta:

Mais especificamente, o trabalho da negação da negação encontra-se completo quando o sujeito constitucional compreende que, embora o material bruto que figura em sua identidade positiva se origine do mundo objetivo exterior, sua seleção, combinação, organização e emprego em um todo coerente é o produto de sua própria obra, o resultado de seu próprio trabalho, de seus próprios esforços na luta por identidade distinta.

No entanto, na construção ou na reconstrução da identidade do sujeito constitucional, a ferramenta da negação não é autossuficiente e se revela incompleta nessa tentativa. Necessária se faz também a compreensão das semelhanças em face das diferenças dos trabalhadores, com ou sem deficiência ou reabilitados. Esse é o papel do segundo instrumental apresentado por Rosenfeld⁽¹⁶⁾: a metáfora.

A metáfora, nos termos desenvolvidos por Rosenfeld⁽¹⁷⁾, funciona como instrumental que tem por objetivo estabelecer os pontos de contato ou de similitudes entre a identidade e as diferenças.

Em nosso objeto de estudo, a partir da ferramenta metafórica, permite-se gerar conclusões acerca da obrigatoriedade de o empregador adaptar o ambiente laboral para receber trabalhadores com deficiência, do mesmo modo com que se realiza, como obrigação, a instalação de equipamentos de proteção para manter a higidez do meio ambiente do trabalho para os demais empregados.

Embora os trabalhadores, sejam eles com deficiência ou reabilitados ou não, tenham necessidades próprias para o desenvolvimento

(15) *Op. cit.*, p. 57.

(16) *Op. cit.*, p. 61.

(17) *Idem.*

das atividades produtivas, em razão de suas condições pessoais — deficiência — ou mesmo objetivas de trabalho — trabalhos em condições insalubres ou perigosas, por exemplo, em ambos os casos, o ponto de similitude reside no fato de que para todos é assegurada constitucionalmente a dignidade no ambiente de trabalho, o que se traduz na obrigação do empregador em criar um ambiente acolhedor e saudável para o desenvolvimento das atividades produtivas.

Nesse último ponto, a similaridade entre os trabalhadores é evidente, já que todos, independentemente de suas condições pessoais, compartilham da necessidade de um meio ambiente de trabalho saudável e, principalmente, adaptado às condições de labor. Daí por que não se justifica a utilização de alegações no sentido de que as condições e as formas de execução da atividade não permitem o ingresso e o acolhimento de trabalhadores com necessidades especiais.

De forma contraposta à metáfora, apresenta-se a metonímia como ferramental de construção ou reconstrução da identidade do trabalhador com deficiência ou reabilitado. Aponta Rosenfeld⁽¹⁸⁾ que “*a metonímia, enquanto um mecanismo atribuidor, doador, de sentido, atua mediante o estabelecimento de relações contextuais ao longo de um eixo sintagmático*”, ou seja, permite a contextualização das diferenças.

Essa contextualização das diferenças permite com que seja possível o reconhecimento da legalidade e, acima de tudo, da legitimidade da instituição de cotas inclusivas para os trabalhadores com deficiência e reabilitados no mercado de trabalho, bem como a própria possibilidade de se realizar distinções entre os próprios trabalhadores que possuem necessidades especiais, como é, por exemplo, a contratação de manobristas em um estacionamento, em que a não admissão de um trabalhador com

(18) *Op. cit.*, p. 68-69.

deficiência visual total é justificada, ao passo que a não contratação de um trabalhador reabilitado pelo INSS não o seja.

Trata-se de um exemplo extremo que revela que cada situação concreta possui suas próprias particularidades, que impedem a existência de uma resposta apriorística, sem contextualização.

A metonímia, dessa forma, contribui para a construção e reconstrução da identidade do sujeito constitucional, já que essa identidade, como vista acima, não pode ser analisada apenas tomando em consideração as semelhanças, como na metáfora, mas também observando as diferenças contextualizadas, de modo a evitar, como acentua Rosenfeld⁽¹⁹⁾, “evitar a subordinação de uns aos outros no interior do mesmo regime constitucional”.

3. A política de cotas para trabalhadores deficientes e reabilitados sociais nas empresas

3.1. Isonomia material e solidariedade social

A promoção da igualdade foi elevada na ordem de 1988 a um dos objetivos da República Federativa do Brasil, de modo a permitir, sobretudo, a inclusão de minorias anteriormente alijadas do sistema de proteção constitucional, como os trabalhadores com deficiência e reabilitados.

A igualdade, categorizada tradicionalmente como direito fundamental de primeira dimensão⁽²⁰⁾, objetiva oportunizar ao sujeito constitucional com deficiência e reabilitado, (re) construído na Constituição da República de 1988, espaços de inclusão nos setores públicos e privados, como forma de desenvolvimento da cidadania.

(19) *Op. cit.*, p. 74.

(20) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 46.

Nessa toada, a ratificação da Convenção n. 159 da Organização Internacional do Trabalho pelo Brasil corrobora esse novo marco histórico de inclusão, já que o fundamento principiológico da igualdade de oportunidades apresenta-se informado no art. 4º, assim expresso:

Art. 4º Essa política deverá ter como base o princípio de igualdade de oportunidades entre os trabalhadores deficientes e dos trabalhadores em geral. Dever-se-á respeitar a igualdade de oportunidades e de tratamento para as trabalhadoras deficientes. As medidas positivas especiais com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre os trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores, não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos.⁽²¹⁾

Vê-se, a partir da interpretação literal do texto, que o objetivo da Organização Internacional do Trabalho vai muito além de assegurar a mera igualdade formal — tal como era no modelo do paradigma do Estado liberal⁽²²⁾ — que tinha como principal preocupação a manutenção do *status quo* da burguesia ascendente do poder, mas sim implementar uma perspectiva material-inclusiva, de viés democrático, ao princípio isonômico.

Nesse aspecto, Biscaretti di Ruffia⁽²³⁾ aponta que, para assegurar a igualdade concebida em um sentido substancial, o Estado deve remover os obstáculos das ordens social e econômica que “*impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País*”.

(21) BRASIL. Decreto n. 129, de 22 de maio de 1991. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 maio 1991. Seção 1.

(22) CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, Mandamentos, vol. 3, p. 7, 2000.

(23) DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito Constitucional*: instituições de direito público. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 530.

Medidas positivas para assegurar a igualdade de oportunidades entre os trabalhadores, como o estabelecimento de política de cotas previstas no art. 93 da Lei n. 8.213/91, não podem ser tidas como instrumentos segregadores, já que a inclusão do “outro” é vista, no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, como instrumento capaz de permitir o exercício da plena identidade do sujeito constitucional trabalhador com deficiência e reabilitado e, assim, a efetivação do primado da igualdade substancial⁽²⁴⁾.

A igualdade almejada nesse novo paradigma de Estado, portanto, é substancial ou material, em que o tratamento diferenciado se justifica dentro do contexto⁽²⁵⁾ de inclusão do trabalhador, onde ambos os atores sociais, o poder público e os particulares, têm o dever fundamental de assegurar o pleno acesso ao emprego, criando condições para o acesso e a permanência dessas minorias de trabalhadores.

Associando-se à igualdade substancial, também galgou destaque na nova ordem constitucional o princípio da solidariedade, eleito como objetivo da República no art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988. Nesse aspecto, tem o princípio em estudo o condão de reforçar a interpretação no sentido de reconhecer a existência de um dever fundamental dos particulares em adaptar as condições de trabalho para o recebimento de trabalhadores deficientes ou reabilitados⁽²⁶⁾.

Acerca dos papéis do princípio da solidariedade, acentua Maria Celina Bodin de Moraes⁽²⁷⁾:

(24) MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. v. 1, p. 232-260.

(25) ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 61.

(26) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Direitos Humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 53.

(27) *Op. cit.*, p. 233.

A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, longe de representar vago programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece um princípio jurídico inovador em nosso ordenamento, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação-aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, pelos membros todos da sociedade.

A partir do reporte à fenomenologia do espírito de Hegel, citado por Rosenfeld⁽²⁸⁾, a carência decorrente da não realização ou da incompletude da realização do desejo em objetos, faz o sujeito (o “eu”) ir ao encontro do “outro” na busca do reconhecimento. Nesse aspecto, o princípio da solidariedade materializa essa passagem da busca do reconhecimento indo do objeto para o sujeito.

Em artigo científico específico sobre o princípio da solidariedade, Guilherme Machado Casali⁽²⁹⁾ o compreende em cinco acepções. Dentre elas, as que nos interessa diretamente no nosso trabalho, já que ligados aos ideais de cooperação, são: “a) a responsabilidade recíproca entre as pessoas; b) a prontidão para ajudar os menos favorecidos”.

A partir desses dois espectros do princípio da solidariedade, resta representada a passagem constitucional de um individualismo-liberal para um momento histórico concebido na necessidade de cooperação entre as pessoas.

É possível, assim, a partir da elevação do princípio da solidariedade a objetivo da República Brasileira, compreender a existência de um dever fundamental do particular em conceder trabalho ao lado do direito fundamental à não discriminação por quaisquer condições

(28) *Op. cit.*, p. 31.

(29) CASALI, Guilherme Machado. O princípio da solidariedade e o art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajai, v.1, n.1, p. 232, 3º quad. 2006.

pessoais do trabalhador, até mesmo como forma de buscar o seu próprio reconhecimento.

3.2. Ordem econômica da Constituição: a função social da empresa

Ao mesmo tempo em que o constituinte originário assegurou a propriedade e a livre-iniciativa como direitos fundamentais individuais, incluiu dentre os princípios reitores da ordem econômica a função social da propriedade, a busca do pleno emprego e a redução das desigualdades regionais e sociais.

Nesse contexto compromissório da Constituição⁽³⁰⁾, em que por um lado são assegurados direitos de viés liberal e individualista, consagra-se também a proteção de direitos relacionados ao princípio da solidariedade, o que faz concluir acerca da existência de um compromisso pluralista-inclusivista, ligado a mais de uma cosmovisão.

O princípio da função social da empresa, como espécie do gênero função social da propriedade, representa esse giro de solidariedade assumido pela Constituição Cidadã de 1988 que impõe, segundo Fábio Konder Comparato⁽³¹⁾, “a existência de deveres positivos do proprietário de certos bens em relação a outros sujeitos determinados, ou perante a comunidade social como um todo”.

A empresa é conceituada⁽³²⁾, dentro de um viés individualista, como sendo a atividade economicamente organizada, sob o comando do empresário, que objetiva a produção de bens e serviços e, conseqüentemente, o lucro. A partir do conceito apresentado, extrai-se que a sua organização da produção é pautada pela condução do empresário individual ou coletivo que visa, sempre, maximizar os seus lucros.

(30) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 217.

(31) COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 367.

(32) CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 11.

Nesse momento, o conflito dialético entre individualismo e solidariedade eclode, pois ao mesmo tempo em que a ordem econômica é norteadada pelo constituinte pela busca do pleno emprego e pela redução das desigualdades sociais, objetiva o detentor dos meios de produção organizar as suas atividades com o fito de lucro, fundado no princípio da livre-iniciativa, de igual envergadura constitucional.

A inclusão do “outro” com deficiência e reabilitado social no mercado de trabalho tem o condão de não dissociar os dois lados dos direitos fundamentais apontados por Ingo Wolfgang Sarlet⁽³³⁾, ou seja, “direitos (fundamentais ou não) não podem ter uma existência pautada pela desconsideração recíproca”.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que se assegura a livre-iniciativa ao empresário, como corolário do direito fundamental à liberdade, deve o mesmo, como cidadão ativo transformador das estruturas sociais⁽³⁴⁾, pautado no princípio da solidariedade, o dever fundamental de adaptar as suas estruturas produtivas de modo a permitir o acolhimento de trabalhadores com deficiência física e reabilitados, de maneira a dar uma função social à propriedade e à empresa.

3.3. Interpretando a política de cotas como um caso difícil

O art. 93 da Lei n. 8.213/91 estabeleceu a obrigação de empresas com mais de 100 funcionários a preencher, com percentuais que variam de 2% a 5%, dos seus cargos com beneficiários reabilitados, ou pessoas com deficiência.

O sentido da norma pode ser mais ou menos amplo a partir das opções do legislador em pormenorizar ou não as suas hipóteses de incidência, até porque não é possível de antemão

(33) *Op. cit.*, p. 226.

(34) ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 155.

prever todas as situações da vida que, por sua própria essência, é cambiante.

No caso da interpretação do texto da norma previdenciária, em razão da natureza da atividade desenvolvida pelo detentor dos meios de produção, diversos são os argumentos tendentes a afastar a obrigatoriedade de contratação de trabalhadores com deficiência e reabilitados sociais, que vão desde a ausência de qualificação profissional ou de candidatos interessados em ocupar os postos de trabalho a alegações de que a forma de execução do trabalho não é adequada a absorver essa massa de trabalhadores excluídos. Esse último aspecto, em razão do recorte do objeto do trabalho, será analisado.

Diante do caso difícil, como é exemplo a situação em que a natureza do trabalho implica na dificuldade ou até mesmo na impossibilidade fática de atendimento à cota de trabalhadores com deficiência e reabilitados, extrai-se que não é possível extrair uma resposta apriorística acerca do problema envolvendo, nem mesmo é dada a possibilidade de livres escolhas fundadas no pragmatismo ou na discricionariedade⁽³⁵⁾.

É certo, todavia, que o objetivo da norma contida no texto da lei previdenciária é o de permitir a inserção de trabalhadores com deficiência e reabilitados do mercado de trabalho, de forma a permitir a sobrevivência digna.

Na atividade cognoscitiva judicial, portanto, deve ser conferida sempre uma interpretação que busque o objetivo do legislador, qual seja, o de inserção plena dessas minorias em nome do princípio fundamental da solidariedade, sendo certo apenas nos remotíssimos casos em que não seja possível é que se deve permitir o não preenchimento das vagas para trabalhadores com deficiência e reabilitados.

O uso das condições pessoais do trabalhador como meio discriminatório, por si só, não se justifica no Estado Democrático de Direito, em

(35) DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 488.

que a inclusão deve servir como vetor interpretativo das normas, sob pena de se desconstruir a identidade construída em 1988 do sujeito constitucional com deficiência e reabilitado.

4. Considerações finais

A Constituição da República de 1988 (re)construiu a identidade do sujeito constitucional trabalhador com deficiência e reabilitado, dentro de uma sociedade que tem por balizadores e objetivos a garantia fundamental da igualdade material, a construção de uma sociedade justa e solidária e a promoção do bem comum, sem qualquer distinção ou discriminação com base em elementos raciais, sociais, etários, dentre outros.

Nessa toada, a política de cotas para a inclusão dessas minorias, instituída pelo art. 93 da Lei n. 8.213/91, e inspirada na ratificada Convenção n. 159 da Organização Internacional do Trabalho, serviu como marco da cidadania, permitindo que os outrora alijados do mercado de trabalho pudessem ocupar o seu lugar e, assim, obter uma vida com dignidade.

A identidade do sujeito constitucional trabalhador com deficiência e reabilitado social pelo INSS tem a sua (re)construção feita, no marco constitucional de 1988, por meio dos instrumentos da negação, da metáfora e da metonímia que objetivam romper o *status quo*, no sentido de rejeitar escusas quanto à negativa ou colocação de obstáculos para a inclusão do “outro”.

A nova ordem constitucional, a partir da (re)construção desse sujeito constitucional, institui o dever fundamental do particular e do Administrador Público em promover, positivamente, a inclusão dessas minorias no mercado competitivo de trabalho, como expressões dos princípios da solidariedade social, da igualdade e da função social da empresa.

Interpretações judiciais e administrativas, diante do caso concreto, tendentes a autorizar o não cumprimento das cotas sociais devem ser

tidas como excepcionais, considerando que a empresa possui função social e deve adequar a sua estrutura para receber esses trabalhadores, sob pena de renegar a identidade (re) construída desse sujeito constitucional.

5. Referências bibliográficas

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Direitos Humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. Decreto n. 129, de 22 de maio de 1991. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 maio 1991. Seção 1.

BRASIL. Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 dez. 1999. Seção 1.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito da empresa à luz do novo Código Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte: Mandamentos, vol. 3, 2000.

CASALI, Guilherme Machado. O princípio da solidariedade e o art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 1, n. 1, 3º quadr. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito Constitucional: instituições de direito público*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

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

_____. *Uma questão de princípios*. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KROHLING, Aloísio. *A ética da alteridade e da responsabilidade*. Curitiba: Juruá, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: Matos, Ana Carla Harmatiuk. (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, v. 1.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

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

CIPA e dissimetria estabilitária: até quando?

Geovane de Assis Batista^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo se propõe a lançar luz sobre o instituto da estabilidade provisória do empregado que ocupa cargo de direção de Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPA), determinando seu alcance e extensão, além de desvelar o tratamento assimétrico encetado pela dogmática jurídica ao empregado designado pela empresa, ao tentar alijá-lo de igual direito estabilitário assegurado ao “cipeiro” eleito pelos empregados.

Palavras-chave:

- ▶ CIPA — Despedida — Estabilidade — Dissimetria — Tempo — Rousseau.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Desenvolvimento
 - ▶ 2.1. A Comissão Interna de Prevenção de Acidente
 - ▶ 2.2. Composição, mandato e estabilidade provisória
 - ▶ 2.2.1. A legislação
 - ▶ 2.2.2. A jurisprudência
 - ▶ 2.2.3. A doutrina
 - ▶ 2.3. A semântica
 - ▶ 2.3.1. O empregado eleito antes da CF/1988
 - ▶ 2.3.2. O empregado eleito na vigência da CF/1988
 - ▶ 2.3.2.1. A unidade constitucional
 - ▶ 2.4. A gênese da desigualdade
 - ▶ 2.5. Igualdade para os iguais
 - ▶ 2.6. Liberdade de ação
 - ▶ 2.7. O “silêncio eloquente” e a “lacuna de formulação”
 - ▶ 2.8. O princípio da máxima efetividade e a analogia

(*) Juiz do Trabalho Substituto (TRT5 – BA). Mestre em Filosofia (UFBA). Doutorando em Filosofia (UCSF – Orientador: Dr. Juan Carlos Pablo Ballesteros).

- ▶ 2.9. Aporias constitucionais
 - ▶ 2.9.1. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão
 - ▶ 2.9.2. O mandado de injunção
- ▶ 2.10. A amálgama constitucional
- ▶ 2.11. Dissimetria estabilitária: até quando?
- ▶ 3. Considerações finais
- ▶ 4. Referências bibliográficas

1. Introdução

Sob as rubricas dos direitos e garantias fundamentais e dos direitos e deveres individuais e coletivos, o legislador constitucional de 1988 declarou⁽¹⁾ que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade.

Não obstante, dizer que todos são iguais perante a lei revela apenas uma relação de igualdade puramente formal; e que, na vida mundana, muita vez, pode ser cindida pela mácula da desigualdade material — malgrado a inferência lógica no sentido de que a legitimidade fática e jurídica deve pressupor sempre o encontro harmônico dos binômios: igualdade-formal e igualdade-material.

Sem a concretude desse binômio, a igualdade formal decorrente da equivalência ou equipolência política, moral ou jurídica⁽²⁾ — como nos casos em que a doutrina e a jurisprudência, por não conseguirem ou por não desejarem determinar o alcance e a extensão do conceito literal da lei⁽³⁾, preferem impor uma restrição não autorizada.

Desse vício parece padecerem os exegetas do Direito Constitucional e do Direito do Trabalho, ou, por assim dizer, do Direito Constitucional do Trabalho. Tome-se como exemplo o art. 10, do Ato

das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), ao rezar que, até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado eleito para cargo de direção de Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPA), desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato.

Não precisa ser um bom hermeneuta para entender que a evidência nuclear dessa norma constitucional contrária à despedida arbitrária e sem justa causa do empregado eleito para ocupar cargo de direção da CIPA é a estabilidade provisória⁽⁴⁾. Mas pode ocorrer de o intérprete inferir que o legislador constitucional garantiu a estabilidade apenas ao “empregado eleito”, deixando de fora aquele representante destituído do *status* eletivo.

A proposição assim formulada não parece absurda, já que a previsão contida na CLT se coloca exatamente no sentido de que cada CIPA deve ser composta por representantes da empresa e dos empregados, onde os destes (titulares e suplentes) devem ser eleitos por eles, e os daqueles (titulares e suplentes), pelos

(1) *Caput* do art. 5º, da CF/1988.

(2) ABBAGNANO, 2003, p. 534.

(3) Como dizem Gomes & Gottschalk (2002, p. 380): “[...] a doutrina e a jurisprudência fornecem recursos de interpretação que, não raro, modificam o conceito literal da lei.”

(4) “Aquilo que nós chamamos de *estabilidade* e que, correntemente, a doutrina designa por *estabilidade absoluta* ou própria, não possui graus: É o direito do trabalhador de permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do empresário, enquanto inexistir causa relevante que justifique sua despedida. A estabilidade, pois, é a negação, não apenas de direito, mas também de fato, da prerrogativa patronal de *despedir imotivadamente*. Dentro desse conceito e na exata medida do termo, toda estabilidade é absoluta e, quando não o for, não será estabilidade.” (RUSSOMANO, 1970, p. 14).

membros por ela designados. Daí por que parte bastante significativa da doutrina e da jurisprudência trabalhista não hesitar em acolher a tese restritiva de direitos estabilitários aos membros da CIPA.

A prevalecer essa racionalidade *a priori*, então, três perguntas devem ser respondidas: (a) a estabilidade provisória que se deseja exclusiva aos representantes eleitos pelos empregados decorre do conceito literal da lei, ou da vontade dos exegetas? (b) Decorrendo de uma ou de outra possibilidade, ou até mesmo do encontro semântico das duas, qual o fundamento determinante para a pretensa assimetria estabilitária? (c) E considerando a igualdade constitucional entre os homens, até quando será possível sustentá-la entre os membros da CIPA? (d) Qual a solução jurídico-filosófica disponível para pôr fim à dissimetria?

Eis a problemática que o presente trabalho enfrentará com o objetivo (I) de determinar o alcance e extensão objetiva da estabilidade provisória assegurada aos membros da CIPA na alínea “a”, do inciso II, do art. 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) quando confrontada com a dição do inciso I, do art. 7º, da CF/88; e (II) demonstrar que, sob o prisma constitucional, há margem para uma intencionalidade em que o imperativo hermenêutico seja o direito de todos os membros da CIPA à estabilidade no emprego.

Para consecução desses fins, far-se-á um recorte metodológico visando trazer a lume a dogmática jurídica, doutrinária e jurisprudencial acerca da estabilidade ou instabilidade dos membros da CIPA. A analítica linguística em muito auxiliará na corroboração dos fundamentos jurídicos e filosóficos na defesa de uma simetria estabilitária irrestrita dos cipeiros na arqueologia do Direito do Trabalho e do Direito Constitucional.

Em fina consonância com as balizas estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, revela-se oportuna a presente contribuição, na medida em que tenta oferecer um ponto

de vista capaz de fomentar, na busca da justa medida, um debate voltado para efetivação da estabilidade da representação paritária na CIPA. Ainda que tal propósito não seja atingido, a tentativa de emersão do fundo da caverna certamente já será significativa em prol da minimização da desigualdade de direitos entre os trabalhadores brasileiros.

2. Desenvolvimento

2.1. A Comissão Interna de Prevenção de Acidente

A prestação de serviços pelo homem a uma pessoa física ou jurídica está sujeita a acidentes capazes de provocar lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho⁽⁵⁾. Com o objetivo de prevenir acidentes e doenças decorrentes do trabalho, de modo a tornar compatível permanentemente o trabalho com a preservação da vida e a promoção da saúde do trabalhador⁽⁶⁾, o legislador consolidado estabeleceu como obrigatória a constituição de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, outorgando poderes ao Ministério do Trabalho e Emprego para regulamentar a composição, as atribuições e seu funcionamento⁽⁷⁾. Em consonância com essa diretriz, a CIPA é hoje disciplinada pelo regramento da Consolidação das Leis do Trabalho, da Constituição Federal de 1988 e da NR-5.

(5) Sobre o conceito, a caracterização e os agentes comissivos e passivos do acidente do trabalho, conferir o disposto nos arts. 11, 19 e 20 da Lei n. 8.213/91.

(6) NORMA REGULADORA N. 5 (NR-5) – Texto dado pela Portaria SSST n. 8, de 23 de fevereiro de 1999. Portarias anteriores: SSMT n. 33, de 27 de outubro de 1983 31/10/83; SSST n. 25, de 29 de dezembro de 1994 Rep. 15/12/95; SSST n. 08, de 23 de fevereiro de 1999 Retif. 10/05/99; SSST n. 15, de 26 de fevereiro de 1999 01/03/99; SSST n. 24, de 27 de maio de 1999 28/05/99; SSST n. 25, de 27 de maio de 1999 – 28.5-99; SSST n. 16, de 10 de maio de 2001 – 11.5.01; SIT n. 14, de 21 de junho de 2007 – 26.6.07; SIT n. 247, de 12 de julho de 2011 – 14.7.11.

(7) *Caput* e parágrafo único do art. 163 da CLT.

2.2. Composição, mandato e estabilidade provisória

2.2.1. A legislação

De acordo com o arcabouço normativo identificado no parágrafo acima, a composição⁽⁸⁾ da CIPA é paritária, ou seja, é formada por representantes do empregador e dos empregados, onde os membros do primeiro (titulares e suplentes) serão por ele designados, e os destes (titulares e suplentes) pelos eleitos em escrutínio secreto, do qual participem, independentemente de filiação sindical, exclusivamente os empregados interessados.

O presidente será designado pelo empregador entre seus representantes, e o vice-presidente escolhido dentre os titulares pelos representantes dos empregados. E, de comum acordo com os membros da CIPA, serão indicados um secretário e seu substituto entre os componentes ou não da comissão, sendo neste caso necessária a concordância do empregador.

A posse dos membros da CIPA, eleitos e designados, ocorrerá no primeiro dia útil após o término do mandato anterior. O mandato terá a duração de um ano, sendo permitida a reeleição⁽⁹⁾.

Ainda, em conformidade com a norma laboral, os titulares da representação dos empregados nas CIPAs não poderão sofrer despedida arbitrária — entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro⁽¹⁰⁾.

Recepcionando a diretiva estabilitária preconizada pela norma infraconstitucional, além de outros direitos que visassem à melhoria da condição social, a CF/88 estendeu aos trabalhadores a garantia do direito à relação

de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar⁽¹¹⁾.

Suspeitando da morosidade legislativa, consubstanciada na espera da promulgação da lei complementar a que se refere o inciso I, do art. 7º, da CF/1988⁽¹²⁾, o legislador constituinte logo cuidou de formatar, no ADCT, uma blindagem estabilitária ao empregado eleito para o cargo de direção da CIPA, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato, vedando, mais uma vez, a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Em sintonia com a inteligência das normas consolidada e constitucional, nova portaria ministerial se fez editar⁽¹³⁾, alterando significativamente o texto da NR-5 para corroborar a vedação à dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado eleito para cargo de direção da CIPA. Fortalece-se, então, a estabilidade do “cipeiro”.

No entanto, como advertem Orlando Gomes e Elson Gottschalk⁽¹⁴⁾, não é fácil dizer o que é estabilidade. Segundo entendem, ela pode decorrer tanto da definição legal como da natureza jurídica do instituto. Anotam que a doutrina e a jurisprudência, na esteira da investigação fenomenológica da ontologia da estabilidade, muita vez, fornecem recursos de interpretação que, não raro, modificam o conceito literal da lei.

Sem embargo da advertência, a exegese dos textos legais relativos à CIPA parece defender que *estável é o empregado eleito pelos representantes dos empregados para ocupar cargo de direção da CIPA*, não podendo o “cipeiro”, em tais condições, sofrer despedida arbitrária, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato, exceto por motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

(8) Art. 164 da CLT c/c os itens “5.6.1” e “5.6.2” da NR-5.

(9) Nos termos do § 3º, do art. 164, da CLT. Note-se que o item “5.7” da NR-5 reproduz a proposição, assegurando a reeleição do mandato a uma vez. A limitação aí é daquelas em que a NR-5 diz menos do que o Decreto-lei n. 5.452/43 (CLT).

(10) Art. 165 da CLT.

(11) Inciso I, do art. 7º, da CF/88.

(12) Inciso II, do art. 10 do ADCT da CF/88.

(13) SSST n. 08, de 23 de fevereiro de 1999.

(14) 2002, p. 380.

Seguindo essa racionalidade, o “*ser empregado eleito pelos representantes dos empregados*” passaria a constituir *condition sine qua non* para caracterização da estabilidade dos membros da CIPA. Aliás, esse é o entendimento que vem sendo agasalho pela jurisprudência e pela doutrina.

2.2.2. A jurisprudência

Embora considerada tênue para o desvelamento da verdade real entranhada na lei, a interpretação literal tem se revelado um método recorrente entre nós, mormente naqueles casos em que a lei parece revelar-se clara, distinta e, enfim, autoexplicativa. Sob esse véu hermenêutico, o Tribunal Superior do Trabalho, lidando com a coisa litigiosa relacionada à estabilidade dos membros da CIPA, vem assim se posicionando⁽¹⁵⁾:

Em função do que dispõe o art. 165 da CLT, a garantia do emprego é assegurada apenas aos “titulares da representação dos empregados”. Ou seja, a garantia de emprego, entendida como limitação ao direito potestativo do empregador de despedir, envolve tão somente os representantes eleitos pelos empregados, e não aqueles por ele mesmo indicados.⁽¹⁶⁾

A decisão que mantém a estabilidade provisória de membro titular da CIPA, eleito representante dos empregados, não viola o **art. 10, inciso II, letra ‘a’ do ADCT**. A jurisprudência predominante nesta Corte é no sentido de que a garantia prevista no referido dispositivo se estende a todos os membros integrantes da comissão eleita pelos empregados.⁽¹⁷⁾

Nessa mesma linha hermenêutica, o Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região:

É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado eleito para cargo de direção da CIPA, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato. **Tal é o preceito contido no art. 10, inciso II, do ADCT.**⁽¹⁸⁾

(15) O negrito nos arestos é do autor do artigo.

(16) RO 00880-2005-371-02-00-8. Rel. Juiz Eduardo Azevedo Silva, julgado em 6.6.2006. TRT 2ª Reg., 11ª Turma.

(17) RR-66000-64.2006.5.15.0119, 8ª Turma do TST.

(18) Processo 0001011-80.2012.5.05.0551 RO, ac. n. 136163/2013, 1ª Turma do TRT5, DJ 7.3.2013.

A estabilidade provisória reconhecida ao membro integrante da CIPA não alcança aqueles empregados representantes do empregador, mas apenas os empregados eleitos, consoante texto constitucional (art. 10, II, “a”, do ADCT), que expressamente confere estabilidade temporária ao “empregado eleito para o cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato.” (grifo nosso)⁽¹⁹⁾

A Constituição Federal (art. 10, II, “a”, do ADCT) somente confere estabilidade temporária ao empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final do mandato. Logo, tal garantia não beneficia os representantes designados pelo empregador. Recurso ordinário conhecido, mas não provido.⁽²⁰⁾

O empregado eleito membro da CIPA pelo empregador não faz jus à estabilidade prevista art. 10, inciso II, alínea “a”, do ADCT. De fato, a garantia provisória do emprego foi concedida pelo legislador no intuito de preservar o mandato do empregado eleito para cargo da CIPA dando-lhe maiores condições de exercer o seu mister livre de possíveis pressões ou represálias do empregador. Tanto isso é exato que, nos termos do art. 165 da CLT que trata também da matéria, “Os titulares da representação dos empregados nas Cipa’s não poderão sofrer despedida arbitrária (...)” (o grifo não é do original).⁽²¹⁾

Conforme dispõe o art. 10, II, “a” da ADCT “... fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato”.⁽²²⁾

(19) Processo 0185000-51.2003.5.05.0019 RO, ac. n. 002598/2005, 2ª Turma do TRT5, DJ 3.3.2005.

(20) Processo 0084900-93.2007.5.05.0651 RO, ac. n. 031019/2008, 3ª Turma do TRT5, DJ 1ª.12.2008.

(21) Processo 0070600-09.2003.5.05.0121 RO, ac. n. 019586/2005, 4ª Turma do TRT5, DJ 16.12.2006.

(22) Processo 0000804-59.2010.5.05.0193 RO, ac. n. 132980/2013, 5ª Turma do TRT5, DJ 15.2.2013.

2.2.3. A doutrina

Em harmonia com a jurisprudência pretoriana trabalhista, Mauricio Godinho Delgado⁽²³⁾ desenvolveu um estudo sobre a garantia estabilizadora dos membros da CIPA, defendendo ser ela dirigida apenas ao empregado eleito pelos representantes dos empregados, argumentando que a exclusão dos representantes designados pelo empregador se dá em razão de não terem sido eleitos pelos demais obreiros. Por essa senda, tem trilhado Nei Frederico Cano Martins⁽²⁴⁾, para quem:

A garantia, na forma como foi concebida através do art. 165 da CLT, é extensiva apenas aos titulares da representação dos empregados, donde não se aplicar aos suplentes, nem aos membros representantes do empregador. A razão é evidente: só o titular pode, mercê do desenvolvimento dos trabalhos na CIPA, colocar-se muitas vezes em posição de confronto com o empregador, devendo receber segurança no emprego; e só o representante eleito pelos empregados merece a outorga da vantagem, já que o representante do empregador é indicado por ele, sendo alvo de sua mais irrestrita confiança, o que leva à presunção de que em relação a ele não haverá o confronto antes referido.

2.3. A semântica

Repousando a vista sobre a racionalidade jurisprudencial e doutrinária, não é difícil inferir que a palavra *eleito* tem sido recorrentemente tonalizada como a pedra angular para caracterização, ou não, da estabilidade dos membros da CIPA.

Para Antônio Houaiss⁽²⁵⁾, a palavra *eleito* tem etimologia latina (*electus, a, um; part. pas., de elegere, de 'tomar, tirar; escolher, eleger'*). Nessa quadra etimológica, *eleito* significa

(23) 2002, p. 1.229.

(24) Processo 0000804-59.2010.5.05.0193 RO, ac. n. 132980/2013, 5ª Turma do TRT5, DJ 15.2.2013.

(25) 2001, p. 1.108.

então “que ou o que foi objeto de escolha, de preferência”, como também “que ou o que foi escolhido ou apontado por meio de votação”. Segue-se que *eleito* tanto pode ser o empregado escolhido ou preferido ou indicado ou designado, como também aquele que foi escolhido ou apontado por meio de eleição, ou melhor, por meio de votação.

Citado por Carlos Maximiliano⁽²⁶⁾, R. Von Jhering diz soar como um paradoxo a questão de saber se, em geral, a palavra está em condições de transmitir o pensamento, já que, no seu entender, o pensamento é um fato interno da vida intelectual subjetiva; e que o pensamento expresso é, por assim dizer, um “*pensamento gelado*” e somente em sentido impróprio se pode falar de comunicação ou transmissão de pensamento. Jhering defende que o pensamento, propriamente considerado, não se transmite.

Nesse contexto, diz Maximiliano que a letra não traduz a ideia, na sua integridade; ao contrário: provoca, em alheio cérebro, o abrolhar de um produto intelectual. Quando se reporta às palavras, assevera esse hermeneuta que elas não trazem etiqueta, a fim de conservarem o mesmo sentido; e que as variações, por motivos múltiplos, contribuem para desnortear a exegese literal.

Realmente, para Ludwig Wittgensten⁽²⁷⁾, a linguagem é um conjunto de *jogos de linguagem*. A linguagem “[...] es una *atividade lúdica*, un “juego”, una *conducta* cotidiana y no un *reflejo* especular del mundo [...]”⁽²⁸⁾. Nesse jogo, a palavra goza de um significado distanciado da representação do mundo sensível. Segundo explica, a importância da palavra não reside no reflexo especular da coisa dada e percebida

(26) 1984, p. 117-118.

(27) 1889-1951. Principais obras: *Tractatus Logico-Philosophicus* (1921) e *Pesquisas Filosóficas* (1945-1949). Nesta obra, desenvolve a chamada teoria do uso da linguagem, quando então passou a ser conhecido como o “segundo Wittgenstein”.

(28) IBÁÑEZ, 2007, p. 337.

no mundo sensível, mas no seu uso, isto é, na forma como é empregada⁽²⁹⁾.

Portanto, o significado de uma palavra deve ser extraído do seu uso⁽³⁰⁾. Há um desprezo pelas coisas, pela valorização das palavras, ou seja, do que se enuncia em torno das coisas. Tome-se, por ilustração, a palavra “despacho”: no lugar de se buscar sua ontologia, perguntando “que é despacho?”, deve-se interessar-se por seu uso. Assim, na forma de vida do candomblé, ou melhor, linguagem do candomblé, a palavra “despacho” é usada e significada como oferenda a determinado *orixá*. Já na forma de vida dos juristas, ou seja, na linguagem jurídica, seu uso corresponde a uma ordem judicial dispendo sobre o andamento de um processo⁽³¹⁾.

Nessa perspectiva wittgensteiniana, em que a palavra ganha sentido na linguagem a partir do comportamento lúdico e natural e dependente da peculiar “forma de vida” de quem fala⁽³²⁾, a palavra *eleito* se desprega do seu viés ontológico, pelo que pode servir tanto para significar o que ou quem pode ser escolhido *por meio de voto*, como *por designação* de outrem.

Ora, em consonância com os textos legais e com os escólios de Maximiliano, Jhering e Wittgensten — mais precisamente deste último — parece ser possível afirmar que, se, em um dado momento da história legislativa do Brasil, foi possível ao exegeta recepcionar a proposição no sentido de que somente o empregado “*eleito*” para ocupar cargo na CIPA teria direito ao gozo da estabilidade provisória, hodiernamente (a partir da CF/1988), a palavra *eleito* já não autoriza igual uso ou significância, especialmente para fomentar discriminação estabilitária em prejuízo do representante eleito (sim, “eleito” mesmo!) pela empresa.

(29) Como registra Ives Gandra Martins Filho (2004, p. 331), Wittgenstein “[...] chega a essa conclusão através dos “jogos de linguagem” das crianças, em que as palavras são empregadas em diferentes sentidos”.

(30) REALE, 1991, p. 666.

(31) NÁUFEL, 1984, p. 451.

(32) IBÁÑEZ, 2007, p. 337.

2.3.1. O empregado eleito antes da CF/1988

Pois bem. De acordo com o art. 165 da CLT⁽³³⁾, os titulares⁽³⁴⁾ da representação dos empregados nas CIPAs não poderão sofrer despedida arbitrária. Nesse mesmo sentido, o § 2º, do art. 164 desse Diploma, ao dispor que os representantes dos empregados (titulares e suplentes) serão eleitos em escrutínio secreto, do qual participem exclusivamente os empregados interessados, independentemente de filiação sindical.

Como se vê, já em 1943, coube ao legislador consolidado pôr um fim à celeuma envolvendo o cabimento, ou não, da despedida arbitrária do “cipeiro”, sinalizando negativamente, ao vedar o empregador de exercer o direito potestativo de despedir⁽³⁵⁾ o empregado eleito por seus pares para ocupar cargo na direção da CIPA.

Ademais, considerando a linguagem encarnada nos dispositivos consolidados, observa-se que a palavra “*eleitos*” se faz acompanhar da expressão “escrutínio secreto”. “Escrutínio”, segundo ensina Antônio Houaiss, quer significar o processo de votação que utiliza uma urna, onde os votos são recolhidos; ou ainda: processo de apuração dos votos.

Por essa perspectiva, a palavra *eleitos* é única, porque usada apenas para aquele ente escolhido, apontado ou designado por votação. Essa é, pois, a inteligência consolidada para dar sustentação jurídica ao primado da garantia estabilitária do membro da CIPA.

É ilativo do disposto no art. 10, inciso II, alínea “a”, do ADCT que *a vedação da dispensa*

(33) Só para lembrar: o Decreto-lei n. 5.452 que a instituiu data de 1943.

(34) Com a edição da Súmula n. 339, I, do TST, os respectivos suplentes também passaram a ser protegidos da despedida arbitrária: “O suplente da CIPA goza da garantia de emprego prevista no art. 10, II, “a”, do ADCT a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.” (Ex-Súmula n. 339 – Res. n. 39/1994, DJ 22.12.1994 – ex-OJ n. 25 da SBDI – inserida em 29.3.1996.)

(35) Fica ressalvada a hipótese de motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

arbitrária ou sem justa causa ficou circunscrita aos empregados eleitos para cargo de direção das comissões internas de prevenção de acidentes. Nesse interim, o art. 164 da CLT é expresso ao consignar que os representantes dos empregados, titulares e suplentes, serão por eles designados. Diante da exegese gramatical e teleológica da norma, esta extraída do efetivo ou potencial incômodo que os representantes dos empregados causam à parte patronal, é viva a convicção de o direito à estabilidade ter ficado circunscrito a esses, **não havendo falar em proibição de dispensa arbitrária de membros indicados pelos empregadores.** Esse entendimento é, até mesmo, ratificado pelo art. 165 da CLT, que se limita a atribuir a impossibilidade de despedida arbitrária aos titulares da representação dos empregados nas CIPAs.⁽³⁶⁾ (grifo nosso)

2.3.2. O empregado eleito na vigência da CF/1988

Entretanto, enquanto a norma infraconstitucional garantia a estabilidade provisória apenas para os representantes dos empregados eleitos para CIPA, mediante escrutínio secreto dos seus pares, a Constituição Federal de 1988 foi mais abrangente. Além de garantir, indistintamente, a estabilidade provisória aos membros da CIPA, também o fez vedando a despedida arbitrária de todos os trabalhadores entranhados na relação de emprego, conformemente se percebe da inferência lógica do inciso I, do art. 7º da CF/88.

Todavia, podem objetar — não sem certa razão — que o disposto na letra “a”, do inciso II, do art. 10, do ADCT, ao vedar a dispensa arbitrária do empregado eleito para cargo de direção na CIPA, não promoveu qualquer alteração substancial na restrição estabilitária gizada pelo art. 165 da CLT, ao argumento de esse preceptivo ter sido recepcionado pela CF/88.

Para os partidários dessa racionalidade, a ratificação da restrição é acertada porque, do

ponto de vista semântico, o uso da palavra “candidatura” está diretamente implicado com o da *eleição por escrutínio*, ventilado no § 2º, do art. 164 da CLT; e que o legislador constituinte não faria uso da palavra *candidatura* senão para relacioná-la de modo exclusivo aos representantes eleitos pelos empregados, por entender que os da empresa não são candidatos, mas meros representantes por ela designados⁽³⁷⁾ — não podendo, por isso mesmo, ser rotulados de “eleitos”.

Realmente, diz Houaiss⁽³⁸⁾ que a palavra *candidatura* significa a condição ou aspiração de candidato; ou a apresentação ou indicação de candidato para um processo de eleição de votos; e que “candidato” é aquele que aspira a um cargo, honraria, emprego; aquele que precisa de votos que o elejam para um cargo ou função.

Nesse campo de possibilidades semânticas, parece incontestado haver um amálgama entre as palavras “candidatura” e “eleito”. Seguindo essa linha, quando a parte final da alínea “a”, do inciso II, do art. 10 do ADCT, prevê a vedação da dispensa arbitrária desde o *registro da candidatura do empregado eleito* até um ano após o final do mandato, revela-se razoável acreditar que o legislador Constituinte quis se reportar apenas aos empregados representantes dos empregados, deixando de fora os escolhidos pelo empregador.

Contudo, contra essa ilação, dois argumentos podem ser aventados, sendo um pautado no uso da linguagem e o outro, nos princípios da interpretação do Texto Constitucional.

Com relação ao primeiro, viu-se, a uma, que a palavra *eleito* no ADCT, guarda dois significados, podendo ser preferido (indicado, designado ou apontado) por meio exclusivo da votação por via de “escrutínio”, como por mera escolha.

A duas, porque, em momento algum, o ADCT registra a locução *do empregado eleito*

(36) TST: RR 54547, 4ª T., rel. Min. Antônio José Barros Levenhagen, DJU 23.4.2004.

(37) § 1º, do art. 164, da CLT.

(38) 2001, p. 595.

pelos empregados, mas, sim do empregado eleito para cargo de direção. Logo, o eleito, aqui, pode ser tanto o representante do empregado como do empregador. Não se pode perder de vista que, segundo as atribuições da NR-5, os trabalhadores são escolhidos para representar a CIPA, pouco importando se foram escolhidos por empregados ou empregadores.

A três, porque a palavra “candidatura” não poderia ter o condão de restringir garantia que o legislador constituinte elegeu como núcleo pétreo teleológico, a saber: a vedação à dispensa arbitrária; ou, de outro modo, a pertença da estabilidade provisória a todos os trabalhadores imbricados na “relação de emprego” — nos exatos termos do inciso I, do art. 7º, da CF/88.

Se, na formação da CIPA, não há problema em admitir-se o exercício dissimétrico do *modus operandi*, isto é, do método para escolha dos cipeiros — podendo mesmo ser uns eleitos por escrutínio e outros, por indicação arbitrária — o mesmo não se pode conceber com relação às garantias de direitos dos seus integrantes, revelando-se execrável qualquer ingerência do empregador nesse sentido. É que, uma vez constituída a CIPA, seus membros se desligam automaticamente do império subjetivo eletivo do empregador: a legitimidade de sua autoridade na condução do contrato de emprego, não se revela e, portanto, já não pode ser confundida com a daqueles que conduzem o destino da CIPA — apesar de as atribuições a que estão adstritos terem por fundamento auxiliar a empresa na extinção e/ou diminuição dos acidentes no trabalho.

Portanto, radicada a comunidade cipista, a proteção estabilitária dos seus integrantes — de todos eles, sem distinção — significará defesa da própria existência e manutenção do vetor que a germinou, a saber: a prevenção de acidentes no trabalho, bem assim a unidade da CIPA.

Essa unidade implica, por sua vez, necessidade de tratamento igualitário aos seus membros,

pois, como assinala Hueck-Niepperdey⁽³⁹⁾: “Uma verdadeira comunidade não é concebível sem que os membros recebam tratamento igual” — porque, como adita Arion Sayão Romita⁽⁴⁰⁾, “[...] nada mais injusto se pode imaginar do que tratar de modo desigual alguém, com confronto com os demais situados em posição iguais, com o resultado da privação ou redução de direitos”, precisamente porque⁽⁴¹⁾, o princípio da não discriminação tanto é violado quando se inclui no alcance da norma quem nela não poderia incluir-se quanto na hipótese em que dele se exclui quem não poderia ser excluído. Daí inferir⁽⁴²⁾ que:

[...] a observância do princípio exige a consideração conjunta de dois fatores: o critério da discriminação e a finalidade da norma. Segundo a lição de Celso Ribeiro Bastos, “o elemento *discrimen* não é autônomo em face do elemento finalidade. Ele é uma decorrência deste e tem que ser escolhido em função dele. Assim, uma vez definida a finalidade, o *discrimen* há de ser aquele que delimite com rigor e precisão quais as pessoas que se adaptam à persecução do telos normativo.” A observação, de largo alcance, encontra campo fértil para medrar no terreno palmilhado pela legislação do trabalho. Deve-se entender que, embora de forma inespecífica, a vedação geral de discriminação prevista pela constituição aplica-se às relações de trabalho subordinado.

Vê-se, portanto, que a *finalidade* do legislador constitucional e consolidado, ao dispor sobre a vedação da despedida arbitrária ou sem justa causa do trabalhador da relação de emprego, não autoriza o “*discrimen*” entre os membros da CIPA, como se fosse possível assegurar a garantia estabilitária a um grupo e negar a outro.

(39) *Apud*: SILVA, 1999, p. 174.

(40) 2008, p. 108.

(41) *Idem*.

(42) *Idem*.

2.3.2.1. A unidade constitucional

Ao lado das objeções sedimentadas na análise da linguagem, soma-se outra pautada na necessidade de estrita observância hermenêutica dos princípios que regem a interpretação constitucional.

Com efeito, considerando a hierarquia das normas, a Lei Maior de 1988 livrou os empregados da dispensa arbitrária e sem justa causa de modo amplo, geral e irrestrito, não sendo, portanto, mais aceitável a crença na exegese de que a garantia no emprego contempla apenas os detentores da qualidade de cipeiro — menos ainda daqueles que detêm o *status* de “empregado eleito pelos empregados”.

É que, com a nova Carta, também se deu a derrogação tácita do art. 165 da CLT e, acessoriamente, das respectivas normas reguladoras da CIPA. Eis a inteligência do § 1º, do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil de 2002, que não pode ser olvidada, para, na linha oblíqua, apostar na recepção do dispositivo consolidado. Não se pode fazer uma hermenêutica do Texto Constitucional com as lentes da reta razão condicionadas pelos textos da CLT e das NRs, haja vista o *princípio da unidade*⁽⁴³⁾ vedar qualquer tentativa de hierarquização entre o disposto na letra “a”, do inciso II, do art. 10 do ADCT e no inciso I, do art. 7º, da CF/88, pois, conforme assinala Paulo Gustavo Gonet Branco⁽⁴⁴⁾, as normas do ADCT são tão constitucionais quanto às do Texto principal⁽⁴⁵⁾.

Dessa proposição positiva decorrem dois efeitos práticos, a saber: o primeiro, o de não se poder considerar uma norma constitucional fora do sistema em que se integra; o segundo, como corolário lógico, evitar contradições entre as normas constitucionais.

Insiste Branco que as soluções dos problemas constitucionais devem estar em consonância

(43) “[...] expressão da racionalidade do legislador constituinte”: MENDES, COELHO & BRANCO, 2011, p. 107.

(44) 2011, p. 106.

(45) *Ibidem*, p. 90.

com as deliberações elementares do legislador Constituinte. Nessa linha, se a deliberação do Constituinte originário tem por objetivo a vedação da despedida arbitrária ou sem justa causa para todos os trabalhadores da relação empregatícia, por qual razão então esse mesmo legislador, ao dispor da estabilidade provisória dos membros da CIPA no ADCT, discriminaria os empregados representantes dos empregadores? Qual o fundamento jurídico válido para absurda discriminação? Seria legítima a mutação *in pejus*?

Apesar de os textos legais, ao estabelecerem a garantia no emprego, vedando a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado para cargo de direção da CIPA, não apresentarem qualquer alusão expressa à locução “estabilidade provisória”, fê-lo, porém, o Supremo Tribunal Federal por meio da edição da Súmula n. 676, ao estender ao suplente igual direito estabilitário, a saber: “A garantia da estabilidade provisória prevista no art. 10, II, “a”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, também se aplica ao suplente do cargo de direção de Comissões Internas de Prevenção de Acidentes.”

Sucedo que, ao agasalhar a expressão “estabilidade”, o STF não disse mais do que poderia resultar da inferência de qualquer homem do senso comum — haja vista a força mandamental entranhada no Texto Consolidado no sentido de que “Os titulares da representação dos empregados nas CIPAS *não poderão sofrer despedida arbitrária* [...]”⁽⁴⁶⁾. Ou, ainda, do próprio Texto Constitucional: (a) “São direitos dos trabalhadores [...] *relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa*, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória [...]”⁽⁴⁷⁾; (b) “[...] *fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa* do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de

(46) Art. 165, da CLT.

(47) Inciso I, do art. 7º, da CF/88.

prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato⁽⁴⁸⁾. (grifo nosso)

Como se vê, a locução *vedação à despedida arbitrária* guarda a mesma significação instrumental das expressões *garantia no emprego*⁽⁴⁹⁾ e *estabilidade*. Consequentemente, quando se diz que dado empregado goza de estabilidade pelo fato de ser membro eleito para ocupar cargo de direção da CIPA, quer com isso dizer ser vedado ao empregador dispensá-lo arbitrariamente durante seu mandato⁽⁵⁰⁾. Nessa quadra teleológica, quis o legislador constituinte impedir a despedida arbitrária, blindando o cipeiro com a estabilidade provisória, sendo nula a despedida perpetrada com conseqüente garantia do direito subjetivo de pleitear reintegração e, sucessivamente, indenização pecuniária.

Indubitável que a causa que moveu o legislador constituinte a proteger o representante dos empregados da despedida arbitrária não deve ser outra senão a extensão de igual garantia aos representantes da empresa, já que um e outro devem gozar de plena liberdade no cumprimento das múltiplas atribuições arroladas na NR-5⁽⁵¹⁾ da CIPA.

Conformemente vem decidindo a jurisprudência pretoriana, a estabilidade cipista tem duas causas, uma próxima e outra remota. Aquela, quando visa à proteção obreira da dispensa arbitrária sem justa causa, para que possa agir livremente⁽⁵²⁾ na defesa dos interesses da totalidade dos empregados representados, bem

assim na denúncia e prevenção de omissões ou ações do empregador, relativas à segurança e saúde no trabalho⁽⁵³⁾. Já a causa remota se dá na garantia existencial da própria CIPA.

Por conseguinte, a garantia no emprego dos “cipeiros” não passa de um mote com vistas à sobrevivência da CIPA — a quem caberá fiscalizar e aplicar as medidas que visam garantir a segurança e a saúde dos empregados, assim como propor mudanças na empresa⁽⁵⁴⁾.

Tratar a questão de modo diferente, como parece pretender o constituinte originário e seus exegetas na formulação do ADCT, equivale a desrespeitar, também, o *telos* do art. 1º da Convenção n. 98 da OIT, por tentar atribuir tratamento discriminatório a trabalhador sujeito às mesmas condições estabelecidas por norma regulamentar aos representantes eleitos membros da CIPA⁽⁵⁵⁾.

Como a interpretação literal, a lógica também não socorre a tese restritiva da estabilidade. Basta que se preste atenção à seguinte hipótese silogística: é vedada a dispensa arbitrária de todos os trabalhadores da relação de emprego (premissa maior); os membros da CIPA se encontram numa relação de emprego (premissa menor); logo, todos os empregados que integram a direção da CIPA gozam de estabilidade, não podendo, por conseguinte, sofrer despedida arbitrária ou sem justa causa.

Razão assiste a Coviello quando diz que, às vezes, o simples abandono da investigação superficial para o rigoroso, sobretudo se jogar com o elemento histórico, o sistemático e os valores jurídico-sociais — pois logo se verificará ser menos translúcida a forma do que julgava a princípio.

Nesse contexto, a negativa de garantia no emprego ao representante do empregador na

(48) Letra “a”, do inciso II, do art. 10, do ADCT.

(49) Segundo Luciano Martinez (2011, p. 556), “[...] a expressão “garantia no emprego” revela-se como um gênero de proteções, no qual estão incluídas as espécies *estabilidade* e a *garantia de emprego em sentido estrito*.” Ver mais: p. 556.

(50) Note-se que o “mandato” é dos membros da comissão e não exclusivamente dos representantes dos empregados, como parece intuitivo quando tomada a palavra “eleito” em consideração.

(51) Itens: “5.16” e “5.21”.

(52) Processo 0042300-38.2006.5.05.0022 RO, ac. n. 010625/2007, 6ª Turma do TRT5, DJ 16.5.2007.

(53) Processo 0000311-97.2012.5.05.0133 RO, ac. n. 171980/2013, 5ª Turma do TRT5, DJ 22.11.2013.

(54) Processo 0001134-74.2012.5.05.0132 RO, ac. n. 143717/2013, 4ª Turma do TRT5, DJ 23.4.2013.

(55) ED-E-ED-RR-792506-91.2001.5.09.0002, em 9.12.2010, rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, Subseção.

CIPA — decorra da CLT, do ADCT ou das NRs pós-Constituição de 1988 — significa, com a devida licença, agasalhar odioso tratamento desigual para os que são iguais. Significa, também, a manifestação do eterno retorno a um vetusto problema social: a desigualdade social entre os homens — malgrado intuitivo a igualdade de tratamento constituir um dos bens da vida fundamentais à existência humana.

A desigualdade... Qual a origem? Por que ainda se manifesta hodiernamente, quando todas as setas da justiça apontam para a igualdade?

2.4. A gênese da desigualdade

A desigualdade é um fenômeno existencial entranhado na sociabilidade. Dela tratara Jean-Jacques Rousseau no *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, ao participar do concurso de ensaios promovido pela Academia de Dijon para tentar responder a seguinte questão: “Qual a origem da desigualdade entre os homens, e é ela autorizada pelo direito natural?”

Nesse discurso, Rousseau⁽⁵⁶⁾ concebe dois tipos de desigualdade na espécie humana: uma que chamava natural ou física, por ser estabelecida pela natureza e que consiste na diferença das idades, da saúde, das formas do corpo e das qualidades do espírito e da alma; e outra, moral ou política, porque dependente de uma espécie de convenção estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens — desigualdade que consiste nos vários privilégios de que gozam alguns em prejuízo de outros, como o serem mais ricos, mais poderosos e homenageados do que estes, ou ainda por fazerem-se obedecer por eles.

Para Rousseau⁽⁵⁷⁾, a desigualdade entre os homens não é autorizada pela lei natural, porque as primeiras desigualdades e os primeiros deveres de civilidade surgem com a afecção da estima e as considerações públicas, constituindo a

(56) 1978b, p. 236.

(57) 1978, p. 215.

propriedade, a magistratura⁽⁵⁸⁾ e o despotismo os sinais mais evidentes do progresso das desigualdades e do processo de alienação das liberdades, já que o primeiro progresso impôs uma desigualdade entre ricos e pobres, dando origem às sociedades e às leis; o segundo fortaleceu a desigualdade entre poderosos e fracos; e o terceiro (e último) progresso (o despotismo) por fazer surgir o poder arbitrário e as figuras do senhor e do escravo.

A partir desses aspectos negativos, conclui o genebrino que *a desigualdade não surge de uma lei natural, mas de um artifício convencional criado pelos próprios homens*. Entretanto, ressalta que esse artifício germinado pela vontade humana é mais aparente do que real, porque, tendo nascido livre, o homem ainda se encontrava numa sociabilidade preso a ferros institucionais contrários ao exercício da liberdade e da igualdade.

Diante dessa aparência⁽⁵⁹⁾ e da constatação de que, do ponto de vista natural (físico e psicológico), os homens são diferentes entre si; e da perspectiva social (moral e política), iguais perante a lei, indagava-se Rousseau sobre a possibilidade de existir, na ordem social, alguma norma de administração legítima, capaz de unir o que o direito permite ao que o interesse prescreve, já que, para ele, a legitimidade somente poderia ser justificada em um contrato social radicado na inalienabilidade da igualdade e da liberdade.

2.5. Igualdade para os iguais

Parecendo seguir Rousseau ou o lema⁽⁶⁰⁾ da Revolução Francesa — cujo germe lhe é

(58) No *Contrato Social*, Rousseau (1978, p. 74) diz que governo é um corpo com a tarefa ou função de governar, encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade, tanto civil quanto política. Os membros desse corpo chamam-se magistrados ou reis, isto é, governantes, e o corpo em seu todo recebe o nome de *príncipe*.

(59) Esta palavra é significada aqui não como um fenômeno, isto é, como aquilo que se revela ou se mostra ou aparece aos olhos, mas como algo que, não sendo, se mostra como se real fosse, isto é: parece, mas não é.

(60) *Liberté, égalité, fraternité*.

atribuído —, o direito político brasileiro consagrou a liberdade e a igualdade como direitos fundamentais e invioláveis do cidadão, ao afirmar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza⁽⁶¹⁾.

Seguindo essa racionalidade, Mozart Víctor Russomano⁽⁶²⁾ defende a máxima de que o princípio fundamental na lei e na doutrina do Brasil é a “[...] absoluta igualdade do tratamento dispensado a todos os trabalhadores, sem quaisquer distinções resultantes da natureza do trabalho executado”.

Reforçando a proposição russomaniana, dizem Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁽⁶³⁾ que a igualdade é a base fundamental do princípio republicano e da democracia, vez que, neste princípio, há uma determinação constitucional para que seja dado tratamento igual aos que jazem em situação equivalente, e que sejam tratados de maneira desigual, os desiguais — na medida de suas desigualdades.

Para esses autores, ao princípio das coisas públicas devem estar atrelados o legislador e o aplicador da lei, precisamente por força da prescrição do dever de observar tanto a *igualdade na lei* como a *igualdade perante a lei*, onde, pela primeira, o destinatário será sempre o legislador — que não poderá estabelecer tratamento discriminatório entre pessoas que mereçam idêntico tratamento; e pela segunda, a vedação é dirigida diretamente aos intérpretes e aplicadores da lei, que, na exegese, não podem dispensar tratamento diferenciado a quem a lei considerou igual.

Nesse contexto republicano, tomando de empréstimo os ensinamentos de Bandeira de Mello, doutrina Alexandre de Moraes⁽⁶⁴⁾ que a igualdade é dotada de “eficácia transcendente”, isto é, toda desigualdade contemporânea ao ato fundacional da norma infraconstitucional não

poderá ser recepcionada, exceto se demonstrar compatibilidade com os valores eleitos pela norma suprema. Em consonância com essa transcendência de viés constitucional, o Direito do Trabalho elegeu como um dos seus princípios fundamentais o da Igualdade de Tratamento, ou, como prefere o festejado Pinho Pedreira⁽⁶⁵⁾, *princípio da isonomia* ou *princípio de não discriminação* ou *princípio de tratamento igual*.

Todavia, como pondera o próprio Pinho Pedreira⁽⁶⁶⁾, revela-se curioso e ingavelmente paradoxal o fato de o Direito do Trabalho — “[...] um Direito eminentemente desigualitário [...]” — possuir como um dos princípios o da igualdade. Lembra que o juslaboralista francês *Antoine Jeammaud* qualificou o Direito do Trabalho de “alérgico” à igualdade.

Realmente esse Direito nasceu da necessidade de corrigir a disparidade entre empregadores e trabalhadores, mediante o estabelecimento entre eles de uma desigualdade jurídica, em que a proteção legal aos últimos compensasse a sua inferioridade econômica e de poder em face dos primeiros [...] Assim, a assertiva de *Jeammaud* tem, como opina *Marzia Barbera*, um fundamento de verdade se se refere à igualdade jurídica na clássica acepção liberal democrática, ou à igualdade de todos em face da lei e à igualdade na forma da lei; ou se se refere à igualdade contratual enquanto equilíbrio paritário de vontade expressiva de autonomia privada. Quanto a estas duas acepções o Direito do Trabalho não é senão uma crítica da igualdade: da igualdade jurídica, repudiada para ter conta da desigualdade de fato; do postulado paritário sobre o qual se funda o direito dos contratos, repudiado para relevo ao vínculo de dependência que liga as partes na relação de trabalho. Mas hoje tais contraposições se revelam esquemáticas em face da evolução que viu os hodiernos sistemas constitucionais

(61) *Caput* do art. 5º, da CF/88.

(62) 1970, p. 9.

(63) 2009, p. 110.

(64) 2005, p. 32.

(65) SILVA, 1999, p. 166.

(66) *Ibidem*, p. 168.

acolherem uma concepção valorativa da igualdade que respeita não a forma e sim o conteúdo da lei, obrigando o legislador a tratar de modo igual o igual e de modo desigual o desigual. Este é o entendimento da igualdade no Brasil, desde os clássicos Rui Barbosa e Marnoco e Souza até os autores modernos. Ressalve-se, porém, que jamais há igualdade absoluta entre dois homens⁽⁶⁷⁾.

Ainda de acordo com Pinho Pedreira⁽⁶⁸⁾, na aplicação do princípio da isonomia no Direito do Trabalho somente devem ser consideradas as diferenças essenciais. Não havendo dissimilaridades relevantes entre dois indivíduos, devem ser considerados iguais e, portanto, tratados igualmente, exceto na hipótese de existência de causa objetiva que justifique o tratamento diferenciado.

Também no Direito do Trabalho — esclarece Ernest Katz — nem todas as pessoas relativamente iguais devem ser tratadas de igual maneira, mas somente quando as circunstâncias são iguais. “Entende-se que as circunstâncias também devem ser essencialmente iguais.” Daí a sua preferência pela formulação do princípio da igualdade no Direito do Trabalho como “princípio do tratamento igual dos iguais, em iguais circunstâncias”⁽⁶⁹⁾.

A preferência de Ernest Katz pelo “princípio do tratamento igual dos iguais, em iguais circunstâncias”, bem se aplica para arrostar a emblemática e recorrente dissimetria estabilitária imposta aos representantes da empresa na CIPA, que, na linha inversa desse princípio, vem se agigantando de modo entorpecido e condicionado pela fria leitura da lei — e, o que é pior: sem trazer a lume qualquer fundamento antropológico, sociológico ou psicológico que legitime a quebra da isonomia estabilitária.

No entanto, não se pode perder de vista que a *alergia* do Direito do Trabalho à igualdade é

artifício metafórico jeammaudiano com vistas à maximização da potência⁽⁷⁰⁾ obreira perante o empregador para estabelecimento do desequilíbrio contratual entre eles; e nunca, anote-se, para contagiar e levar à morte a relação de paridade de tratamento a ser dispensada aos empregados — os únicos eleitos pelo Direito Obreiro à proteção e à atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual⁽⁷¹⁾.

Quando intérpretes e aplicadores do Direito preferem tomar o caminho da racionalidade contrafeita à estabilidade provisória do representante da empresa na CIPA, reforçam, na linha oblíqua, a superioridade econômica, hierárquica e intelectual do empregador, que, enquanto detentor do capital, pode, arbitrariamente, dispensar qualquer um dos seus representantes na CIPA, especialmente se um deles se revelar mais atuante e intransigente na defesa e na prática das atribuições preconizadas pela NR-5, impondo, por assim dizer, um indistigável incômodo.

2.6. Liberdade de ação

Sucedo que ser membro da CIPA implica disponibilidade para agir livremente na execução das seguintes atribuições⁽⁷²⁾:

[...] **identificar** os riscos do processo de trabalho, e elaborar o mapa de riscos, com a participação do maior número de trabalhadores, com assessoria do SESMT, onde houver; **elaborar** plano de trabalho que possibilite a ação preventiva na solução de problemas de segurança e saúde no trabalho; **participar** da instituição e do controle da qualidade das medidas de prevenção necessárias, bem como da avaliação das prioridades de ação nos locais de trabalho; **realizar**, periodicamente, verificações nos ambientes e condições de trabalho visando à identificação de situações que venham a trazer riscos para a segurança e saúde dos

(67) *Ibidem*, p. 168-169.

(68) *Idem*.

(69) *Idem*.

(70) No particular, consulte-se a racionalidade de John Rawls (2002).

(71) *Ibidem*, p. 29.

(72) Item “5.16” da NR-5.

trabalhadores; **realizar**, a cada reunião, avaliação do cumprimento das metas fixadas em seu plano de trabalho e discutir as situações de risco que foram identificadas; divulgar aos trabalhadores informações relativas à segurança e saúde no trabalho; **participar**, com o SESMT, onde houver, das discussões promovidas pelo empregador, para avaliar os impactos de alterações no ambiente e processo de trabalho relacionado à segurança e saúde dos trabalhadores; **requerer** ao SESMT, quando houver, ou ao empregador, a paralisação de máquina ou setor onde considere haver risco grave e iminente à segurança e saúde dos trabalhadores; **colaborar** no desenvolvimento e implementação do PCMSO e PPRA e de outros programas relacionados à segurança e saúde no trabalho; divulgar e promover o cumprimento das Normas Regulamentadoras, bem como cláusulas de acordos e convenções coletivas de trabalho, relativas à segurança e saúde no trabalho; **participar**, em conjunto com o SESMT, onde houver, ou com o empregador, da análise das causas das doenças e acidentes de trabalho e propor medidas de solução dos problemas identificados; requisitar ao empregador e analisar as informações sobre questões que tenham interferido na segurança e saúde dos trabalhadores; **requisitar** à empresa cópias das CATs emitidas; **promover**, anualmente, em conjunto com o SESMT, onde houver, a Semana Interna de Prevenção de Acidentes do Trabalho — SIPAT; e, finalmente, **participar**, anualmente, em conjunto com a empresa, de Campanhas de Prevenção da AIDS. (grifo nosso)

A releitura atenta dessas atribuições revelará que muitas delas podem incomodar ao empregador. A verificação dessa suspeita se dá pela evidência da causa que levou os legisladores infra e constitucional a darem efeito suspensivo ao direito potestativo do empregador de despedir arbitrariamente o empregado eleito para ocupar cargo de direção na CIPA. Sintomático, a propósito, o seguinte entendimento jurisprudencial:

[...] exegese gramatical e teleológica da norma, **esta extraída do efetivo ou potencial**

incômodo que os representantes dos empregados causam à parte patronal, é viva a convicção de o direito à estabilidade ter ficado circunscrito a esses, não havendo falar em proibição de dispensa arbitrária de membros indicados pelos empregadores.⁽⁷³⁾

O surpreendente aí não é o fato de a garantia estabilitária se justificar pelo risco de o “cipeiro” eleito pelos empregados incomodar o empregador, porque de fato essa intuição é confirmada na prática. Basta que se retorne à jurisprudência arrolada no item “2.2.2” deste artigo para verificar os recorrentes pleitos de reintegração e/ou indenização substitutiva, formulados por “cipistas”. O surpreendente é a crença pueril de que o empregado escolhido pela empresa para compor a CIPA não precisa da estabilidade sob o argumento de ele não representar qualquer ameaça ou embaraço às expectativas do empregador.

Aceita tal absurdidade, inegável que a apatia do representante do empregador pode ser facilmente tocada pela mesma nódoa que desonrou, desonra e continua desonrando e prejudicando a reputação de um sindicato: o famigerado peleguismo — praxe onde seus dirigentes, como cediço, no lugar de defender os interesses da categoria profissional simplesmente abandonam, amortecendo a luta reivindicatória. *Mutatis mutandi* igual prática é susceptível de acontecer na CIPA, em manifesto prejuízo à efetiva prevenção acidentária.

Se o fiel cumprimento das atribuições e do *telos* da CIPA revelar-se inoportuno, inconveniente, ameaçador, perturbador ou embaraçoso às pretensões da empresa, então o direito de incomodar (!), blindado pela estabilidade legal, deve pertencer inexoravelmente a todos os “cipeiros”. Pensar diferente seria o mesmo que instrumentalizar o representante do empregador, retirando-lhe a identidade social, além de transmutá-lo em um ente amoral.

(73) TST RR 54547, 4ª T., rel. Min. Antônio José Barros Levenhagen, DJU de 23.4.04 (SAAD, 2013).

O membro da CIPA não pode ser despojado da propriedade da liberdade de ação, tampouco do direito à manifestação volitiva conscienciosa, benévola e equitativa; e menos ainda da autoridade e da autonomia na direção da CIPA, pois, consoante adverte a Súmula n. 339, II, do TST, a estabilidade provisória do cipeiro não constitui vantagem pessoal, mas garantia para as atividades dos membros da CIPA, e alijá-la dos seus integrantes é quebrantar sua essência e funcionalidade.

Ao outorgar a estabilidade, o ADCT teve em mira constituir proteção ao “cipeiro” contra represálias da empresa, por conta de eventual rigor na fiscalização do cumprimento das normas relativas à segurança do trabalho⁽⁷⁴⁾. Por essa lógica, não cabe ao legislador, muito menos à doutrina e à jurisprudência, tentar institucionalizar a instabilidade passional e empregatícia entre os membros da CIPA.

O livre exercício engendrado pela estabilidade implicará formatação e fortaleza da unidade na CIPA; unidade que não pode ser desfeita por qualquer prática que implique doação ou venda da liberdade de agir ao empregador. O “cipeiro”, com o amálgama da estabilidade paritária, não se tornará inerte e/ou escravo da vontade atômica do empregador. Sua sujeição deve ser tão somente à vontade suprema da CIPA. Sabidamente, a comissão não é da empresa, mas dela e dos seus empregados com a finalidade comum e exclusiva de minimizar a finitude da vida ante os riscos acidentários que a execução do trabalho pode ensejar.

Assim, no lugar de se estimular a dação, a venda ou alienação da liberdade dos “cipeiros”, seria de boa prática que os intérpretes e operadores do Direito do Trabalho estimulassem e ratificassem a isonomia de tratamento, protegendo-os da despedida arbitrária, exatamente porque os representantes do empregador e dos empregados não podem nem devem constituir

(74) CALHEIROS, 2008, p. 133: TST, 1ª T. (RR 783716/01), rel. Min. João Oreste Dalazen, julgado em 29.6.2005.

duas grandezas assimétricas, mas complementares entre si.

É com a liberdade de ação, corroborada pela garantia no emprego, que a multiplicidade das opiniões dos membros da CIPA encontrará a unidade quantitativa e, melhor, qualitativa, sobretudo por constituir a fonte do bem comum cipista, a saber, efetiva prevenção acidentária, porque, no liame, o interesse coletivo somente se realizará e ganhará plena existência pela precedência volitiva desatrelada dos ferros da volição patronal.

A liberdade se encontra inextricavelmente relacionada ao homem. Renunciar à liberdade é, para Rousseau, o mesmo que renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade e aos próprios deveres — não havendo, no seu sentir, recompensa possível para quem a tudo renuncia, uma vez que a natureza do homem não se compadece com a renúncia, especialmente se seu exercício implicar sujeição, enfim, alienação da vontade e da liberdade de ação.

Alijar-se voluntariamente da liberdade⁽⁷⁵⁾ seria o mesmo que excluir do homem a moralidade de suas ações, porque constituiria uma inútil e contraditória convenção a que, de um lado, estipula uma autoridade absoluta do empregador, e, de outro, uma obediência sem limites.

Apesar da necessária evidência isonômica, a racionalidade jurisprudencial e doutrinária parece navegar sobre águas calmas no sentido de que somente o representante eleito pelos empregados para ocupar cargo na CIPA goza do direito à estabilidade provisória gizada pela letra “a”, do inciso II, do art. 10, do ADCT.

Admitida a hipótese de intransponibilidade da dissimetria, poder-se-ia fazer a seguinte indagação: qual a motivação subjacente e justificadora para a continuidade da assimetria estabilitária dos membros da CIPA? Residiria a motivação num “silêncio eloquente”, ou numa “lacuna de formulação” do Constituinte?

(75) ROUSSEAU, 1978, p. 27.

2.7. O “silêncio eloquente” e a “lacuna de formulação”

Não raro, a Constituição de um país pode apresentar lacunas. Jorge Miranda⁽⁷⁶⁾ define a lacuna como a “situação constitucionalmente relevante não prevista”. Até aí nenhum problema, pois, enquanto propriedade existencial do homem, a perfectibilidade cuidará de proceder à devida retificação constitucional. Mas pode ocorrer de a falta de previsão constituir um ato intencional do legislador constituinte, omissão conscienciosa que a doutrina tem rotulado de “silêncio eloquente”.

[...] a omissão da regulação [...] terá sido o resultado do objetivo consciente de excluir o tema da disciplina estatuída. Fala-se, em situações tais, que houve um “silêncio eloquente” do constituinte, que obsta a extensão da norma existente para a situação não regulada explicitamente.⁽⁷⁷⁾

Assim, se a lei não dispõe sobre determinada matéria, a presunção é de que o legislador não quis dispor, por entender desnecessária sua previsão, acreditando subentendido seu desejo ou da lei em não fazê-lo. Nesse caso, entende a doutrina não haver lacuna, mas prescindibilidade de regulação por ato volitivo do legislante.

Todavia, pode acontecer — e não raramente ocorre — de a omissão, na formulação da norma, não decorrer de ato consciente do legislador, mas por descuido ou negligência. Fala-se, então, em “lacuna de formulação”⁽⁷⁸⁾:

[...] o exame apurado as circunstâncias normativas, a partir de uma compreensão sistemática, pode revelar que houve, na omissão, apenas um lapso do constituinte, que não pretendia excluir a categoria de fatos em apreciação da incidência da norma. Fala-se, então, em uma “lacuna de formulação”.

Admitido o pressuposto hipotético de que, ao não estender a estabilidade provisória aos representantes da empresa, o legislador constituinte incorreu em omissão, é tempo de investigar se a inépcia foi objetivada na esteira do “silêncio eloquente”, ou simplesmente levada a termo por mera “lacuna de formulação”.

Antes, porém, de responder à curiosidade, cumpre lembrar que o art. 10 do ADCT teve por objetivo disciplinar a vedação da dispensa arbitrária contida no inciso I, do art. 7º, da CF/88, até o advento de lei complementar. Tomado o caráter teleológico que esse preceptivo encerra, parece mesmo não ser possível falar em omissão do legislador sob o véu do “silêncio eloquente”, ou da “lacuna de formulação”, mas, de acordo com a classificação de Maria Helena Diniz⁽⁷⁹⁾, de edição de *norma de eficácia relativa dependente de complementação legislativa* com vistas à autorização ao exercício do direito ou benefício nela consagrado.

Sucedendo que, a partir do momento em que o legislador constituinte originário, premido pela necessidade de dar eficácia imediata à vedação da dispensa arbitrária, edita o ADCT, a normatividade do Texto Magno passa por uma transmutação em sua eficácia, passando a ter seu lugar na taxonomia das normas de “eficácia plena”, haja vista reunir em seu texto “todos os elementos imprescindíveis”⁽⁸⁰⁾ à produção imediata dos efeitos nela previstos, a saber: a vedação à dispensa arbitrária do empregado eleito para cargo de direção de CIPA.

Também não se pode tomar como justificada a crença de que o legislador se valeu do benfazejo “silêncio eloquente” na letra “a”, do inciso II, do art. 10, do ADCT, para deixar de aludir à estabilidade do representante da empresa. É que, como bem adverte Branco⁽⁸¹⁾:

Cumprido ter presente que, por vezes, o dispositivo do ADCT é estatuído pelo

(76) *Apud*: BRANCO, 2011, p. 100.

(77) *Idem*.

(78) *Idem*.

(79) PAULO & ALEXANDRINO, 2009, p. 65.

(80) 2011, p. 64.

(81) 2011, p. 90.

constituente originário para excepcionar hipóteses concretas da incidência de uma norma geral, integrante do corpo principal da Constituição, ou, então, volta-se especificamente para atribuir um regime vantajoso a um grupo concreto de destinatários.

Uma vez sabido que o inciso I, do art. 7º, da CF/88, veda a despedida arbitrária, é forçoso concluir que, ao editar o ADCT, o legislador não poderia omitir a garantia estabilitária aos representantes do empregador, precisamente por que a blindagem constitucional contra a dispensa arbitrária já tocava a todos os trabalhadores imbricados na “relação de emprego”⁽⁸²⁾.

Se houve omissão no ADCT, tal vício, na esteira da boa-fé, só pode ser justificado por um lapso de percepção do legislador, ou seja, por “lacuna de formulação”, pois que não parece crível que pretendia excluir da proteção estabilitária a incidência da norma apenas a um grupo de representantes da CIPA. A se confirmar essa pretensão, então, a má-fé camuflada sob o véu da omissão não padece do vício de “lacuna de formulação”, mas de flagrante fraude perpetrada pelo legislador originário em detrimento de um dos princípios fundamentais da Constituição republicana: o da igualdade de tratamento.

2.8. O princípio da máxima efetividade e a analogia

No entanto, não se pode olvidar o que disse Rousseau alhures: a desigualdade exercitada na tessitura social não é natural, mas fruto de convenção humana. Segue-se, daí, não ser desarrazoável afirmar que toda norma constitucional que estabeleça dissimetria de direitos entre os homens pode perfeitamente ser execrada e afastada, mormente se levada a termo pelo expediente da “lacuna na formulação”, ou, pior, por maquinação do constituente originário.

(82) Eis a exata locução da redação do inciso I, do art. 7º, da CF/88.

Vícios dessa magnitude sempre se revelaram refratários ao princípio da máxima efetividade⁽⁸³⁾ do Texto Constitucional, seja quando se esconde sob o véu da omissão, ou quando nega à norma constitucional a eficácia instrumental.

E quando esses vícios largam sua nódoa na boa-fé dos eleitores do constituente originário, o método analógico de preenchimento das lacunas legislativas pode se revelar uma opção hermenêutica benfazeja para minimizar a desproporção estabilitária imposta aos empregados representantes dos empregadores.

Com efeito, valendo-se da autoridade dos estudos de Ferguson, Carlos Maximiliano⁽⁸⁴⁾ registra que, originariamente, a analogia significa semelhança de relações, geralmente aplicada a uma hipótese não prevista em lei à disposição relativa a um caso semelhante:

Os fatos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico [...]; “onde se depare razão igual à da lei, ali prevalece a disposição correspondente, da norma referida”: era o conceito básico da analogia em Roma. O uso da mesma justifica-se, ainda hoje, porque atribui à hipótese nova os mesmos motivos e o mesmo fim do caso contemplado pela norma existente.

Sublinha o hermeneuta⁽⁸⁵⁾ que o processo analógico “[...] não cria direito novo; descobre o já existente; integra a norma estabelecida, o princípio fundamental, comum ao caso previsto pelo legislador e ao outro, patenteado pela vida social”. Nesse contexto, como as redações do Texto Constitucional e do ADCT são harmônicas e complementares entre si quanto à vedação à dispensa arbitrária e sem justa causa dos empregados; e este Ato, na regulamentação transitória do Texto principal, garantiu a estabilidade provisória ao cipeiro representante

(83) Ou princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva: PAULO & ALEXANDRINO, 2009, p. 71.

(84) 1984, p. 206-207.

(85) *Ibidem*, p. 209.

do empregado, nada obsta que, por analogia, a disposição da letra “a”, do inciso II, do art. 10, do ADCT, também seja aplicada aos cipeiros representantes da empresa.

É cediço que o juiz, no enfrentamento de um caso concreto, pode perfeitamente declarar, incidentalmente⁽⁸⁶⁾, a inconstitucionalidade de uma norma *infra*, com vistas ao afastamento de sua aplicação. Ilustrativamente, seria o caso do art. 165 da CLT, cuja inferência doutrinária e jurisprudencial se revela com forte inclinação para excluir da garantia estabilitária os cipeiros representantes do empregador. Nesses casos, o julgador terá a faculdade de se valer da analogia, sublimada pelo inciso I, do art. 7º, da CF/88 e pela alínea “a”, do inciso II, do art. 10, do ADCT, para afastar a dissimetria, outorgando máxima efetividade ao texto constitucional.

2.9. Aporias constitucionais

No entanto, se não há problema quanto ao uso da analogia com vistas à declaração de inconstitucionalidade de norma infraconstitucional pela via incidental, ele passará a se fazer presente quando a tentativa tiver por escopo a declaração de inconstitucionalidade de norma constitucional — como parece sugerir a hipótese de a omissão da garantia estabilitária do representante da empresa residir no próprio texto da Constituição Federal de 1988 — seja *ad argumentandum tantum* no inciso I, do art. 7º, da CF/88⁽⁸⁷⁾, ou na alínea “a”, do inciso II, do art. 10, do ADCT. É que, conforme chamam a atenção Paulo e Alexandrino⁽⁸⁸⁾, tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal refutam a possibilidade de haver inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias:

A matéria já foi percuientemente analisada no julgamento da ADI n. 815-DF

(86) Exercício judicial por via do controle difuso ou aberto de constitucionalidade.

(87) Mais adiante, será abordada, por outra ótica, a impossibilidade da arguição de inconstitucionalidade desse preceptivo constitucional.

(88) 2009, p. 694.

(28.3.1996). Nela, o Ministro Moreira Alves, relator, em seu voto condutor, deixa claro que a análise da validade de normas constitucionais originárias não consubstancia, na verdade, questão de constitucionalidade, mas de legitimidade do constituinte originário e a aferição dessa legitimidade escapa inteiramente à competência do STF (e de qualquer outro órgão do país).

Todavia, não é só. Some-se a essas condições negativas de possibilidade a seguinte advertência em detrimento do princípio da igualdade assegurado na Constituição de 1988⁽⁸⁹⁾:

[...] segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal, o princípio constitucional da isonomia não autoriza o Poder Judiciário a estender vantagens concedidas a um grupo determinado de indivíduos a outros grupos não contemplados pela lei, sob pena de ofensa ao princípio da separação de Poderes.

Segundo anotam esses doutrinadores, o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional, não pode legislar positivamente, ou seja, criar regras não pretendidas pelo Poder Legislativo. Ao Judiciário cabe tão somente legislar negativamente, isto é, erradicar normas inconstitucionais do ordenamento jurídico.

Malgrado a vedação constitucional no sentido de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, investigar o acerto ou desacerto dessa racionalidade doutrinária e jurisprudencial é tarefa que foge ao objeto deste trabalho.

Não obstante, pode-se fazer a seguinte indagação: partindo-se do pressuposto de que o Poder Judiciário não pode legislar, senão negativamente para erradicar normas inconstitucionais do ordenamento jurídico, haveria, entre nós, medida jurídico-constitucional capaz de dar efetividade ao direito à prestação jurisdicional e, em especial, ao princípio da igualdade de tratamento? Há quem defenda a ação

(89) *Ibidem*, p. 111.

direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e o processo de mandado de injunção como medidas constitucionais adequadas para solução dessa inquietude. À análise.

2.9.1. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Diz-se haver inconstitucionalidade por omissão quando a afronta à Constituição resulta da omissão do legislador em não observar preceito constitucional que determina a elaboração de norma regulamentadora de suas disposições. Trata-se, portanto, de conduta omissiva ante uma obrigação de legislar, imposta ao Poder Público pela própria Constituição⁽⁹⁰⁾. Dito de outra forma, a inconstitucionalidade por conduta omissiva ocorre diante de norma constitucional de eficácia limitada, em que a Lei Maior exige do legislador ordinário a edição de uma norma regulamentadora, para tornar viável o exercício de determinado direito nela assegurado, e o órgão legislativo ordinário permanece inerte, obstando o efetivo exercício daquele direito, desrespeitando, assim, “[...] a supremacia constitucional, dando azo à declaração da inconstitucionalidade de sua inércia”⁽⁹¹⁾.

De acordo com o Ministro Gilmar Ferreira Mendes⁽⁹²⁾, o constituinte de 1988 emprestou significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão com a instituição da *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* (ADO). Nessa quadra e nos termos do § 2º, do art. 103, da CF/88, a ADO visa a tornar efetiva norma constitucional de eficácia limitada ou reduzida⁽⁹³⁾.

A omissão do legislador ordinário, ensejador da ADO, pode ser total ou parcial. Ali,

quando o Poder Público silencia na germinação ou edição de norma reguladora determinada pelo Texto Constitucional; aqui, quando o legislador ordinário edita a norma⁽⁹⁴⁾:

[...] mas o faz de modo insatisfatório, insuficiente para atender aos comandos da norma constitucional de regência. É o caso, por exemplo, da assim denominada *lei excludente de benefício incompatível com o princípio da igualdade*, que disciplina determinado direito constitucionalmente previsto, mas exclui de sua abrangência pessoas que deveriam ter sido alcançadas. Vale dizer, a lei requerida constitucionalmente é produzida pelo legislador ordinário, mas de forma imperfeita, porque os seus comandos não atingem todas as pessoas que deveriam ter sido por ela acobertadas, afrontando o princípio da igualdade.

Contudo, quanto à edição de norma infraconstitucional impeditiva de dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado representante da empresa, pode suceder de a omissão do legislador levar o intérprete menos atento a concluir pelo cabimento e procedência da ADO, com conseqüente imputação ao Poder Público para competente edição de lei complementar. Mas ilação aí se revelaria precipitada: primeiro, por força da impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, como é o caso do inciso I, do art. 7º, da CF/88.

Segundo, porque, ao editar o ADCT e inserir na letra “a”, inciso II, do art. 10, a garantia estabilizatória do “cipeiro”, o próprio legislador constituinte sanou a pretensa omissão do legislador ordinário, afastando-o do ônus de fazê-lo, conformemente analisado no item “2.7” do vertente trabalho; não havendo, assim, cogitar em lacuna ou omissão legislativa para desafiar ADO, pois, como alerta Gilmar Mendes⁽⁹⁵⁾:

(94) *Idem*.

(95) 2011, p. 1.291.

(90) PAULO & ALEXANDRINO, 2009, p. 695.

(91) 2009, p. 695-696.

(92) 2011, p. 1.285.

(93) Diz-se de *eficácia limitada* ou *reduzida* ou não autoaplicável a norma cujos efeitos essenciais ficam condicionados a desenvolvimento normativo posterior (norma infraconstitucional: da categoria de lei complementar, a cargo de poderes constituídos).

O objeto desse controle abstrato da inconstitucionalidade é a mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes para concretização da norma constitucional. A própria formulação empregada pelo constituinte não deixa dúvida de que se teve em vista aqui não só a atividade legislativa, mas também a atividade tipicamente administrativa que pudesse, de alguma maneira, afetar a efetividade de norma constitucional.

2.9.2. O mandado de injunção

Afastada a hipótese de ato omissivo do legislador ordinário e, por conseguinte, do uso da ADO, seria, então, o mandado de injunção (MI) a medida constitucional apropriada para solução da desigualdade estável noticiada? A resposta se impõe negativamente.

Com efeito, arrimado no inciso LXXXI, do art. 5º, da CF/88, ensina Gilmar Mendes⁽⁹⁶⁾ que o *mandado de injunção* há de ter por objeto o não cumprimento de dever constitucional de legislar; direito esse que, de alguma forma, afeta garantias e direitos assegurados pela Lei Maior — a exemplo da falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania e à cidadania.

Sem negar o paralelismo existente entre a ADO e o MI⁽⁹⁷⁾ (malgrado aquela ação possua por objeto a solução da omissão da lei em tese e este, a solução no caso concreto; malgrado, ainda, ambos visarem à supressão de omissão do legislador, ante a necessidade de regulamentação do Texto Constitucional), mais uma vez, é forçoso dizer que, em consequência da edição do ADCT disciplinador da estabilidade do “cipeiro” — ainda que eivada de discriminação relacionada à estabilidade provisória do representante da empresa —, o legislador ordinário não pode ser taxado de inepto na formulação da norma complementar para dar azo à aplicação dessas ações constitucionais.

(96) *Ibidem*, p. 1.319.

(97) PAULO & ALEXANDRINO, 2009, p. 202.

Ora, como transcrevem Paulo e Alexandrino:

[...] se já existe norma regulamentadora do direito previsto na Constituição⁽⁹⁸⁾, ainda que defeituosa (mandado de injunção é remédio para reparar a falta de norma regulamentadora de direito previsto na Constituição; se já existe a norma regulamentadora, ainda que flagrantemente inconstitucional, não será mais cabível mandado de injunção; nesse caso, a validade da norma poderá discutida em outras ações, mas não mais a via do mandado de injunção).⁽⁹⁹⁾

2.10. A amálgama constitucional

Considerando a inexistência de omissão do legislador ordinário quanto à materialização legislativa da estabilidade do cipeiro, porque a regulamentação necessária fora tempestivamente engendrada pelo legislador constituinte mediante a edição do ADCT; considerando que a inexistência de omissão legislativa não pode dar azo ao uso da ADO, tampouco do MI; considerando, finalmente, como sustentável a discutível ilação de o ADCT ter deixado de fora da estabilidade o representante do empregador, então, é da conclusão deste trabalho que a “lacuna de formulação” em que incorrera o legislador constituinte no ADCT desafia supletividade simétrica mediante proposta de Emenda Constitucional.

Em que pese a rigidez e o princípio da soberania, a Constituição brasileira de 1988⁽¹⁰⁰⁾ está sujeita a pequenas reformas solenes⁽¹⁰¹⁾; reformas essas que não podem implicar perda da essência e da identidade fundacional do seu texto; igualmente, não podem implicar abolição ou extinção de direitos consagrados por suas cláusulas pétreas, como a desenhada no inciso IV do § 4º, do art. 60, da CF/88.

De fato, cuidou o legislador originário de prescrever a impossibilidade de constituir

(98) No caso, a norma reguladora seria a letra “a”, do inciso II, do art. 10, do ADCT da CF/88.

(99) 2009, p. 205.

(100) 2011, p. 73.

(101) Na forma dos incisos e parágrafos do art. 60, da CF/88.

objeto de deliberação legislativa ordinária proposta de emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais. Mas não vedou — o que seria um absurdo — a possibilidade de mutação constitucional, ou seja, de o exegeta encetar ao texto básico novas significações. Por isso:

Há quem aceite que mesmo as cláusulas pétreas não estabelecem a absoluta intangibilidade do bem constitucional por ela alcançado. Diz-se que, conquanto fique preservado o *núcleo essencial* dos bens constitucionais protegidos, isto é, desde que a essência do princípio permaneça intocada, elementos circunstanciais ligados ao bem tornado cláusula pétrea poderiam ser modificados ou suprimidos. Flávio Novelli, a esse respeito, enfatiza que “a mais categorizada doutrina rejeita hoje, incisivamente, uma apriorística identificação entre *inviolável* e *inemendável* ou *irrevistível*”. No sentir do autor, a violação existiria apenas quando transgredidos os limites do poder de emenda. Esses limites não seriam transgredidos tão só por se dar às matérias postas sob a proteção de cláusula pétrea uma nova disciplina, mas o seriam quando a modificação tocasse — suprimindo ou aniquilando — um princípio estrutural da Constituição. Aí, sim, a obra do poder constituinte originário ficaria desfigurada, por se haver ferido o *conteúdo essencial* dos interesses, valores e princípios que as cláusulas pétreas querem proteger [...] No MS n. 23.047-MC, o relator, Ministro Sepúlveda Pertence, expressamente adere à tese de que “as limitações ao poder constituinte de reforma, que o art. 64, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege”⁽¹⁰²⁾.

(102) BRANCO, 2011, p. 140-141.

Nessa quadra, a proposta de emenda constitucional que tenha por objeto a vedação da dispensa arbitrária ou sem justa causa do representante do empregador na CIPA não encontrará resistência no senso comum, na doutrina e na jurisprudência, precisamente por não se encontrar subsumida a quaisquer das restrições expressas e/ou circunstâncias contidas nos §§ 1º e 4º, do art. 60, da CF/88.

A proposta de simetria assim desenhada, não constituiria abolição dos chamados *direitos individuais*⁽¹⁰³⁾; ao contrário, além de pôr fim à desigualdade de tratamento e respeitar essa espécie de direitos, proporcionaria um elástico benfazejo, pois que contemplaria também a categoria dos *direitos sociais*⁽¹⁰⁴⁾, exatamente aqueles direitos previstos no art. 7º da CF/88, cujo inciso I constituiu o objeto, por assim dizer, de regulamentação da letra “a”, do inciso II, do art. 10 do ADCT, onde o legislador originário, ao fazê-lo, incorrera em lacuna de formulação, abrindo um campo de possibilidades à proposta de emenda⁽¹⁰⁵⁾ constitucional com vistas à efetividade da estabilidade do representante da empresa na CIPA.

Entretanto, é sabido que a proposta de emenda constitucional depende de manifestação volitiva de terceiros interessados. Se o interesse dos legitimados a fazê-lo não for despertado a tempo e modo, então, a omissão e a discriminação fomentadas pela inapetência legislativa continuarão. Sendo, todavia, levada a termo, cumpre notar ainda que, até a

(103) Conferir o *caput* do art. 5º, da CF/88.

(104) Sobre a divergência doutrinária em torno de supostas antinomias acerca dos direitos individuais e sociais, ver os comentários de Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p.145-146).

(105) Não seria absurdo se, no lugar de “*emenda*”, a palavra fosse “*remenda*” constitucional, já que o ADCT, disciplinando a garantia preconizada pelo inciso I, do art. 7º, da CF/88, constituiu *grosso modo* primeira e má sucedida “emenda” — se acaso resultasse vencedora a tese de que o representante da empresa na CIPA não fora contemplado com a estabilidade provisória. Afinal “remenda” significa emendar de novo.

promulgação pelas duas mesas do Congresso Nacional, solenidades inescapáveis terão que ser observadas, ante a complexidade desencadeada pelo processo legislativo, onde, muitas vezes, todo tempo dispensado será pouco para refrear fisiologismos e humores parlamentares no *iter* persecutório da emenda constitucional.

Como sublinhado pelo saudoso José Martins Catharino⁽¹⁰⁶⁾, o instituto da estabilidade que, na atualidade, deveria representar a mais significativa exaltação de um lento movimento, não pode ficar à mercê de idiosincrasias e/ou susceptibilidades legislativa, doutrinária, jurisprudencial ou judicial.

Enquanto o princípio da igualdade de tratamento não for interiorizado pelo espírito dos operadores do Direito (Constitucional) do Trabalho, a dissimetria estabilitária imposta aos membros da CIPA, em detrimento dos representantes do empregador, permanecerá um valor social pendente de transvaloração. Mas... Até quando?

3. Considerações finais

A estabilidade no emprego é uma expectativa legítima dos trabalhadores imbricados na relação de emprego. Torná-la real e extensiva envolve bom-senso e árduo diálogo com os poderes públicos constituídos, especialmente com o Legislativo e Judiciário.

Em socorro dessa crença justificada, o posicionamento doutrinário e jurisprudencial pode ter participação decisiva não só na preservação do princípio constitucional da igualdade de tratamento como também no resgate de um dos principais valores da vida: a liberdade.

O fato de a efetividade do binômio “igualdade-liberdade” encontrar-se necessariamente relacionada com o tempo, este ente — seja ele concebido naturalmente ou por convenção humana — não pode servir de pretexto para justificar inépcias volitivas dos autores da lei ou dos exegetas e aplicadores do Direito, nas dinâmicas procedimentais para formulações e

(106) 1966, p. 63.

reformulações benfazejas do instituto da estabilidade, mormente no tocante à do “cipeiro” representante do empregador.

No processo de desconstrução de valores estabilitários, o *tempo físico* ou *cronológico* ou *convencional* constitui afetação que a sociedade pós-moderna — na falsa esteira da supremacia da prensa que liquefaz a existência humana, submetendo-a ao niilismo — parece encontrar-se apta ou alienada para suportá-la. Afinal, como diz a letra de uma canção popular, “a humanidade caminha com passos de formiga e sem vontade”.

Essa afetação cronológica delineada pela tríade temporal *pasado-presente-futuro*, não tem o condão de desentranhar da existência humana outro tempo a ele imanente: *o espiritual*⁽¹⁰⁷⁾. É exatamente por esta senda psicológica que a igualdade estabilitária dos cipeiros é interiorizada e vivificada, a tal ponto que o *presente das coisas presentes* (a *assimetria* estabilitária) pode ser perfeitamente substituído pelo *presente das coisas futuras* (*simetria* estabilitária). É preciso, pois, trazer as coisas futuras para o presente.

No entanto, se, no *tempo do relógio*, a efetivação da igualdade estabilitária dos cipeiros se encontra condicionada à realização de promessas e expectativas, enfim, de evento futuro a ser proporcionado pelo legislativo ou judiciário⁽¹⁰⁸⁾, no *tempo psicológico*, ela já se encontra presentificada em forma de princípio, cuja essência, na distensão temporal, não se perde, ante o verniz *apodítico*⁽¹⁰⁹⁾ — aliás, como, contrariamente, não ocorre com a lei, onde as paixões humanas brincam de germiná-las e desfigurá-las conforme suas convicções morais, ora pendendo para o bem, ora para o mal, tal qual ocorrera com a estátua de Glauco⁽¹¹⁰⁾.

(107) AGOSTINHO, 2004, Capítulo XI.

(108) Hipótese em que o cipeiro representante do empregador ficaria flagrantemente refém de uma expectativa ou promessa.

(109) Isto é: imutável, necessário e universal.

(110) “[...] que o tempo, o mar e as intempéries tinham desfigurado de tal modo que se assemelhava mais a um animal feroz do que a um deus, a alma humana,

O *tempo cronológico* (curto, ou breve ou longo) a ser esperado para estabelecimento da simetria estável em prol do representante do empregador na CIPA não será capaz de impor finitude ao *tempo espiritual ou psicológico* para afastar da mente humana a presentificação apodítica do princípio da igualdade.

4. Referências bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. São Paulo: Paulus, 2004.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do grego de Antonio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 6 jan. 2014.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*: Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 6 jan. 2014.

_____. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[HTTPS://www.planalto.gov.br/](https://www.planalto.gov.br/)> Acesso em: 6 jan. 2014.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 6 jan. 2014.

CALHEIROS, Bomfim, B. *Dicionário de decisões trabalhistas*. Niterói: Impetus, 2008.

CATHARINO, José Martins. *Em defesa da estabilidade*. São Paulo: LTr, 1966.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

alterada no seio da sociedade por milhares de causas sempre renovadas, pela aquisição de uma multidão de conhecimentos e de erros, pelas mudanças que se dão na constituição dos corpos e pelo choque contínuo das paixões, por assim dizer mudou de aparência a ponto de tornar-se quase irreconhecível e, em lugar de um ser agindo sempre por princípios certos e invariáveis, em lugar dessa simplicidade celeste e majestosa com a qual seu autor a tinha marcado, não se encontra senão o contraste disforme entre a paixão que crê raciocinar e o entendimento delirante (ROUSSEAU, 1978, p. 227).

FILHO, Ives Gandra Martins. *Manual Esquemático de História da Filosofia*. São Paulo: LTr, 2004.

GOMES, Orlando; GOTTSCALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

IBÁÑEZ, Eduardo Alejandro. La filosofía analítica. In: BALLESTEROS, Pablo Juan Carlos (Dir.). *Introducción a la filosofía*. 1. ed. Santa Fe: Universidad Católica de Santa Fe, 2007.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

NÁUFEL, José. *Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Parma, 1984.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Giovanni. *História da Filosofia: do romantismo até nossos dias*. São Paulo: Paulus, 1991.

ROMITA, Arion Sayão. *Despedida arbitrária e discriminatória*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Coleção os Pensadores).

_____. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Lourdes Santos Machado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Coleção os Pensadores).

RUSSOMANO, Mozart Victor. *A estabilidade do trabalhador na empresa: sistema da consolidação das leis do trabalho e do fundo de garantia do tempo de serviço*. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1970.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho Comentada*. São Paulo: LTr, 2013.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

Participação nos lucros e resultados: uma abordagem à luz do dever de proteção

Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale^(*)

Resumo:

- ▶ Este trabalho analisa como o Direito Fundamental Social à participação nos lucros e resultados foi indevidamente regulamentado, tendo sido o Estado-Legislador ineficiente. Sendo esse o cenário, o Estado-Juiz, enquanto vinculado objetivamente ao Texto Constitucional deve agir positivamente, diante da ofensa ao dever de proteção.

Palavras-chave:

- ▶ Participação nos lucros e resultados — Dever de prestação.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O dever de proteção
 - ▶ 2.1. Direitos Fundamentais como sistema de valores
 - ▶ 2.2. Eficácia irradiante dos Direitos Fundamentais
 - ▶ 2.3. Dever de proteção
 - ▶ 2.4. Proporcionalidade: entre a proibição do excesso e a proteção insuficiente
 - ▶ 2.5. O princípio da proporcionalidade como proibição da insuficiência
- ▶ 3. A participação nos lucros, resultados e o estado ineficiente
- ▶ 4. Conclusão
- ▶ 5. Referências bibliográficas

(*) Juíza Auxiliar da 33ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professora convidada no curso de pós-graduação *lato sensu* desta instituição, bem assim da Faculdade Baiana de Direito. Especialista em Direito Processual Civil e do Trabalho pela Universidade Potiguar. Membro do Conselho da Escola Judicial do TRT da 5ª Região e da Escola Associativa da AMATRA5, sendo que, nesta última, também é Coordenadora acadêmica. Diretora cultural da AMATRA5, biênio 2013/2015.

1. Introdução

O art. 7º, inciso XI, da CRFB/88 consagrou o direito fundamental à participação nos lucros e resultados, desvinculando-o da remuneração, e a Lei n. 10.101/2000, a fim de regulamentar o aludido direito, estabeleceu que este será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante negociação coletiva, ou por comissão escolhida pelas partes — afinal almeja-se estabelecer integração entre o capital e o trabalho, incentivando a produtividade, como vazado no art. 1º —, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria.

Ocorre que, na prática, as indigitadas comissões não existem e as normas coletivas, quando tratam da participação nos lucros limitam-se a dizer que o direito existe, mas não o regulamenta, ou, simplesmente, remetem-se à lei, estatuinto que a participação nos lucros ou resultados será estabelecida nos termos da norma vigente, quando esta já faz alusão à negociação coletiva.

Diante do afastamento tanto do legislador quanto dos atores sociais responsáveis pela negociação coletiva e individual, como deve agir o Magistrado do Trabalho? É sobre isso, em apertada síntese, que pretende refletir o presente artigo.

2. O dever de proteção

2.1. Direitos Fundamentais como sistema de valores

Segundo a clássica doutrina do Estado Liberal, os Direitos Fundamentais somente eram entendidos consoante a lógica estatal abstencionista, para que fosse assegurado o direito de liberdade do indivíduo. Tal racionalidade trazia a reboque a ideia de que a Constituição era um mero documento político, inferior à Lei, o que redundava no não desenvolvimento do próprio Direito Constitucional, que evoluía paulatinamente, enquanto o Direito Civil crescia, imbuído de teorias que justificavam a sua superioridade.

O cenário narrado era bastante compreensível, diante da tradição jurídica presente ao longo de séculos e disseminada pelo mundo ocidental pelo povo romano. Até o jusnaturalismo, no afã de se fazer mais perene, havia sido codificado, fazendo-se crer que algo não presente na legislação não era valorado pela sociedade. Era chegada a época de um jusnaturalismo racional.

Esse cenário positivista, que afastava a moral, a ética e a justiça do Direito, fez-se presente em todo o século XIX, auge das ideias liberais, perdurando fortemente na doutrina civil e constitucional até meados do século XX, momento em que houve uma mudança substancial de racionalidade e, pouco a pouco, a hermenêutica constitucional passou a admitir a permeação do Direito pela moral, constitucionalizando, por assim dizer, o próprio Direito, agora imbuído de valores que se irradiavam para todas as esferas governamentais e até para as entidades privadas, algo impensável segundo a lógica liberal-burguesa.

Para tanto, foi necessário que o mundo testemunhasse as barbáries praticadas pelo holocausto, onde o ser humano foi menosprezado, não dignificado, e tratado como meio para o alcance de um fim que se pretendia legítimo.

Na Alemanha, país responsável tanto pelo cenário horrendo narrado, quanto pela própria modificação do pensamento positivista e virada Constitucionalista, a Constituição de Weimar, hoje plenamente reconhecida como uma das primeiras no mundo a tratar sobre os Direitos Sociais, sequer concebia os Direitos Fundamentais como cláusulas pétreas, omissão que terminou sendo decisiva para fazer com que Hitler retirasse a cidadania dos judeus e iniciasse a perseguição destes pelos mais diversos recantos da Europa.

Terminada a Guerra, na Alemanha, em 1949, foi publicada a Constituição de Bonn e dois anos após, em 1951, foi criado o Tribunal Constitucional Federal, composto por juristas

contrários às ideias que justificavam o holocausto, fato peremptório para a modificação da hermenêutica constitucional, que passou entender os Direitos Fundamentais como um sistema de valores. Tal racionalidade foi construída a partir de um julgado, mas plenamente desenvolvida pela Corte Constitucional alemã, influenciando diretamente a interpretação dos princípios como normas, a eficácia dos Direitos Fundamentais entre os particulares — o que se denominou chamar de eficácia horizontal — e o alcance dos direitos de liberdade, agora entendidos sob a ótica também objetiva.

Tal interpretação modificou de vez a própria concepção dos Direitos Fundamentais Sociais, que passaram a se desenvolver, também, sob o aspecto protetivo, não só fático, mas, sobretudo, jurídico.

A Constituição Federal de 1988 foi fortemente influenciada pelo influxo interpretativo das normas constitucionais campeado na Alemanha e é justamente esse o motivo por que se faz necessária a análise da construção germânica dos Direitos Fundamentais como valores, já que a jurisprudência pátria ainda é carente de avanço científico nesse sentido⁽¹⁾.

Se for possível fixar o momento da mudança narrada, esse foi o julgamento do que se denominou caso Lüth.

(1) Veja-se, por exemplo, julgado colhido do Supremo Tribunal Federal, onde não se admite Recurso Extraordinário, a não ser por ofensa direta à Constituição: “CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 279 — STF. I — Somente por ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II — Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é ofensa direta, frontal. III — Alegação de ofensa ao inciso IX do art. 93 da CF: improcedência, porque o que pretende o recorrente, no ponto, é impugnar a decisão que lhe é contrária, certo que o acórdão está suficientemente fundamentado. IV — Incidência, no caso, da Súmula 279 — STF. V — Agravo não provido. (STF — AI — AgR 481215/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 24.2.2006.)

Em 1950, durante a realização de um festival cinematográfico ocorrido em Hamburgo, o então presidente do Clube de Imprensa, Erich Lüth, além de expor publicamente o diretor de “Amantes Imortais”⁽²⁾, Sr. Veit Harlan, acusando-o de grande disseminador das ideias nazistas por meio da Sétima Arte, também organizou um boicote juntamente aos distribuidores de filmes.

Harlan e os parceiros comerciais ajuizaram uma ação cominatória em face de Lüth, com fulcro no § 826 BGB, dispositivo da Lei civil alemã que obrigava todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa — no caso, deixar de boicotar o filme —, sob a cominação de pecúnia.

A referida ação teve o pedido julgado procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Lüth, então, interpôs recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, Reclamação Constitucional, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo art. 5 I 1 GG⁽³⁾.

O Tribunal Constitucional Federal, já em 1958, julgando procedente a Reclamação, revogou a decisão do Tribunal Estadual, declarando que, de acordo com a jurisprudência permanente do Tribunal Constitucional Federal, as normas jusfundamentais contêm não só direitos subjetivos de defesa do indivíduo perante o Estado, mas representam, ao mesmo tempo, uma ordem valorativa objetiva que, enquanto decisão básica jurídico-fundamental, vale para todos os âmbitos do direito e proporcionam diretrizes e impulsos para a legislação, a administração e a jurisprudência.

A partir dessa decisão, com fulcro na teoria axiológica, os Direitos Fundamentais, a

(2) Nesse, assim como em outros filmes, dirigidos pelo Sr. Harlan, há forte incitamento à violência em face dos judeus.
(3) SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 381.

despeito de encerrarem direitos subjetivos para os indivíduos, também passaram a ser considerados como valores objetivos⁽⁴⁾ de uma comunidade e, como tais, se espriam por todo o ordenamento, vinculando juridicamente todas as funções estatais, dentre elas, o próprio Poder Judiciário, que passa a ter como principal função interpretar a Constituição e as Leis, de modo a dar efetividade aos Direitos Fundamentais.

Nas palavras de Vieira de Andrade, os Direitos Fundamentais “não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado”, pois, eles “valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins de que se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual”⁽⁵⁾, que é, em outras palavras o próprio dever de proteção estatal em relação aos indivíduos.

Alexy, apesar de reconhecer que princípios e valores possuem a mesma estrutura, sendo ambos passíveis de sopesamento quando em conflito com outros princípios ou valores, afirma que aqueles ocupam o campo da deontologia, ou do dever-ser — como os conceitos de dever, proibição, permissão e direito a algo —, enquanto estes se localizam no âmbito da axiologia, identificado como o conceito de bom — como os conceitos de bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o Estado de direito⁽⁶⁾.

(4) No dizer de Pérez Luño (*op. cit.*, p. 21): “*en el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados*”.

(5) *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 109.

(6) ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 144 e ss.

Evidente que a assim denominada teoria axiológica dos Direitos Fundamentais encontrou séria divergência, sendo Habermas um dos seus principais opositores, quando lança contra o discurso da ponderação de valores o epíteto de “frouxo”, argumentando que:

Ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, *todas* as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas de princípios do direito. [...] Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma *especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral*, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários.⁽⁷⁾

Informa Steinmetz⁽⁸⁾ que a teoria axiológico-sistêmica também encontrou na doutrina de Forsthoff grande crítica, acreditando o citado jurista que, na filosofia dos valores, “a interpretação jurídica dá lugar à interpretação filosófica”, tornando “inseguro o direito constitucional, dissolvendo a lei constitucional na casuística, porque o caráter formal-normativo do direito constitucional, isto é, a sua positividade jurídico-normativa, é substituída por uma suposta normatividade constitucional estabelecida caso a caso”.

(7) HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 101, 2003. p. 231.

(8) STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 107-108.

Tomando emprestadas as palavras de Sarmiento, “não se afigura necessária a adesão” à teoria da ordem de valores para “aceitação da existência de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e para o reconhecimento dos dois efeitos práticos mais importantes desta dimensão: a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a teoria dos deveres estatais de proteção”⁽⁹⁾. E é sobre isso que se tratará a seguir.

2.2. Eficácia irradiante dos Direitos Fundamentais

A fim de orientar o alcance da teoria axiológica dos Direitos Fundamentais, na década de oitenta, Alexy indicou como única forma viável de se interpretar o caráter objetivo dos referidos direitos, a técnica da abstração de toda e qualquer noção subjetiva.

Nesse desiderato, pontuou o referido publicista, que apenas com uma *tríplice* abstração é possível fazer aparecer o caráter objetivo do direito⁽¹⁰⁾.

Para tanto, o autor utiliza o direito à liberdade de expressão (caso Lüth), afirmando que, ao se realizar a primeira abstração (do titular), converte-se um *dever relacional* (que possui um direito subjetivo como contrapartida) em um *dever não relacional*, ou seja, uma obrigação sem um direito subjetivo correspondente, que gera apenas um dever *prima facie* de o Estado atuar, de modo a se omitir de intervir na liberdade de opinião.

Todavia, para alcançar um “nível supremo de abstração”, é necessária a feitura de uma segunda abstração (do destinatário do direito) para, então, abstrair algumas particularidades do objeto (omissão de intervenção estatal). Como resultado final, haverá somente um “simples dever-ser” da liberdade de expressão, o que o Tribunal Constitucional Federal intitulou de “decisão básica jurídico-objetiva”, e

o autor de “norma básica que decide valores”, que “se irradiará por todos os âmbitos do ordenamento”⁽¹¹⁾.

A partir dessa concepção irradiante dos Direitos Fundamentais, doutrina e jurisprudência germânicas evoluíram para outros conceitos que redundaram profundamente no aprimoramento da eficácia e efetividade das normas constitucionais, como a assim denominada eficácia horizontal, ou vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais, que, aplicada ao Direito pátrio, como se defenderá mais adiante, permite a interpretação de desnecessidade de uma lei obtida por meio do processo legislativo comum (lei complementar) para a observância do direito do trabalhador à proteção contra a dispensa arbitrária.

A teoria axiológica encontra no Direito constitucional brasileiro ampla possibilidade de aplicação, tendo-se que a Constituição Federal de 1988 é eivada de valores, positivados ou não, a exemplo do valor social do trabalho.

Nesse trilhar, fácil é perceber que as normas constitucionais, para além do conteúdo subjetivo, encerram valores que se irradiam para os mais diversos ramos do Direito, não só civil, mas também penal, econômico e, sobretudo, do trabalho, encontrando nos conceitos jurídicos indeterminados (bons costumes, ordem pública, boa-fé, abuso de direito) um forte campo para aplicação dos valores consagrados no Texto Constitucional.

No direito francês, embora não se adote flagrantemente a teoria da eficácia irradiante⁽¹²⁾, em 1991, uma empresa de entretenimento lançou um concurso, em que se sagrava vencedor quem arremessasse um anão a uma maior distância. Indignado com o *show* de horrores, um dos prefeitos por onde passava o “espetáculo”, utilizando-se da regra contida no

(9) SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006. p. 123.

(10) *Op. cit.*, p. 508.

(11) GOMES, Fábio Rodrigues. *Direito Fundamental ao Trabalho: Perspectivas Histórica, Filosófica e Dogmático-analítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 104.

(12) Cf. SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 127.

art. 3º da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, decidiu, administrativamente, interditar o evento.

Na oportunidade, o anão em questão, em litisconsórcio com o empresário, ingressaram com ação perante o Tribunal Administrativo de Versailles, no intuito de anular o ato do prefeito. O Conselho do Estado Francês, em última instância, afirmou que o princípio da dignidade da pessoa humana é utilizado para a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, como o de “ordem pública”, evidenciando que o referido princípio-valor está para além da própria vontade do ser humano, que, no caso do anão, desejava ser arremessado, tendo alegado a sua condição física, que redundava na impossibilidade de encontrar um trabalho melhor.

A decisão referida consagra não só o valor dignidade humana, mas, sobretudo, concebe-o sob a ótica objetiva, sendo indiferente se há ou não vontade de o ser humano se aviltar diuturnamente. Pensar o contrário é permitir que o próprio Estado possa mensurar a quantidade de dignidade que pode existir em cada ser humano, ideologia que sempre embasou estados totalitários e fundamenta até os dias atuais a ideia de uma raça, etnia ou religião superior.

2.3. Dever de proteção

Corolário da teoria axiológico-sistêmica dos Direitos Fundamentais, os direitos de proteção são, no dizer de Alexy, “os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros”⁽¹³⁾, como ocorre, exemplificativamente, com as normas que tratam de direito penal, responsabilidade civil, direito do trabalho, proteção ao meio ambiente, direito do consumidor, em que há forte intervenção jurídica estatal, dispondo até onde os particulares podem avançar para que não seja ofendido interesse de outrem.

(13) *Op. cit.*, p. 450.

Os direitos à proteção, por serem autênticos direitos subjetivos e objetivos constitucionais a ações positivas estatais, podem encerrar prestação fática ou normativa (jurídica), tendo tais direitos como escopo a delimitação das “esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia, bem como a garantia da exigibilidade e da realização dessa demarcação”⁽¹⁴⁾. Ao tempo em que o direito à proteção encerra direito subjetivo para o indivíduo em face do Estado, também se apresenta em idêntica forma, impondo-se ao Estado a atividade legislativa, administrativa e jurisdicional, todas elas tendo como norte os Direitos Fundamentais, entendidos agora em seu aspecto objetivo-irradiante.

Se classicamente o Estado foi concebido tão só segundo a lógica liberal, a função protetora estatal é algo que remonta à época de formulação das teorias acerca do contrato social, assim entendido como o grande pacto firmado pela sociedade, onde, em linhas simplórias e pragmáticas, os indivíduos cederiam parcela da sua individualidade, em prol da proteção estatal, ou segurança de atos praticados por terceiros.

Em um contexto em que a autotutela passou a não mais ser tolerada, coube ao Estado a função de viabilizar segurança aos indivíduos. Dita segurança é, classicamente, firmada em face do Estado, que tem como missão se abster de intervir nas relações privadas, mas também por intermédio do Estado, segundo concepção mais moderna após o advento do Estado Social. Essa última concepção de proteção estatal é entendida sob o aspecto fático, por meio das prestações sociais, ou jurídicas (normativas), tendo o Estado a obrigação de proteger os Direitos Fundamentais diante de atos praticados por terceiros, com a elaboração de leis e aparelhamento da Administração.

Nesse trilhar, retomam-se as palavras de Vieira de Andrade, que, ao diferenciar a clássica acepção dos direitos de defesa como direitos do indivíduo perante o Estado, contrariando

(14) ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 451.

a lógica liberal, os direitos a prestações “imporiam ao Estado *o dever de agir*, quer seja para a protecção dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais contra a actividade de terceiros, quer seja para promover ou garantir as condições materiais ou jurídicas de gozo efectivo desses bens jurídicos fundamentais” e que esse moderno modo de enxergar a missão estatal se liga diretamente ao advento do Estado Social, que ampliou os deveres do Estado.

Mais adiante, o publicista ainda arremata apontando que em todo caso “o direito pode ser a prestações materiais ou jurídicas”, citando como exemplos das prestações estatais jurídicas a “regulamentação das relações de trabalho”⁽¹⁵⁾. É dizer, o Estado tem o dever, decorrente do direito à prestação, de proteger o indivíduo trabalhador das arbitrariedades praticadas por terceiros, e a relação de emprego é campo fértil para o exercício de tal mister, diante do forte poder social concentrado tão somente nas mãos do empregador. Não é sem razão que o Estado intervém para proteger o indivíduo trabalhador e quando deixa de fazê-lo, há um descumprimento do dever de protecção que lhe é próprio.

Diversamente da concepção subjetiva dos Direitos Fundamentais, a dimensão objetiva apregoa que a protecção estatal não é somente fundada no interesse geral da comunidade, interessando ao poder público a missão protetora do ser humano concretamente situado, para que somente assim seja alcançado o desenvolvimento da personalidade.

Sem embargo, o Estado, a despeito da sua concepção clássica de abstenção, passa a ser o grande responsável pela concretização dos direitos fundamentais desse Homem concreto, em um contexto de Estado Social, o que não gera a automática refutação do Estado Liberal, tendo-se que o Estado abstencionista, convive, modernamente, ao lado do Estado Social. Nesse cenário, o ser humano passa a ter a possibilidade de alcançar a sua mais alta

personalidade por intermédio do Estado, que, de grande oponente, se transmuda em realizador dos Direitos Fundamentais.

Nesse cenário de mudança paradigmática, estabelecida, sobretudo, após a chegada do Estado Social de Direito, os Direitos Fundamentais, passam também a ser encarados segundo a ótica positiva, sendo papel do Estado a sua realização mediante a protecção fática e também jurídica, esta por meio da criação de normas protetivas (sobretudo normas que tratam de protecção ao particular, em face de atos praticados por outros particulares) tratando dos mais diversos ramos do Direito, dentre os quais, o Direito do Trabalho.

Com o acertamento da lente por onde eram observados os Direitos Fundamentais, ampliando o espectro de sua visão, os poderes já constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário) também tiveram os seus deveres hipertrofiados, pois, além de terem a missão de assegurar a liberdade do indivíduo em face do Estado, passaram igualmente a ter a obrigação de fazer realizar os Direitos Fundamentais por meio das suas respectivas atividades, agora enxergadas positivamente.

Entendidos os Direitos Fundamentais sob a dimensão objetiva, cabe ao Estado a promoção de políticas públicas para a concretização de tais direitos, como a feitura de campanhas para a prevenção a sérias doenças, protecção ao meio ambiente e até a fiscalização do cumprimento das normas protetivas, como a atividade perpetrada pelo Poder Executivo no combate ao trabalho escravo e degradante, ao cumprimento das NRs, para a prevenção de acidentes de trabalho.

O Poder Judiciário, também vinculado aos Direitos Fundamentais segundo a teoria axiológica, igualmente tem a missão de fazer valer tais direitos, permitindo a plena eficácia das normas que têm como escopo a protecção à dignidade do ser humano.

Quanto ao Poder Legislativo, nos passos da teoria axiológica, cabe-lhe a missão de promover,

(15) *Op. cit.*, p. 168.

pela legislação, os Direitos Fundamentais, confeccionando normas constitucionais ou ordinárias protetivas ao indivíduo em face de atos praticados por terceiros.

2.4. Proporcionalidade: entre a proibição do excesso e a proteção insuficiente

Durante o século XIX e parte do século XX, o princípio da legalidade dominou toda a teoria constitucional e civilista, encontrando no positivismo jurídico o seu expoente doutrinário. Nesse contexto ideológico, cabia ao Poder Legislativo falar em nome do povo, emitindo normas, nem sempre condizentes com a vontade popular e que, não raras vezes, deixavam de guardar grande preocupação com os Direitos Fundamentais, sem maiores reflexões acerca da constitucionalidade da emissão de tais atos normativos, uma vez que o princípio da legalidade fornecia o aparato necessário à elevação do Poder Legislativo ao máximo patamar, impedindo que este pudesse ser questionado acerca da adequação ao texto constitucional.

Em meados do século XX, máxime após o fim da Segunda Guerra Mundial, descortina-se que foi o atentado contra a dignidade do ser humano pela prevalência do princípio da legalidade — que supedaneou todas as barbáries cometidas no holocausto —, o cenário ideológico modificou-se substancialmente.

O mesmo Estado alemão, que tinha no princípio da legalidade o seu meio expoente para justificar todos os atos arbitrários do poder legislativo, também foi o grande responsável⁽¹⁶⁾,

(16) Aqui cabe a observação de Canotilho, quando informa que a “dimensão material do princípio não é nova. Já nos séculos XVIII e XIX, ela está presente na ideia britânica de *reasonableness*, no conceito prussiano de *Verhältnismässigkeit*, na figura de *détournement du pouvoir* em França e na categoria italiana de *accesso de potere*. No entanto, o alcance do princípio era mais o de revelação de sintomas de patologias administrativas — arbitrariedades, exorbitância de actos discricionários da administração — do que o de um *princípio material de controlo* das actividades dos poderes públicos.

na Europa, pela modificação hermenêutica que alçou o princípio da proporcionalidade ao patamar constitucional.

Após percuciente construção jurisprudencial comandada pelo então novel Tribunal Constitucional Federal, que já em 1958 tratou sobre a jurisprudência dos valores, passou a conceber os Direitos Fundamentais e até a própria Constituição como ordem axiológica que se irradia tal qual raios solares sobre todo o ordenamento jurídico, influenciando, principalmente, a atividade legiferante, não sendo esta, nesse contexto, absoluta e soberana, mas, ao revés, rendendo reverência ao texto constitucional, este sim, guardião de todos os valores pinçados da sociedade e formalmente consagrados.

Foi no citado *leading case* Lüth que o indigitado Tribunal Constitucional Federal primeiro se utilizou do princípio da proporcionalidade para sopesar os princípios constitucionais da liberdade de expressão e a privacidade, que, naquele caso concreto, colidiam.

Para tanto, utilizou-se o Tribunal do princípio da proporcionalidade, fazendo emergir uma teoria que possui efeitos recíprocos, entendendo que a lei tanto limita o direito fundamental, quanto a luz deste também é interpretada. Embora o alcance do princípio da proporcionalidade ainda não estivesse bem delineado na jurisprudência da Corte, fora utilizada, a partir de então em diversos julgados, tanto que Bonavides⁽¹⁷⁾, ancorado em Stern, afirmou que foram mais de 150 julgados tratando da aplicação do novo princípio da proporcionalidade no Tribunal Constitucional Federal, após o advento da Lei Fundamental de 1949.

Todavia, somente em 1971⁽¹⁸⁾, o referido Tribunal destrinchou o princípio da proporcionalidade, tratando da proibição do excesso

(CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 268).

(17) BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 408.

(18) Cf. BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 409.

do legislador, com a análise dos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Deixava, segundo a Corte, o princípio da proporcionalidade, de ser um princípio adotado somente no Direito Administrativo, passando a ser implicitamente um princípio constitucional, em um contexto de Constituição aberta e material.

Se antes o referido princípio era utilizado somente para combater os excessos da Administração, quando do exercício do seu poder de polícia, a partir da construção jurisprudencial narrada, o aludido princípio passou a ser utilizado como norma implícita ao texto constitucional alemão e, portanto, apta a efetuar controle de constitucionalidade de atos legislativos infraconstitucionais emitidos pelo legislador e este, por seu turno, passava a ser vinculado aos valores constitucionalmente consagrados, estando proibido de praticar excessos legiferantes (*übermassverbot*).

Tal construção jurisprudencial foi de importância imensa para a edificação do controle de constitucionalidade e a compreensão da Constituição como norma ápice em um Estado de Direito.

Partindo da teoria alemã acerca do princípio da proporcionalidade, é possível encontrar a divisão deste em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Entende-se que a medida administrativa ou legislativa resta adequada quando apta para o atendimento dos fins que a fundamentaram, ou seja, analisa-se a relação entre fins e meios, sendo adequado o ato que guardar pertinência com a finalidade perseguida.

Já no juízo de necessidade, analisa-se se a medida adotada pelo Estado, dentre todas as possíveis, é a menos gravosa para o alcance objetivado. No dizer de Canotilho, o exame deve compreender: a) a *exigibilidade material*, pois o meio deve ser o mais 'poupado' possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a *exigibilidade espacial* aponta para

a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a *exigibilidade temporal* pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a *exigibilidade pessoal* significa que a medida se deve limitar à pessoa ou às pessoas cujos interesses devem ser sacrificados⁽¹⁹⁾.

Já no que toca à proporcionalidade em sentido estrito, ultrapassadas as duas fases anteriores, cabe ao julgador ponderar se “o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à carga activa da mesma”⁽²⁰⁾, sendo especialmente nessa fase necessária a farta argumentação jurídica, para que a vontade dos demais poderes não se faça substituir pela arbitrária vontade do Estado-juiz.

O princípio da proporcionalidade, concebido como proibição do excesso, encontrou previsão formal na Lei Fundamental alemã e inspirou o legislador constituinte português de 1976, tendo-se que a Carta lusitana contempla nos arts. 18º/2, 19º/4 e 166º/2 o referido princípio.

A Carta Política de 1988 não prevê formalmente o princípio em questão, mas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o concebe como implícito no Texto Constitucional, vigente e necessário ao nosso Estado de Direito⁽²¹⁾ e, forte na lição de Bonavides, pode-se assegurar que o referido princípio, apesar de não existir formalmente na Constituição, existe “como norma esparsa” no Texto Constitucional, tendo-se que “a noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de Direito”⁽²²⁾.

(19) CANOTILHO, J. J. GOMES, *op. cit.*, p. 270.

(20) *Op. cit.*, p. 270.

(21) Cf. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 90-95.

(22) BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 434.

Enquanto a Alemanha, país que tratou tardiamente sobre o controle de constitucionalidade, vinculava o princípio da proporcionalidade ao Direito Administrativo, mais especificamente no tocante ao controle dos excessos aos atos de poder de polícia da Administração, evoluindo para o controle de excesso em relação aos atos legislativos, os Estados Unidos há muito já tinham na cláusula do devido processo legal, inserida por meio das Emendas 5ª e 14ª, a certeza de que as normas emanadas pelo Poder Legislativo poderiam sofrer controle de constitucionalidade (*judicial review*), quando não guardassem razoabilidade, princípio este que estava implicitamente contido na referida cláusula do devido processo legal.

Vale lembrar que a referida cláusula passou por duas fases⁽²³⁾. Na primeira, com caráter puramente processual, o princípio somente era voltado para as garantias penais processuais, tais como o contraditório, a ampla defesa, os recursos e a possibilidade de citação no processo. Já na segunda fase, o devido processo legal, embora não tenha abandonado a sua versão clássica processual, passou a ser entendido sob a ótica substantiva, permitindo

que o Judiciário pudesse efetuar o controle de constitucionalidade dos atos legislativos, ou seja, o próprio controle do mérito dos atos discricionários do legislador, encontrando o Judiciário fundamento na averiguação da compatibilidade em relação ao meio escolhido pelo legislador e os fins almejados, assim como na verificação da legitimidade dos fins, tendo afirmado Barroso, que “por intermédio da cláusula do devido processo legal passou-se a proceder ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das leis e dos atos normativos em geral do direito norte-americano”⁽²⁴⁾.

Barroso e Bonavides concordam que ambos os princípios, que, no fim guardam simetria, são mais fáceis de serem entendidos do que conceituados⁽²⁵⁾, mas aquele se arrisca, afirmando que a razoabilidade consiste em “mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa”. Trata-se, portanto, “de um parâmetro de avaliação dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”⁽²⁶⁾.

Já para Ávila, que trata razoabilidade e proporcionalidade como postulados, esta “pressupõe a relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). Adotando-se o meio, promove-se o fim: o meio leva ao fim”. Já em relação àquele, na “utilização da razoabilidade como exigência de congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada há uma relação entre uma qualidade e uma

(23) Muito embora Sarmiento aponte, de forma mais preciosa, que o princípio do devido processo legal nos Estados Unidos, passou por três fases. Na primeira, “que se estendeu até o final do século XIX, atribuía-se à cláusula um significado puramente procedimental (*procedural due process of Law*). [...] O princípio se restringia a uma dimensão puramente adjetiva, pois visava tutelar apenas os direitos das partes envolvidas nos processos: direito ao contraditório, à ampla defesa, à produção de provas, à assistência por advogado etc. [...] Essa concepção só foi alterada no final do século XIX, quando a Suprema Corte norte-americana, a partir de uma visão sacralizadora dos princípios do liberalismo econômico, passou a invalidar normas editadas e pelo Legislador que interferiam na liberdade de contratação e no direito de propriedade. [...] O prestígio desta teoria perdurou até a década de 30, quando ela se chocou frontalmente com a política intervencionista promovida, nos moldes keynesianos. [...] A partir a década de 30, o eixo do devido processo legal substantivo se transferiu das liberdades econômicas para os direitos fundamentais” (SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 83-87).

(24) BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 278.

(25) Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 281; e BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 392.

(26) BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 281.

medida adotada: uma qualidade não leva à medida, mas é critério intrínseco a ela”⁽²⁷⁾.

Sarmento doutrina que, embora os princípios da proporcionalidade e razoabilidade possuam “matrizes históricas diferentes, na prática são fungíveis, pois almejam o mesmo resultado: coibir o arbítrio do Poder Público, invalidando leis e atos administrativos caprichosos, contrários à pauta de valores abrigada pela Constituição”⁽²⁸⁾.

2.5. O princípio da proporcionalidade como proibição da insuficiência

Classicamente concebido como vedação ao excesso, modernamente, o princípio da proporcionalidade é também enxergado sob nova ótica, assim entendida como a proibição da insuficiência, ou da proteção insuficiente, tese segundo a qual, na medida em que cabe ao Estado fomentar os Direitos Fundamentais, executando políticas públicas, ou, simplesmente, legislando sobre determinadas matérias, sem interferir excessivamente nos ditos Direitos, em um contexto de vedação ao excesso, também lhe cabe a necessária legislação protetiva, de forma ampla, para abarcar o máximo espectro fundamental protetivo, sob pena de ignorar a proporcionalidade pela insuficiência, ou seja, se o Estado não pode ser excessivo, também não lhe cabe ser omissivo ou insuficiente, deixando o cidadão à mercê da intervenção de terceiros em sua esfera privada, sem que haja medida impeditiva ou punitiva própria. No dizer de Canotilho, existe um “defeito de proteção quando as entidades sobre quem recai um *dever de proteção* (*Schutzpflicht*) adotam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais”⁽²⁹⁾.

(27) ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 172.

(28) SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 87.

(29) *Op. cit.*, p. 273.

Nesse momento, é válido retomar a divisão dos Direitos Fundamentais, a prestação nos sentidos material ou fático e jurídico, interessando tão somente este último para a análise do alcance do princípio da proporcionalidade como proibição da insuficiência, para posterior digressão acerca da omissão prestacional legislativa em relação ao direito à participação nos lucros e resultados e como deve se comportar o Estado-Juiz diante de tal realidade.

A contemporânea teoria dos Direitos Fundamentais defende que ao Estado cabe o dever de não violar tais direitos, assim como também a obrigação de proteger os titulares de tais em face dos danos e ameaças advindas de outros particulares, em um contexto de dimensão axiológica interpretativa da Constituição enquanto ordem de valores.

Dito dever de proteção se irradia para todas as esferas estatais e ganha principal relevo nas atividades legislativa, administrativa e judicial, que devem guardar o dever de promover todos os Direitos Fundamentais.

Encontra-se na doutrina de Alexy os direitos à proteção como legítimos direitos subjetivos do cidadão, assim entendidos como “direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros”, ou “direitos constitucionais a que o Estado configure e aplique a ordem jurídica de uma determinada maneira no que diz respeito à relação dos sujeitos de direito de mesma hierarquia entre si”⁽³⁰⁾.

O primeiro e notório caso julgado pelo Tribunal Constitucional Federal acerca do alcance do dever de proteção ocorreu em 1974, quando foi publicada lei estadual descriminalizando o aborto. Na oportunidade, já em 1975, a Corte, mediante controle concentrado de constitucionalidade, decretou a invalidade da lei, dando ênfase ao direito à vida, consagrado na Lei Fundamental de Bonn, que tem início — segundo o julgado referido — já com o

(30) *Op. cit.*, p. 450-451.

feto, a partir do 14º dia seguinte à concepção. Também entendeu o Tribunal como relevante o direito à privacidade da mulher grávida, mas este, por não ser absoluto, entraria em colisão com o direito à vida do feto. Utilizou-se, portanto, do critério de ponderação e, tendo-se afirmado que o legislador tinha a obrigação constitucional de proteger a vida do feto, declarou-se a inconstitucionalidade da lei que descriminalizava o aborto, estabelecendo-se, no entanto, algumas exceções, a saber, quando houver risco à vida ou saúde da mãe, ou aborto eugênico. Com isso, firmou a Corte o entendimento segundo o qual “ao descriminalizar o aborto, o legislador teria violado o dever de proteção ao bem jurídico vida, ao qual estava adstrito”⁽³¹⁾.

Na referida decisão (BVerfGE 39,1 — *Schwangerschaftsabbruch I*), o Tribunal Constitucional Federal concluiu que:

O dever de proteção do Estado é abrangente. Ele não só proíbe — evidentemente — intervenções diretas do Estado na vida em desenvolvimento, como também ordena ao Estado posicionar-se de maneira protetora e incentivadora diante dessa vida, isto é, antes de tudo, protegê-la de intervenções ilícitas provenientes de terceiros (particulares). Cada ramo do ordenamento jurídico deve orientar-se por esse mandamento, conforme sua respectiva definição de tarefas. O cumprimento do dever de proteção do Estado deve ser tão mais consequentemente perseguido quanto mais elevado for o grau hierárquico do bem jurídico em questão dentro da ordem axiológica da *Grundgesetz*. Dispensando maiores fundamentações, a vida humana representa um valor supremo dentro da ordem da *Grundgesetz*; é a base vital da dignidade da pessoa humana e o pressuposto de todos os demais direitos fundamentais.⁽³²⁾

(31) SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 131.

(32) Em SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 267.

Em 1993, o referido Tribunal voltou a afirmar que o Estado tem o dever de proteção legislativa à vida, no segundo caso sobre o aborto (BVerfGE 88, 203 — *Schwangerschaftsabbruch II*) e na referida decisão restou firmado que:

O Estado deve adotar medidas normativas e de ordem fática suficientes para o cumprimento do seu dever de proteção, que conduzam a uma proteção adequada e efetiva (proibição de insuficiência), com a consideração dos bens jurídicos em colisão. Para isso é necessário um conceito de proteção que combine medidas preventivas e repressivas.

Invocando o mesmo argumento da insuficiência da proteção por parte do Estado, o Tribunal Constitucional Federal em outras oportunidades reafirmou essa nova perspectiva do princípio da proporcionalidade, como na área da defesa contra o terrorismo (BVerfGE 46, 160, 163), em 1978, bem como no caso da proteção ambiental referente a ruídos provocados por aeronaves e centrais nucleares, apontando sempre a necessidade de o Estado emitir normas protetivas aos respectivos bens jurídicos.

Todavia, em 1993 (BVerfGE 203), o Tribunal Constitucional alemão voltou a tratar o tema aborto, apontando nova diretriz para a vedação à insuficiência de intervenção estatal na esfera privada, constituída em torno da desnecessidade de criminalização da interrupção da gravidez até a décima segunda semana de gestação. Também se colhe o referido julgado que: “a proibição da insuficiência não permite a livre desistência da utilização, também, do direito penal e do efeito de proteção da vida humana dele decorrente.”⁽³³⁾

Após asseverar que a literatura especializada aponta como três as funções pertencentes à dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais — caráter de normas de competência negativa, necessário ao controle abstrato das normas;

(33) Em SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 276.

efeitos horizontal e de irradiação dos direitos fundamentais; dever estatal de tutela — afirma Schwabe que este último dever se refere ao “dever do Estado de proteger ativamente o direito fundamental, ou seja, de proteger o seu exercício contra ameaças de violação provenientes de particulares”. Também enfatiza o referido publicista que “a proteção se refere à ação a ser impetrada pelo Estado para a proteção ativa dos direitos fundamentais, em face das possíveis inobservâncias por particulares”. Finaliza, porém, pontuando que “o Estado é obrigado, pelo dever de tutela, derivado dos direitos fundamentais, a forçar a observância, a omissão de ação ameaçadora aos respectivos direitos fundamentais, provenientes de particulares”⁽³⁴⁾.

Ao revés da maior parte da doutrina⁽³⁵⁾, que põe o dever de tutela legislativa como direito prestacional vinculado à eficácia objetiva dos direitos fundamentais, defende o referido autor que do aludido dever estatal, “se baseia numa situação de ameaça de alguns direitos, perpetrada por particulares, [nascendo para estes] uma posição jurídico-subjetiva que provoca o mesmo efeito próprio da função clássica dos direitos fundamentais de oferecer resistência contra intervenção lesiva de outrem”. E arremata dizendo: “trata-se da função de resistência ampliada àqueles casos nos quais os particulares passaram a ameaçar a liberdade tutelada. Esta função exige do Estado⁽³⁶⁾, em suma, que ele aja contra as situações de ameaça de um direito fundamental.”⁽³⁷⁾

(34) SCHWABE. Jügen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 84.

(35) Sobre esse específico ponto, atente-se para o capítulo que trata da eficácia dos Direitos Fundamentais na relação de emprego, onde há uma forte revisão bibliográfica nesse sentido.

(36) É interessante perceber, inclusive, que o citado autor possui avançada tese a respeito da responsabilidade do Estado quando este não protege o indivíduo como deveria, descumprindo o pacto social, a ser detalhada infra.

(37) *Op. cit.*, p. 86.

Ou seja, o dever de tutela legislativa, além de ser um direito de defesa, igualmente conduz a um direito subjetivo a que o indivíduo seja protegido contra atos provenientes de terceiros, ou a uma ação positiva por parte do Estado.

Percebe-se, dessa forma, que não há um abismo tão grande entre direitos de defesa e direitos a prestações, sendo ambos capazes de gerar direito subjetivo, importando muito mais o nível de densidade normativa que cada um dos Direitos Fundamentais possui segundo a sua respectiva previsão constitucional.

Alexy, analisando ambos os direitos, pontua que a estrutura do direito à prestação é igual à do direito de defesa, no tocante à possibilidade de escolha (discricionariedade) do Legislador⁽³⁸⁾ e se utiliza de exemplo claro, afirmando que o “direito de proteção exige a utilização de ao menos um meio de proteção, (e) o direito de defesa exclui a utilização de todo e qualquer meio de utilização ou afetação negativa”⁽³⁹⁾, isto é, em se tratando de direito de defesa, este somente será satisfeito e plenamente alcançado quando todos os meios de intervenção ao Direito Fundamental forem afastados; já para a satisfação do dever de proteção, é suficiente a realização de uma única ação adequada de proteção ou fomento; “se mais de uma ação de proteção ou de fomento é adequada, nenhuma delas é, em si mesma, necessária para a satisfação do dever de proteção ou de fomento; necessário é somente que alguma delas seja adotada”⁽⁴⁰⁾.

Mais adiante o publicista informa que a distinção é acolhida pelo Tribunal Constitucional Federal, quando entende que é dever do Estado proteger, mas a decisão de como proteger, compete ao legislador e não ao Poder Judiciário⁽⁴¹⁾. Este, quando da análise do

(38) *Op. cit.*, p. 463.

(39) *Op. cit.*, p. 462.

(40) *Op. cit.*, p. 462.

(41) Isso também é relatado por Daniel Sarmento (Direitos fundamentais nas relações privadas, *op. cit.*, p. 133).

controle de constitucionalidade, deve verificar primeiramente se o Estado adotou ao menos uma das medidas viáveis à proteção do Direito Fundamental, para posteriormente verificar se a medida adotada e escolhida pelo legislador atende ao fim perseguido e previsto na Constituição. Caso haja somente uma medida efetiva, o Estado deve adotá-la e, caso não o faça, terá falhado por omissão e ignorado o dever de proteção.

Nesse mesmo sentido, dispõe Sarmento, quando discorre acerca da novidade da jurisprudência alemã, que vem adotando “o conceito da proibição da insuficiência (*untermassverbot*)”, afirmando que esta é violada quando “a ação protetiva dos poderes públicos fica aquém do patamar mínimo necessário à tutela dos direitos fundamentais”. Entretanto, chama atenção o autor referido, para o controle efetuado pelo Poder Judiciário, que “deve ser mais comedido do que o empregado na fiscalização da proibição do excesso, exatamente em razão do maior grau de discricionariedade de que, em regra, dispõe o Estado no desempenho de tarefas comissivas relacionadas à garantia dos direitos fundamentais”⁽⁴²⁾.

Sem descurar desse mesmo raciocínio, Baltazar Júnior vem afirmar que:

Na atual dogmática constitucional, os direitos fundamentais, ao lado da sua clássica função *negativa* de limitar o arbítrio das intervenções estatais na liberdade, ou seja, da proibição do excesso (*übermassverbot*), passaram a desempenhar também o papel de mandamentos de proteção ao legislador, na chamada proibição de insuficiência (*untermassverbot*), que determina a existência de deveres de proteção jurídico-fundamentais, na terminologia mais aceita, que enfatiza o aspecto da obrigação estatal, ou direitos de proteção jurídico-fundamentais, expressão

(42) SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 133-134.

que dá ênfase ao direito do cidadão, e não ao dever do Estado.⁽⁴³⁾

É de perceber, nesse trilhar, que o Estado, ao mesmo tempo em que possui dever de abstenção e de não intervenção, impedindo desarrazoadamente os Direitos Fundamentais, igualmente possui dever de promovê-los por meio de políticas públicas voltadas à efetivação material dos aludidos direitos, bem como mediante confecção de normas jurídicas protéticas ao cidadão, sobretudo quando terceiros também são detentores de parcela de poder, como sói ocorrer nas relações laborais.

Essa forma de enxergar o dever estatal de tutela guarda intimidade com a clássica noção de existência do Estado⁽⁴⁴⁾, cabendo a este a proteção do povo territorialmente em si localizado, que, em tese, abdica de parcela de liberdade e privacidade em prol da salvaguarda estatal. E, quando no passado o Estado proibiu a autotutela, chamou para si a obrigação de proteger o cidadão em face de atos de terceiros, nascendo nesse momento já o próprio direito à prestação estatal, procedimento e organização.

Vale dizer, se os Direitos Fundamentais são tidos como “determinações de objetivos estatais”⁽⁴⁵⁾, também são compreendidos como direitos subjetivos à defesa contra atos de terceiros, atividade que deve ser promovida pelo Estado, por meio, sobretudo, da via legislativa.

Em outras palavras, a lição de Sarlet:

Partindo-se de possível e prestigiada (embora não incontroversa) distinção entre uma dimensão negativa e positiva dos direitos

(43) BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 52.

(44) À mesma conclusão igualmente chegou Luciano Martinez (*op. cit.*, p. 113): “o dever geral de efetivação está associado ao monopólio estatal do exercício da força. Com isso, deseja-se dizer que, diante da vedação à autotutela, não se pode esperar a concretização compulsória de qualquer outro sujeito que não seja o próprio Estado. Ele — em qualquer um dos seus poderes — está juridicamente vinculado à materialização das providências ou deveres de proteção”.

(45) BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo, *op. cit.*, p. 53.

fundamentais, convém lembrar que, na sua função como direitos de defesa os direitos fundamentais constituem limites (negativos) à atuação do Poder Público, impedindo ingerências indevidas na esfera dos bens jurídicos fundamentais, ao passo que, atuando na sua função de deveres de proteção (imperativos de tutela), as normas de direitos fundamentais implicam uma atuação positiva do Estado, notadamente, obrigando-o a intervir (preventiva ou repressivamente) inclusive quando se tratar de agressão oriunda de outros particulares, dever este que — para além de expressamente previsto em alguns preceitos constitucionais contendo normas jusfundamentais, pode ser reconduzido ao princípio do Estado de Direito, na medida em que o Estado é o detentor do monopólio, tanto da aplicação da força, quanto no âmbito da solução dos litígios entre os particulares, que (salvo em hipóteses excepcionais, como o da legítima defesa), não podem valer-se da força para impedir e, especialmente, corrigir agressões oriundas de outros particulares.⁽⁴⁶⁾

Aparentemente, a proibição da insuficiência é contrária à proibição de excesso, mas essa é uma impressão apenas primária, pois, se se firmar a lente por onde ambas são observadas, fácil será perceber que as duas são faces da mesma moeda.

Se há proibição de excesso, significa dizer que há dever de tutela, pois, se assim não fosse, seria impossível haver excesso, o que demonstra que ambos os conceitos estão mesmo inseridos no princípio da proporcionalidade, que, em linhas gerais, funciona como remédio, deve ser ministrado na exata dose, nem mais, nem menos. E essa dosagem é feita, em um primeiro momento, pelo Estado-Legislador

(46) SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 27 jan. 2013.

ou Estado-Administração, mas, quando estes falham, em excesso ou em falta de seu dever, cabe ao Estado-Juiz administrar a dose exata de tal “remédio”, valendo afirmar mais uma vez que o Judiciário também é atrelado objetivamente aos Direitos Fundamentais. A simples interpretação que esvazia o conteúdo jurídico-fundamental, por si só, atenta contra os valores constitucionalmente estabelecidos.

Baltazar Júnior, após chegar à mesma conclusão, reafirmou o direito subjetivo à proteção, pontificando que “os direitos de defesa são, então, protegidos por meio dos deveres de proteção, que servem para uma intensificação de sua força de validade”, ou seja, direitos de defesa e à prestação “funcionam como garantias estatais da liberdade em dois diferentes níveis ou momentos diversos, mas, de certa forma, complementares”⁽⁴⁷⁾.

3. A participação nos lucros, resultados e o estado ineficiente

Não se poderia falar sobre a ineficiência estatal antes de analisar, ainda que rapidamente, a eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais, pois isso é falar sobre a própria evolução da ideologia constitucional social.

Sabe-se que os primeiros Direitos Fundamentais Sociais surgiram formalmente nas constituições mexicana, de 1917 e de Weimar, de 1919, respectivamente, mas tais direitos trouxeram consigo um ranço em relação à eficácia, porquanto, à época, vigorava a interpretação segundo a qual os Direitos Sociais possuíam apenas eficácia programática, servindo, apenas, como norte para o legislador, informando a elaboração de normas infraconstitucionais.

Como se viu alhures, o Estado Social modificou o paradigma ideológico, transmutando também a interpretação acerca da eficácia dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais; pois, se antes estes eram tidos como normas de eficácia programática, a partir de então,

(47) *Op. cit.*, p. 60-61.

passaram a ser interpretados à luz da sua máxima eficácia, possuindo autoaplicabilidade.

Vale transcrever a lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

Enquanto a concepção clássica partia da premissa de que a maior parte das disposições constitucionais não era diretamente aplicável sem a intervenção do legislador infraconstitucional, a doutrina atual parte da constatação de que a maioria das normas constitucionais constitui direito plena e diretamente aplicável.⁽⁴⁸⁾

Mesmo acreditando que todas as normas constitucionais são guiadas pelo princípio da máxima eficácia⁽⁴⁹⁾, não se pode ignorar que algumas normas possuem baixa densidade normativa, como a norma presente no art. 7º, XI da CRFB/88, requerendo regulamentação infraconstitucional, já estabelecida pela Lei n. 10.101/2000, que remete a participação nos lucros e resultados ao pleno e livre exercício da autonomia, individual ou coletiva das partes.

O problema surge quando as partes se esquivam, no panorama individual ou coletivo, de firmar livremente o modo da participação nos lucros e resultados, permanecendo o trabalhador sem base para o usufruto do Direito Fundamental Social.

Essa confortável omissão é permitida pela legislação regulamentadora, tendo-se que a Lei n. 10.101/2000, a fim de tratar sobre o modo de exercício do Direito Fundamental, apenas remeteu à autonomia privada a possibilidade de tratamento do aludido Direito. Nesse trilhar, percebe-se claramente que o Estado-Legislador, tendo agido dessa forma, restou ineficiente, ignorando o seu dever de proteção ao cidadão trabalhador, pois a Carta Política possui ordem específica, determinado que o

(48) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 244.

(49) BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, *passim*.

legislador ordinário disponha sobre o modo de participação nos lucros e resultados, mas a aludida Lei não foi capaz de tanto. Ao revés, além de não ter dito como se dará a participação nos lucros, ofendendo o regramento constitucional, a legislação ordinária ainda remeteu tal possibilidade à autonomia privada, individual ou coletiva, que, inerte, fecha o ciclo da ofensa ao dever prestacional, retratando que o Estado-Legislador ignorou completamente o princípio da proibição à insuficiência.

Tendo havido omissão do legislador e das partes, deve o juiz intervir, resolvendo a lide que lhe foi submetida, ofertando o Direito Fundamental à parte que o solicita ao Estado, utilizando-se, para tanto, do princípio da proporcionalidade⁽⁵⁰⁾ e da analogia com outras fontes do Direito do Trabalho.

Passados vinte e cinco anos da promulgação da Carta Política de 1988, não é crível que um Direito Fundamental Social permaneça dependente de uma legislação infraconstitucional e, o que é pior, ao livre talante da autonomia privada (relembre-se que esse não foi o desiderato da Carta Política); pois, pensar assim é ignorar por completo o princípio da máxima eficácia das normas constitucionais e da própria supremacia da Constituição.

Decidir o caso concreto, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, estabelecendo como se dará a participação nos lucros e resultados não é invadir a esfera do Poder Legislativo, mas sim não perder de vista que quando a Constituição estabelece a divisão dos poderes, o faz pensando em um Estado como um todo, apenas dividido em funções, que são preponderantemente observadas em relação a cada Poder.

A intervenção do Poder Judiciário é necessária e requer coragem para ir de encontro, ao que parece, a um entendimento conformista, buscando-se efetivar Direito Fundamental constitucionalmente assegurado, como leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

(50) BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 12.

Os direitos sociais (mesmo os de cunho prestacional), por força do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, possuem o caráter de autênticos direitos subjetivos, já que o citado preceito, combinado com o art. 5º, inc. XXXV, de nossa Carta, autoriza os tribunais a assegurar, no caso concreto, a efetiva fruição do objeto da prestação. Para os que propugnam este ponto de vista, a lacuna gerada pela ausência de uma atuação do legislador pode ser suprida, no caso concreto, pelo Judiciário, à luz da analogia, do costume ou dos princípios gerais de direito, sem que com isto se esteja transpondo a fronteira entre a atividade judiciária e a legislativa.⁽⁵¹⁾

À falta de norma própria e apta a servir de base para a resolução do caso concreto, necessária se faz a utilização da analogia com outras normas coletivas semelhantes, a exemplo das convenções coletivas dos bancários e petroleiros, que tão bem fixam o que vem a ser lucro ou resultado, indicando como será efetuada a participação dos trabalhadores. É necessário, para tanto, que o Magistrado fixe prazo para que a empresa junte os documentos necessários à análise dos lucros e resultados, pois assim agindo não perderá de vista o princípio do devido processo legal; tudo muito bem fundamentado, pois a fundamentação das decisões judiciais é uma característica do princípio democrático, tendo-se que tal exigência se mostra “muito mais necessária e mito mais complexa nos casos em que estão em jogo conceitos indeterminados ou quando o caso envolve as chamadas lacunas da lei, ou, ainda, quando se decide com fundamentos em outros precedentes”⁽⁵²⁾.

Dessa forma, igualmente será observado não só o princípio da máxima eficácia dos Direitos Fundamentais e da supremacia da Constituição, mas também se interpretará a

Constituição como ela deve ser interpretada, conforme os seus próprios valores e, sobretudo, à luz do valor social do trabalho⁽⁵³⁾, que alimenta e informa todas as normas constitucionais e infraconstitucionais.

Não se pode olvidar, também, que o Poder Judiciário, assim como todos os outros poderes constituídos, em um contexto de eficácia objetiva, é diretamente vinculado aos Direitos Fundamentais, que servem como verdadeiros valores, atuando como norte para interpretação do próprio Texto Constitucional⁽⁵⁴⁾.

O legislador infraconstitucional, ao tentar regulamentar o art. 7º, inciso XI, da CRFB/88 deixou de cumprir a própria diretriz constitucional, porquanto a norma ordena que o direito à participação nos lucros e resultados seja regulamentado por lei e esta apenas remeteu o direito social ao livre exercício da autonomia privada ou coletiva, e quando esta não é plenamente exercida, há um verdadeiro esvaziamento do próprio Direito Fundamental, em contraposição à diretriz traçada no § 1º do art. 5º do Texto Constitucional.

Diante da inércia do Legislador, que atuou com incompletude normativa, ignorando o seu dever de proteção, não há outra solução senão a resolução do conflito pelo Poder Judiciário, quando as partes também restam inertes, afastando-se do exercício da autonomia privada individual ou coletiva necessária, nesse caso.

Para a resolução de tal conflito, no caso concreto, além da via da analogia da qual já se falou ao norte, poderá também se valer o Magistrado do critério da ponderação de bens constitucionalmente assegurados, pois há evidente conflito entre o princípio da propriedade, ou autonomia privada e o princípio da função

(51) *Op. cit.*, p. 306.

(52) SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença Civil Imotivada*. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 121.

(53) MEIRELES, Edilton. *A Constituição do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, *passim*.

(54) STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 105.

social da propriedade, este robustecido pelo valor social do trabalho, que prevalece, pois a “Constituição laboral é um acordo entre as partes constituintes no sentido de privilegiar, valorizar o trabalho, enquanto elemento essencial à realização da dignidade humana”⁽⁵⁵⁾.

Alexy, falando sobre as restrições aos Direitos Fundamentais, nos explica que: “uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão.”⁽⁵⁶⁾ Nesse trilhar, diante da colisão já aludida, mesmo tendo-se que ambos os princípios, em tese, possuem o mesmo peso, no caso concreto, deverá prevalecer a função social da propriedade, guiada pelo valor social do trabalho que é conteúdo axiológico informador de todas as normas constitucionais sociais.

4. Conclusão

Como arremate, nunca é demais lembrar que aquele Poder Judiciário que se ativava como “a boca que pronuncia as palavras da lei”⁽⁵⁷⁾ ficou para trás. Quando o Poder Legislativo resta inerte, ou desenvolve sua função com incompletude, menosprezando o seu dever de proteção, abre-se espaço para novas interpretações e aplicações normativas, a fim de se garantir a máxima eficácia da Constituição, assegurando a sua força normativa e o princípio da proibição da insuficiência.

O Direito Fundamental Social à participação nos lucros e resultados não pode mais permanecer ao livre talante da vontade de uma das partes (empregador), merecendo tratamento condizente à sua condição, para que o intérprete não perca de vista o próprio valor social do trabalho.

(55) *Op. cit.*, p. 136.

(56) *Op. cit.*, p. 296.

(57) MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 55.

4. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

GOMES, Fábio Rodrigues. *Direito Fundamental ao Trabalho: Perspectivas Histórica, Filosófica e Dogmático-analítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 101, 2003.

MEIRELES, Edilton. *A Constituição do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 27 jan. 2013.

_____. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença Civil Imotivada*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

Processo judicial eletrônico: agentes automatizados e seus atos. Norma tecnológica e ato tecnológico (eNorma e eAto)

S. Tavares Pereira^(*) e Alexandre Golin Krammes^(**)

Resumo:

- ▶ Em tese levada ao 53º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, o juiz Luiz Carlos Roveda chama a atenção para a necessidade de uma revisão da teoria dos atos processuais para o cenário do processo eletrônico. A teia teórica do processo, de fato, está necessitando de muitos retoques. O fenômeno da *softwarização* do processo mexe profundamente com a questão dos sujeitos processuais e seus atos. Aproveita-se o impulso teórico de Roveda para tentar um aprofundamento e uma sistematização do assunto, esboçando, sob luzes sistêmicas, tecnológicas e jurídicas — multidisciplinarmente, portanto — um conjunto de esclarecimentos básicos, teórico-conceituais, que incitem e ajudem o cientista do Direito no Trabalho de desconstrução e reconstrução das visões descritivo-explicativas do novo processo. A abordagem multidisciplinar caracteriza, desde a base, este artigo, porque as novas tecnologias quebraram as pernas da vetusta, consagrada e pura (só jurídica) teoria geral do processo. Os juristas teóricos precisam pensar nos agentes automatizados e seus atos.

Palavras-chave:

- ▶ Processo eletrônico — Ato processual eletrônico — Agente automatizado — Norma tecnológica — Ato tecnológico.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Teoria

(*) Mestre em Ciência Jurídica (Univali/SC). Doutorando em Direito do Trabalho pela UBA. Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo pela PUC/RS. Analista de sistemas e Juiz do Trabalho aposentado do TRT12. Foi professor de lógica de programação, linguagem de programação, banco de dados, direito constitucional, do trabalho e processual do trabalho, em nível de graduação e pós-graduação.

(**) Mestre em Gestão do Conhecimento pela UFSC. Bacharel em Direito. Advogado licenciado. Analista de negócio do Sistema de Automação da Justiça (SAJ). Possui mais de 10 anos de experiência na concepção, implantação e suporte de sistemas em tribunais de justiça. É autor do livro *Workflow em Processos Judiciais Eletrônicos* (LTr, 2010). Participou ativamente das discussões das ideias do artigo e incumbiu-se, especialmente, do item 6, que aborda a questão dos fluxos processuais.

- ▶ 3. Síntese da tese *Primeiras Linhas de Teoria Geral do Processo Judicial Eletrônico (PJe)*
- ▶ 4. Méritos da tese *Primeiras Linhas*
 - ▶ 4.1. O alerta
 - ▶ 4.2. Começar pelo começo
 - ▶ 4.3. Da prática para a teoria
 - ▶ 4.4. A aceitação da tecnologia e de seu impacto
- ▶ 5. Possíveis fragilidades de *Primeiras Linhas*
 - ▶ 5.1. Processual e extraprocessual
 - ▶ 5.2. Regra da convalidação
 - ▶ 5.3. Resistência à tecnologia: opção pela teoria assentada
 - ▶ 5.4. A tabela e seus exemplos
- ▶ 6. A *softwarização* e seu impacto no processo: o *software* como novo personagem do processo
 - ▶ 6.1. O *software*
 - ▶ 6.2. Mecânico e automático
- ▶ 7. Fluxo processual num processo tradicional e no processo eletrônico: o processo sob olhar científico diferente, da engenharia do conhecimento
- ▶ 8. Agente automatizado
 - ▶ 8.1. Como nasce um agente automatizado?
 - ▶ 8.2. Agente automatizado também precisa de manutenção
 - ▶ 8.3. Regras de negócio
- ▶ 9. A norma tecnológica (eNorma): o jurídico incorporando o tecnológico
 - ▶ 9.1. Agentes e atos. Sujeito automatizado e ato de *software*. Norma tecnológica — eNorma. Ato de *software* ou ato tecnológico — eAto
 - ▶ 9.2. Reflexões jurídicas sobre o agente automatizado (norma tecnológica ou eNorma)
- ▶ 10. A postura teórica de Didier (citado por Roveda) e os agentes automatizados: desatualização da teoria
- ▶ 11. Considerações finais
- ▶ 12. Referências bibliográficas

1. Introdução

Neste artigo, claramente multidisciplinar como requerem os novos tempos do processo eletrônico, os autores põem-se, de um lado, diante da disciplina teórica tradicional atinente aos atos processuais e, de outro lado, diante da realidade processual-eletrônica, tentando apontar possíveis dessintonias que demandem atualizações da primeira — a teoria dos atos

processuais — para refletir explicativamente, de forma adequada, a segunda — a nova realidade processual.

Após determinar o espaço a que se destinam as lucubrações expostas no artigo — a teoria do processo — o artigo faz uma síntese da tese *Primeiras Linhas de Teoria Geral do Processo Eletrônico* — doravante mencionada apenas como *Primeiras Linhas* — que Luiz Carlos

Roveda⁽¹⁾ apresentou no 53º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho. As ideias expostas em *Primeiras Linhas* são tomadas como linha condutora-metódica da análise comparativa procedida.

Exposta a síntese de *Primeiras Linhas*, seguem-se considerações dos autores a respeito do que reputam *méritos e fragilidades* daquele trabalho.

Como o esforço teórico está direcionado à questão dos atos processuais, na sequência se analisa o fenômeno da *softwarização* do processo, tentando alertar o leitor para o fato de que o *software* é o principal agente indutor de necessárias revisões na disciplina teórica dos atos processuais.

Três desafios processuais, ligados à contagem de prazo, contagem de penas e à distribuição, são comparados no processo em papel e no eletrônico, sob luzes da Engenharia do Conhecimento, para demonstrar as possibilidades de o *software* substituir o homem como sujeito processual.

Está posta, então, a base para analisar, tecnologicamente, o conceito de “agente automatizado”, uma noção já assentada na Engenharia do conhecimento e que será necessária, doravante, para uma adequada teorização dos atos processuais.

A norma tecnológica (eNorma), um tipo novo, jurídico-normativo, permite incorporar, na teoria jurídica em geral, e processual, em particular, o conceito tecnológico-sistêmico de agente automatizado.

Expõem-se, finalmente, em rápida síntese, os traços da teoria geral do processo atinentes à classificação dos atos processuais para, depois, fazendo contraste com o pano de fundo desenhado ao longo do artigo, apontar-se o déficit teórico existente na Teoria Geral do Processo

(TGP) para explicar/descrever os atos num cenário de processo eletrônico.

2. Teoria

A descoberta começa com a consciência da anomalia, isto é, com o reconhecimento de que, de alguma maneira, a natureza violou as expectativas paradigmáticas [...]. Segue-se então uma exploração mais ou menos ampla da área onde ocorreu a anomalia. Esse trabalho somente se encerra quando a teoria do paradigma for ajustada, de tal forma que o anômalo se tenha convertido no esperado⁽²⁾.

Este trabalho visa contribuir para a evolução da teoria geral do processo eletrônico. Nele, parte-se do pressuposto de que a ferramenta chamada *Sistema Eletrônico de Processamento de Ações Judiciais* — SEPAJ — impactou profundamente o processo a ponto de desatualizar, cá e lá, a teoria já assentada sobre essa entidade do Direito. No linguajar kuhniano, o paradigma vigente, até agora, está exigindo ajuste de sua base teórica.

Na epígrafe deste tópico, Kuhn chama de anomalia a esse desajuste entre o previsto no paradigma e os contornos novos que a realidade ostenta. Para o âmbito de suas considerações, ele atribui à natureza a violação de que fala no texto. No caso do processo, a violação é provocada pelo instrumento novo e revolucionário com o qual se passou a fazê-lo, como se tentará demonstrar. Portanto, debruçar-se sobre a realidade da área em que ocorreu a anomalia, é imperioso. E isso, diz o autor, só deve terminar “quando a teoria do paradigma for ajustada”.

Trabalha-se com um conceito operacional de teoria inspirado em três fontes.

No dicionário básico de filosofia⁽³⁾, colhe-se que, em acepção clássica, da filosofia grega,

(1) ROVEDA, Luiz Carlos. *Primeiras Linhas de Teoria Geral do Processo Eletrônico*. Anais do 53º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2013. Disponível em: <http://www.ltr.com.br/congressos/jornal/direito/jornal_direito.pdf> Acesso em: 24 jan. 2014.

(2) KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997. p. 78.

(3) JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 260.

teoria é o “[...] conhecimento especulativo, abstrato, puro, que se afasta do mundo da experiência concreta, sensível. Saber puro, sem preocupação prática”. Em sentido mais próximo do que se busca para este trabalho, encontra-se, na mesma obra, que teoria é um “modelo explicativo de um fenômeno ou conjunto de fenômenos que pretende estabelecer a verdade sobre esses fenômenos, determinar sua natureza”. O exemplo dado é o da teoria da relatividade de Einstein.

No capítulo primeiro de *O direito da sociedade* (*Das recht der gesellschaft*), Luhmann ocupa-se especialmente do conceito de teoria, como se vê pelo próprio título do capítulo (*Posición de salida respecto de la teoría del Derecho*)⁽⁴⁾.

Desse autor, sempre muito profundo em suas abordagens, colhe-se que o mundo do Direito sempre se ocupou de teorias, do mundo romano ao da *Common Law*. A demanda pela abordagem teórica nasceu da docência ou da prática. E continua dizendo que a teoria jurídica “[...] que se origina en la praxis del derecho no cumple, en el contexto del sistema de la ciencia, con lo que promete el concepto de teoría. La teoría proveniente de la praxis es más bien un subproducto de la necesidad de que se tomen decisiones sólidas”⁽⁵⁾. Este foi, parece, o caminho trilhado por Luiz Carlos Roveda, na tese apresentada no Congresso da LTr, no qual há uma primazia do metodológico sobre o teórico. Mas é importante notar que, independentemente da amplitude ou da abordagem, todos os trabalhos realizados internamente, no sistema jurídico, contribuem para o aperfeiçoamento de uma teoria do Direito de teor estritamente científico:

[...] la teoría del derecho, la dogmática jurídica, los principios y los conceptos del

(4) LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. (Das recht der gesellschaft). Formatação eletrônica. Versão 5.0, de 13.1.2003. Disponível em: <<http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/04/el-derecho-de-la-sociedad-niklas.html>> Acesso em: 10 nov. 2011, p. 3 e ss.

(5) LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 3.

derecho —, no se deben entender como si se trataran de una resistencia profesional a la crítica, de una función defensiva de carácter simbólico y legitimatorio. Se trata, antes bien, de un esfuerzo por alcanzar consistencia conceptual, de llegar a la comprobación de los principios, de los conceptos, de las reglas de decisión; esto es, un esfuerzo de “amplificación” y, más que nada, un afán de corregir las generalizaciones demasiado extensas por medio del esquema regla/excepción⁽⁶⁾. [sem grifos no original]

Sob luzes científicas, qualquer movimentação teórica tem de se esforçar na constituição do objeto. “El esfuerzo científico se debe asegurar, primero, del objeto. Lo debe caracterizar y esto significa: diferenciar”⁽⁷⁾. A Teoria Geral do Processo (TGP) acalenta certezas quanto ao seu objeto: ele é o direito processual jurisdicional — ação, jurisdição, processo — este, o processo, atualmente definido como fenômeno bidimensional: relação processual e procedimento (Dinamarca). Este trabalho quer contribuir para a apreensão correta do fenômeno processual que, na sua dimensão procedimental, sempre foi apresentado como sequência de atos. Se o elemento constitutivo básico do processo, tomado nessa dimensão, é o ato, então, este trabalho está voltado para demonstrar que este elemento básico se transformou com a chegada das novas tecnologias ao processo. Em nome da consistência conceitual, é necessário diferenciar, no universo dos atos, esse “algo emergente”⁽⁸⁾, cujas características

(6) LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 4-5. O próprio Luhmann, mais à frente, na p. 11, informa que “estas apreciaciones no están pensadas como crítica al desarrollo y al nivel de racionalidad de dichas teorías”.

(7) LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 6.

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

têm potencial para impactar a estrutura teórica em vigor.

Um discurso interdisciplinar, ou multidisciplinar, como se verá, levanta questões teóricas não solucionáveis no âmbito da atual teoria do processo, atinentes a normas internas, costumes e exigências de compreensão. Na corrente do procedimento, estabelecida pelo Sistema Eletrônico de Processamento de Ação Judicial — SEPAJ —, surgem, também, questões vinculadas à legitimação, em decorrência das muitas seleções efetuadas na sua elaboração.

Lamy e Rodrigues⁽⁹⁾ apresentam esclarecedora síntese do assunto. Dizem os autores que “a teoria é um conjunto de conceitos coerentemente sistematizados a respeito de uma determinada realidade. [...] a teoria não fornece o conhecimento direto e imediato da realidade; proporciona os instrumentos que possibilitam a sua apreensão”. E acrescentam que “só se tem uma teoria quando um determinado conjunto de conceitos está ordenado, ou seja, arranjado de forma a constituir um todo unitário e coerente. Essa coerência decorre de os conceitos e ideias que compõem o sistema estarem logicamente estruturados a partir de fundamentos comuns”.

O *software* e demais tecnologias da informação e comunicação, se demonstrará, tornaram obsoletos ou desajustaram conceitos fundamentais da trama teórica anterior.

A assimilação de um novo tipo de fato exige mais do que um ajustamento aditivo da teoria. Até que tal ajustamento tenha sido completado — até que o cientista tenha aprendido a ver a natureza [no caso, o processo] de um modo diferente — o novo fato não será considerado completamente científico.

É o caso, claramente, dos atos processuais.

Dizem Lamy e Rodrigues que a teoria destrincha as características principais de um

(9) LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Wanderley Rodrigues. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. v. 2. p. 41 e ss.

objeto, “[...] encontrando e formulando outros conceitos secundários e acessórios, formando-se a teia, a teoria. Uma teoria geral equivale, portanto, a um corpo de conceitos integrados que servem para melhor descrever e compreender determinado objeto de estudo”. Nesse sentido, é tomado o termo teoria.

Pretende-se que os esclarecimentos deste trabalho sejam úteis, sob o ponto de vista do aperfeiçoamento da base conceitual da TGP.

3. Síntese da tese *Primeiras Linhas de Teoria Geral do Processo Judicial Eletrônico (PJe)*

O presente item destina-se à sumarização das ideias que Luiz Carlos Roveda⁽¹⁰⁾ levou ao 53º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, ocorrido em São Paulo/SP, nos dias 24, 25 e 26 de junho de 2013. Publicadas sob a forma de uma “tese”, denominação adotada no âmbito do congresso para tais trabalhos, as ideias foram expostas em um painel e encontram-se publicadas digitalmente nos Anais do Congresso⁽¹¹⁾.

O resumo está feito em consonância com o que os autores puderam apreender da publicação, pois não participaram da apresentação e de debates congressuais a respeito.

Primeiras Linhas ampara-se em Fritjof Capra e realça o avanço da cibernética, nas últimas 6 décadas, em diferentes ramos de atividade. Depois de mencionar as chamadas novas tecnologias da informação e da comunicação (NTICs), afirma que, no processo eletrônico, essas tecnologias inserem-se por “incorporação e corporificação”, fenômenos que envolvem “[...] consideráveis alterações, que passam a exigir de todos os operadores uma mirada diferente sobre dogmas encarnados por séculos na prática, doutrina e jurisprudência”.

(10) Luiz Carlos Roveda é juiz do trabalho titular da Vara do Trabalho de Navegantes/SC, onde foi implantado, pela primeira vez, o SEPAJ, chamado PJe-JT.

(11) ROVEDA, Luiz Carlos. *Primeiras Linhas de Teoria Geral do Processo Eletrônico*. Ver referência completa na nota 3.

Destaca, na sequência, os cuidados que devem cercar essa “incorporação” — princípio da dupla instrumentalidade da tecnologia⁽¹²⁾ — e destaca palavras do Juiz Marcus Aurélio Lopes — “O processo eletrônico implica adaptação das categorias processuais a um novo meio” — pelas quais aquele magistrado sugere “[...] uma separação entre movimento de fluxo processual (sistema) e ato processual, aduzindo que todos os atos praticados dentro do sistema tornar-se-iam processuais somente a partir da convalidação pelo ato processual”. Disso, conclui Roveda que “separar os diversos tipos de atos no PJe e aceitar a existência de uma nova categoria jurídica no ambiente eletrônico é o dilema”.

Lançando, finalmente, o cerne da sugestão teórica, o autor de *Primeiras Linhas* informa:

Enquanto se encontram respostas, surgem novas perguntas. Questionamentos inexistentes no ambiente de processo físico passam a povoar o cotidiano dos operadores do PJe. O protocolo de uma demanda sem conteúdo interrompe a prescrição? Até que ponto é exigível a utilização do editor de texto, para apresentar petições? A petição apresentada em PDF pode gerar revelia? A designação errônea da nomenclatura de um determinado documento implica em seu não conhecimento?

Essas e muitas outras dúvidas podem encontrar solução a partir de uma nova teoria processual a justificar este novo método de fazer o processo por meio do PJe. Passa pelo entendimento de que se realizam atos processuais e atos extraprocessuais (de informática). Isto porque as consequências jurídicas são diferentes e quando houver conflito entre eles é preciso ter uma solução técnica, idêntica e válida para casos semelhantes.

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

Segundo o magistrado trabalhista, num ambiente de processo eletrônico, é preciso distinguir atos **processuais** e **extraprocessuais**. Abeberando-se das teorias dos atos processuais, diz que “[...] ato processual é aquele praticado no âmago do processo e que gera por si só consequências jurídicas [...]”. O ato extraprocessual, ao contrário, é um mero “[...] ato de informática que pode ser definido como a inserção de informações por impulsos binários, que geram dados para o sistema, e não para o processo”.

Logo, é possível e necessário separar, num ambiente de processo eletrônico, os atos que têm natureza processual, conforme definido pelos arts. 154 a 157 c/c art. 244 todos do CPC. Esses são atos processuais porque se encaixam perfeitamente às definições legais, independentemente do meio em que são produzidos.

De outro lado, surgem os atos extraprocessuais — de informática, fluxo, sistêmicos e instrumentalidade contida —, que são exigíveis exclusivamente em um ambiente eletrônico e não fazem parte dos documentos do processo.

Sumarizando, portanto, para o autor de *Primeiras Linhas*, o processo eletrônico deve ser teorizado a partir dessa compreensão de que, além dos atos tipicamente processuais, há atos extraprocessuais, sem aptidão para gerar efeitos imediatos no processo, atos esses “exigíveis exclusivamente em um ambiente eletrônico”.

4. Méritos da tese *Primeiras Linhas*

4.1. O alerta

A tese *Primeiras Linhas de Teoria Geral do Processo Eletrônico (PJe)* tem o indubitado mérito de alertar para a necessidade de evolução da Teoria Geral do Processo (TGP), num cenário de processo eletrônico. Isso parece trivial, mas não é. São muitos os que ainda pensam que o processo, apesar de ser feito com um instrumento sistêmico-tecnológico novo — como é o Sistema Eletrônico de Processamento de Ação Judicial (SEPAJ) — não sofre transformações

que demandem avanços da tradicional abordagem da TGP. Afinal, a TGP está posta há décadas, sem grandes transformações.

É verdade que, de dentro para fora, auto-poieticamente, o direito processual jurisdicional se inovou várias vezes, como ocorreu com o reconhecimento da insuficiência das medidas cautelares e a consequente introdução do instituto da tutela antecipada. Mas esses, dizem tais cientistas renitentes, foram movimentos teórico-instrumentalistas que ganharam corpo na prática jurídico-processual. Quando as características se incorporaram ao sistema jurídico, a teoria estava pronta. Em verdade, a teoria antecipou-se às inovações e as induziu. Os novos traços do processo nasceram para uma teoria preexistente e maturada. O processo ajustou-se à teoria.

Será isso o que está ocorrendo mais uma vez?

Parece que não. Desta vez, os cientistas do processo foram pegos de calças curtas por transformações provocadas de fora para dentro, muitas delas inalcançáveis pelo espectro teórico-cognitivo com o qual estão habituados.

No passado, o processo já experimentou a incorporação de outras tecnologias e, nem por isso, sua teoria precisou inovar-se de forma substancial, dizem os resistentes cientistas. A máquina de escrever é um exemplo sempre lembrado. O fac-símile é outro: mereceu até lei, que chegou atrasada e manteve a necessidade de convalidação pela juntada do original.

Diante desse quadro de resistência, o alerta da tese é paradigmático desde o título. O autor fala em *primeiras linhas*, o que marca bem que há um amplo trabalho a fazer e que se está apenas no começo. Afeito ao jurídico, mas tendo enfrentado pioneiramente o processo eletrônico com o PJe, o magistrado sentiu o imenso vazio teórico que cerca a nova realidade processual. Tateando, tem enfrentado as perplexidades de um processo absolutamente novo e enigmático, quando posto sob as luzes do arcabouço teórico tradicional. Preencher lacunas sempre foi um dever dos magistrados,

sabe-se bem. O corolário da completude do Direito sempre exigiu, por instrumentos que vão da analogia à criação de Direito novo, que o magistrado se exercitasse na abordagem do nunca antes tratado. O Direito do Trabalho, particularmente, expandiu-se com inúmeros exemplos dessa natureza⁽¹³⁾.

Roveda, entretanto, percebeu que, no caso, os buracos negros espalharam-se pelo céu teórico de forma inigualável. Numerosos e persistentes, esses vácuos puseram em xeque uma trama estelar que já não orienta os pobres navegadores como fez no passado. É preciso rearranjar o mapa do céu.

4.2. Começar pelo começo

Sob luzes ontológicas, atuais e preponderantes, o processo é uma entidade complexa, “[...] integrada por esses dois elementos associados — *procedimento e relação jurídica processual* [...] o procedimento é o elemento visível do processo. [...] A *relação jurídica processual*, como ente puramente jurídico que é, não tem existência perceptível aos sentidos”⁽¹⁴⁾. Com maestria, Dinamarco demonstra que as situações jurídicas ativas e passivas dos agentes processuais, as quais dão fundamento aos atos da cadeia processual, são abstrações que “[...] constituem a *alma do processo*”. Já o *corpo físico*, afirma ele, é o procedimento. “Os atos interligados, em seu conjunto, são o *procedimento*.”⁽¹⁵⁾

Sem atos, portanto, não existe procedimento e, conseqüentemente, não há processo.

Dessas reflexões, postas ao início do segundo volume das Instituições, Dinamarco extrai

(13) Uma breve análise das súmulas do TST demonstra variados momentos em que a interpretação — que deveria ser a essência da uniformização jurisprudencial — cedeu lugar à pura criação: indenização por eliminação de horas extras, efeitos da gravidez sobre o contrato a prazo certo etc.

(14) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 2. p. 25-27.

(15) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, v. 2, p. 25.

o conteúdo de um volume inteiro e extenso, perpassando aspectos do método de exercício da jurisdição.

Deve-se atribuir a Roveda, portanto, créditos pela percepção de que, no foco conceitual de processo, os atos e sua disciplina estão sendo afetados pela nova forma de fazer o processo. O átomo do procedimento, o ato, sem nenhuma dúvida, ganha características novas.

Muitos estudiosos⁽¹⁶⁾ têm proposto iniciar os esforços teóricos pelos princípios. E não há nada de errado nisso. Inúmeros princípios processuais precisam ser revisitados⁽¹⁷⁾, mesmo porque as novas tecnologias têm o poder de atuar como catalisadores⁽¹⁸⁾ de sua concretização. Já que são comandos de otimização (visão alexyana), concretizá-los, na maior medida possível, afeiçoa-se aos grandes objetivos jurídicos. Em alguns casos, até, as NTICs podem produzir a “exacerbação” do objetivo principiológico, uma concretização em medida exagerada e incompatível com o processo e o Direito. Daí a necessidade de revisita.

Roveda, demonstrando forte sentido prático-instrumental, propõe uma mirada aos

(16) Nós mesmos nos ocupamos, em artigos publicados desde 2008, de princípios. Mas não dos princípios processuais propriamente ditos. Lançou-se a ideia do metaprincípio da dupla instrumentalidade (ou da subinstrumentalidade da tecnologia), voltado a nortear a incorporação da tecnologia pelo Direito. Lançaram-se, também, princípios jurídico-estratégicos para a orientação do desenvolvimento dos Sistemas Eletrônicos de Processamento de Ações Judiciais (SEPAJs).

(17) O princípio da publicidade, por exemplo: não há consenso científico sobre o que do processo é, de fato, público ou não. A lei está desatualizada, dizem alguns. As regulamentações do tema, como a Resolução n. 121 do CNJ, são insuficientes. O princípio da igualdade, como outro exemplo, é dos mais beneficiados pelo tratamento eletrônico das informações processuais. Durante séculos, o tratamento igualitário esteve sujeito aos tropeços e descuidos humanos. O computador corrige muito essa distorção. Diversos outros exemplos poderiam ser citados.

(18) Catalisador está tomado, aqui, no sentido da química, como o agente que acelera sem ser consumido no processo. Um catalisador normalmente aumenta a velocidade de reação porque oferece outro caminho molecular para a reação, outro mecanismo.

atos, para estabelecer condições de enfrentar perplexidades dos operadores do Direito. Não nega a importância de se atentar para os demais elementos do ente processual, mas propõe se inicie o esforço epistemológico pela entidade visível que espelha o procedimento: os atos.

4.3. Da prática para a teoria

Muitos alegam que a mistura de teoria e prática tende a turvar o esforço teórico. Luhmann, como já se destacou, parece compartilhar dessa ideia. Mas reconhece que a demanda pela abordagem teórica, no mundo jurídico, nasceu da docência ou da prática. Esta, a prática, sempre induziu, pela necessidade, desdobramentos teóricos para a tomada de decisões sólidas⁽¹⁹⁾.

No caso específico em exame, considerando-se a multidisciplinaridade necessária para a abordagem do problema, talvez se justifique ainda mais essa teoria puxada pela prática. Os teóricos estão sendo surpreendidos pela realidade. E, para os juristas, pouco afeitos às disciplinas exógenas que chegam ao mundo processual com o processo eletrônico (teoria dos sistemas, cibernética, métodos computacionais, engenharia de *software* e do conhecimento), a chamada para a reflexão com um problema prático a nortear o pensamento pode facilitar, apesar dos riscos inerentes.

Portanto, a tese do magistrado acertadamente chama atenção para a questão dos atos processuais. É na atuação das partes e interessados, do juiz e dos serventuários da justiça que está o objeto mais importante para o tema proposto. E a escolha por uma abordagem metódica calcada na prática parece muito apropriada.

4.4. A aceitação da tecnologia e de seu impacto

A disposição para aceitar a tecnologia e seu impacto no processo é um derradeiro ponto que se considera indispensável mencionar aqui

(19) LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 3.

nos méritos da tese. Diante do imenso quadro de resistência que ainda campeia no país, essa disposição é louvável, embora, como se verá, mais adiante, pareça haver certa incompatibilidade entre essa disposição e o caminho sugerido pela tese para promover a congruência entre teoria e prática (realidade).

5. Possíveis fragilidades de *Primeiras Linhas*

O autor de *Primeiras Linhas* afirma que “[...] é necessário fazer uma separação entre movimento de fluxo processual (sistema) e ato processual” e que “todos os atos praticados dentro do sistema tornar-se-iam processuais somente a partir da convalidação pelo ato processual”. Quer dizer, haveria sempre um ato, reconhecido legal, doutrinária ou jurisprudencialmente como processual, cuja prática teria o condão de dar ao outro (movimento de fluxo processual — sistema) o *status* de processual. Desde Karl Popper, fazer ciência exige se tente falsear as teorias. Nesse sentido científico, ao menos, três aspectos merecem reflexões.

5.1. Processual e extraprocessual

Primeiras Linhas não dá critério claro e seguro para a distinção proposta dos atos em processuais e extraprocessuais. Isso pode decorrer das restrições de espaço, nos anais do Congresso, para expor as ideias. Tem-se a impressão de que, em vez de evoluir a teoria para incorporar a nova categoria de ato que percebeu no cenário eletrônico, a tese opta pela negação de *status* de processual a tais atos. Em outras palavras: Roveda percebeu um novo ente no espaço processual mas, teoricamente, desvencilhou-se dele, jogando-o para o entorno.

Sob linguajar sistêmico, atos de fluxo (decisórios ou de sistema) são dos mais relevantes para a estruturação instanciada do processo⁽²⁰⁾.

(20) Para os analistas, *instanciado* é termo aplicável a um objeto real, existente, criado com base numa ideia abstrata que dá seus contornos (propriedades e métodos), que eles chamam de classe. A ideia de

Qualquer programador sabe que é nesses “atos de fluxo” que está a essência da criação do que, afinal, se tornará o processo objetivado. Na constituição autopoietica-estrutural do objeto processo, os “atos decisórios” (de fluxo) intervêm diretamente na ligação de um ato anterior com um dos possíveis atos posteriores, dando especificidade ao objeto processo ao final criado. Na visão sistêmica de Luhmann, a característica essencial da autopoiese encontra-se nessa conexão dos elos anterior e posterior do processo de autoconstituição do sistema⁽²¹⁾.

Diga-se a mesma coisa em linguajar jurídico, já que isso não é novidade para os juristas. Eles têm muito presente que é pelas decisões (em sentido amplo) que vão dando feição ao processo. Os autos físicos, por exemplo, que corporificam o processo, vão ganhando forma, após a chegada de cada provocação das partes (petição) ou a ocorrência de um evento, dando continuidade ao fluxo estabelecido. Operam, então, decisões mediatas de ordenação⁽²²⁾ (que são triviais, ordinatórias) e decisões imediatas⁽²³⁾, quando atuam agentes decisores que têm o poder de direcionar o fluxo para lá e para cá, segundo seus entendimentos, com isso fixando os contornos do processo e dando forma aos autos que o corporificam.

Então, expurgar os atos de fluxo (movimento) do universo dos atos processuais, só porque são automatizados, parece inadequado. Eles são atos processuais, da maior relevância. E não porque se evoluiu para um processo feito com outros meios, mas porque isso é da essência do processo, feito por qualquer meio. O grande

um processo, posta no CPC, por exemplo, seria uma classe de processo (ordinário, sumário...). Quando um advogado peticiona, ele “instancia” um objeto processo, de determinada classe, o qual vai ter vida real!

(21) LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. de Ana Cristina Arantes. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 113.

(22) Mediatas porque postas na lei, por exemplo, ou numa resolução — portanto a distância —, e que são aplicadas sem intervenção do agente aplicador.

(23) Imediatas porque dependentes do agente decisor (juiz), de seu entendimento dado no caso específico.

desafio nessa questão, é, exatamente, resguardar o processo contra os desvirtuamentos que o meio possa provocar.

Um caminho válido e alternativo é evoluir a teoria para explicar a razão pela qual, embora o meio permita se façam as coisas de outra forma, isso não significa o desvirtuamento da essência (sem essencialismos inúteis envolvidos!) do ato processual praticado, ainda que de fluxo. Esse aspecto é da maior relevância, como se verá a seguir.

5.2. Regra da convalidação

A ideia de jogar certos atos para o entorno do processo (extraprocessual) faz a tese enveredar num beco cuja saída ela só encontra pela via de uma “convalidação”, o que lembra, na teoria clássica, a separação entre ato e fato processual⁽²⁴⁾, estes sempre dependentes de um “ato” para ganhar influência no processo (ganharem *status* processual).

A regra proposta em *Primeiras Linhas*, que se poderia chamar de ‘regra da convalidação’, parece fechar-se para o entendimento da força da automação que o *software* traz para o âmbito processual. Do ponto de vista científico, mais adequado seria aceitar a tecnologia com o que ela pode trazer de mais relevante para o processo — a automação — e ajustar a teoria.

Embora se esteja fazendo alusão aqui apenas *en passant* e se pretenda aprofundar isso adiante (é o objeto deste artigo!), aceitar a automação significa aceitar “atos de *software*”, “atos de agentes automatizados” que, independentemente de qualquer outra intervenção humana direta, tenham o efeito natural daquilo que os juristas chamam de ato processual. Sem convalidação, portanto. Tais agentes entram em ação quando provocados, seja com um *login*/senha, seja com uma juntada, seja com uma marcação na tela de registro de ação do sistema. Todos esses atos provocam a execução de algum algoritmo e, portanto, interferem

(24) KRAMES, Alexandre Golin. *Workflow em processos judiciais eletrônicos*. São Paulo:LTTr, 2010. p. 36.

na conformação informacional-estrutural do processo.

Nesse aspecto, a proposição de *Primeiras Linhas* parece contraditória: aceita a chegada da tecnologia, mas a mantém “fora do processo”, no entorno, como se se tratasse de mero “fato processual” (linguajar dos juristas) dependente, sempre, de uma intervenção humana para ganhar *status* de ato processual.

A postura conhecida de Luiz Carlos Roveda, favorável e receptiva à construção de um processo eletrônico (processo feito com meios das novas TICs), faz pensar que essa incongruência, existente na tese, origina-se mais de um problema de percepção/construção teórica do que de sua postura e pensamentos a respeito da nova realidade processual.

5.3. Resistência à tecnologia: opção pela teoria assentada

Primeiras Linhas propõe uma distinção entre atos processuais e atos extraprocessuais ou de informática com o objetivo de expurgar do processo o que este ganhou de novo. Lembre-se de que o autor da tese inspira-se na exposição de Didier⁽²⁵⁾ para desenvolver suas observações.

Segundo Didier, falar de ato processual é envolver-se em polêmica. Inspirado num rol de ilustres doutrinadores⁽²⁶⁾, ele afirma:

É possível arrumar a divergência doutrinária em quatro correntes: a) alguns entendem que é suficiente *o produzir efeitos no processo* para que o ato seja havido como processual; b) há quem o vincule aos *sujeitos da relação processual*: apenas o ato por eles praticado poderia ter o qualificativo *de* processual; c) há também os *que exigem* tenha sido o ato praticado no processo, atribuindo *à sede do* ato especial relevo; d) há quem entenda que ato processual é o praticado no procedimento e pelos ‘sujeitos processuais’.

(25) DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. vol. 1. São Paulo:Jus Podivm, 2010. v. 1. p. 264-265.

(26) Didier apoia-se em Calmon de Passos, Daniel Mitidiero, Paula Costa e Silva, Paula Sarno Braga e, até, em Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda.

Após algumas considerações sobre as distintas correntes teóricas mencionadas, Didier assume posição e afirma que um ato jurídico “[...] ganha o qualificativo de processual quando é tomado como *fattispecie* (suporte fático) de uma norma jurídica processual. **Todo ato humano** que uma norma processual tenha como apto a produzir efeitos jurídicos em uma relação jurídica processual [...]”⁽²⁷⁾. [grifo nosso]

contraponto que outros estudiosos podem explorar.

5.4. A tabela e seus exemplos

Na tabela abaixo transcrita⁽²⁸⁾, o autor dá alguns exemplos da distinção processual e extraprocessual, tentando facilitar a compreensão da ideia exposta. Como se vê, para cada ato processual, há um correspondente ato extraprocessual ou de informática.

Ato	Agente/usuário	Ato processual	Ato extraprocessual
petição inicial	advogado	texto	protocolo
Endereço da parte	advogado	qualificação	preenchimento dos dados no sistema
Liminar	advogado	pedido na exordial	preenchimento <i>check-box</i>
prioridade	advogado	pedido na exordial	preenchimento <i>check-box</i>
conclusão	servidor	despacho de conclusão	registro da movimentação
registro de resultado da sentença	juiz	sentença	caixa de diálogo
contagem de prazo	servidor/sistema	contagem real	contagem pelo sistema
análise de prevenção	sistema	despacho do juiz	seleção pelo sistema

Didier descola-se, assim, de várias correntes tradicionais e adota uma linha fundada em dois requisitos: que o ato provenha de “humano” e que tenha previsão em norma jurídica processual, a qual define os efeitos que tal ato tem no procedimento em que o ato está inserido. Amplifica a polêmica, portanto, notadamente por explicitar o que nas demais correntes era apenas suposto pela expressão ato (de pessoa, portanto). E acentua o *déficit* jurídico-teórico para o processo feito com o *software* (processo eletrônico).

São muitas as considerações que poderiam ser feitas sobre a conclusão de Didier. O importante é notar, no entanto, que o autor de *Primeiras Linhas*, ao atrair a discussão para a questão dos atos, meteu-se de sopetão nessa polêmica. Um cenário nebuloso que precisa ser enfrentado e onde a tecnologia deixa marca profunda, exibindo as fragilidades da teoria jurídica para explicar o novo processo. Entre “ajustar a teoria” e “tirar a inovação do processo”, a tese opta pela segunda. Neste artigo, propõe-se o contrário: o avanço da teoria. Um

Acerca das várias linhas da tabela e considerando-se o pano de fundo teórico-jurídico acima dado, podem ser feitas as seguintes indagações e considerações, apresentadas na ordem da primeira coluna (Ato):

Petição inicial: o protocolo seria extraprocessual apenas pelo fato de ter sido emitido pelo Sistema Eletrônico de Processamento de Ação Judicial (SEPAJ) e não por uma pessoa?

Endereço da parte: o endereço da parte é um fato. A informação dele, na qualificação, é um ato. Sob qualquer ângulo que se examine o exemplo (diferentes correntes = da sede, do sujeito, da produção de efeitos e até da previsão em norma e da proveniência), a alimentação do sistema, uma vez deflagrado o processo (ou seja, acionado o SEPAJ) é ato processual. É preciso olhar o processo como o fluxo da informação, como faria Wiener, abstraindo os suportes físicos de qualquer natureza. Um modo de olhar adequado para o mundo virtual. Erros, queridos ou

(27) DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 265.

(28) Tabela extraída de: ROVEDA, Luiz Carlos. *Primeiras Linhas de Teoria Geral do Processo Eletrônico*.

não, nessa etapa, terão efeitos inexoráveis na conformação estrutural do processo. O fluxo de informação, característico daquele específico processo, ganha contornos próprios e distintivos.

Liminar: a tese distingue o pedido constante no texto da exordial e a marcação feita (metadado) para indicar ao sistema que, no corpo da peça, consta tal pedido. Diz que o “texto” (fundamentos + requerimento) é processual e que a marcação é extraprocessual.

Primeiro é preciso lembrar que essa exigência existe porque os SEPAJs são cegos para os conteúdos das peças. Daí decorre a necessidade da indicação, em separado, da existência daquele requerimento no texto da peça. É o tal do metadado. Pudessem o sistema apreender a existência do pleito diretamente do texto da peça, não haveria essa necessidade paralela do metadado⁽²⁹⁾. A marcação (ou sua não existência) dá forma ao trâmite da informação que é o processo.

Pois bem, em computação, toda duplicação de informação é fonte de erros. Garantir a consistência de tais informações duplicadas é um dilema. A marcação pode ser feita sem que o texto contenha o requerimento. E o requerimento pode estar no texto sem que seja feita a marcação. Um problema sério. O que importa considerar é que o efeito de qualquer das situações, na conformação do processo, é direto e imediato. Com erro ou sem erro, o processo terá suas características definidas, indelevelmente, pela situação introduzida⁽³⁰⁾. Daí que a marcação, vista desde este ângulo, deve ser considerada processual.

Prioridade: tudo que se falou sobre *liminar* aplica-se aqui, integralmente.

(29) O PJe, na origem, com o editor de textos próprio, abria caminho para soluções que permitiriam espantar este problema. Esse caminho deverá ser retomado, no futuro, por todo e qualquer SEPAJ.

(30) Válido lembrar, aqui, de Norbert Wiener, o pai da cibernética, e sua visão do sistema como “informação pura” — um ser só de informação — e onde o mais, inclusive energia e aparatos são meros suportes.

Conclusão: parece que o problema acontece quando o SEPAJ exige o registro da tramitação em ato à parte. Se há norma que especifique o caráter auxiliar e não processual do registro de tramitações, então Roveda tem razão. Os atores devem ficar atentos ao processo e não ao sistema paralelo do registro de tramitações, assumindo os riscos se se apoiarem exclusivamente neste sistema, claramente espancado, por norma, da cadeia procedimental.

Registro de resultado da sentença: não se entendeu o exemplo da tese.

Contagem de prazo: por que negar qualidade *processual* à contagem de prazo pelo sistema (contagem automática)? A tese fala em “contagem real” para referir-se à contagem feita por um humano (visão de Didier) e joga a contagem automatizada para uma condição de “irreal”, provisória, não válida, sempre questionável.

A conclusão encaixa-se logicamente no axioma básico da tese (ato de informática é extraprocessual). Sob o enfoque deste artigo, entretanto, essa desqualificação é transformada num reconhecimento de existência e numa qualificação. Ademais, olhando-se os fatos, em tarefas dessa natureza um algoritmo bem construído é muito mais consistente e menos falível que o homem. O *software*, nesses espaços do processo, pode agregar velocidade e, principalmente, qualidade.

Análise de prevenção: nenhum SEPAJ atual tem condições de exaurir um exame atinente à prevenção, listispêndência ou coisa julgada, ou seja, nenhum sistema pode afirmar a ocorrência do fenômeno. Todo algoritmo incorporado a um SEPAJ para exame dessa ocorrência, tem caráter auxiliar, indicativo, sugestivo da necessidade do exame por um agente humano. A afirmação da ocorrência só é feita por um humano, ainda que possa estar equivocado. Essa é a realidade atual.

Isso não tira a “sugestão de exame”, só porque o resultado é “sugerir e não afirmar”, da cadeia procedimental e, portanto, não tem porque negar o caráter processual a esse exame automatizado da possibilidade de ocorrência. Na verdade, o algoritmo examinador tem influência direta nos contornos do processo, fazendo nascer ou não um ato humano de exame, em certo momento. Se o algoritmo, no momento em que atua, não detectar a possibilidade da ocorrência da prevenção, o ato humano, ainda assim, poderá ocorrer, mas em momento distinto. O fluxo da informação terá assumido rotas diferentes, decorrentes do resultado daquele exame automatizado.

Enfim, e para encerrar esse tópico, todas as hipóteses examinadas, salvo engano, parecem sugerir que qualquer ato realizado pelo sistema (automatizado) poderia ser contestado pelo simples fato da automação e não pelo seu conteúdo. Ora, todo e qualquer ato, num processo, pode ser atacado. Isso é regra básica. Mas, salvo no caso dos atos típicos ou tipificados⁽³¹⁾, o ataque funda-se em geral no conteúdo do ato e não na sua forma. Abrir a cancela para as contestações fundadas na “automaticidade” do ato parece totalmente inadequado para um cenário de processo com muito *software* em ação.

Enfim, tem-se de admitir que a tese suscita aspectos básicos para a reflexão teórica.

6. A *softwarização* e seu impacto no processo: o *software* como novo personagem do processo

6.1. O *software*

Este artigo afirma que a teoria dos atos processuais precisa ser revista porque o *software* chegou e permitiu tirar do humano a prática de certos atos. Os atos continuam lá, na cadeia do procedimento, mas o humano não! Os próximos itens deste artigo expõem essa ideia.

(31) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições ...*, v. 2, p. 547. O descumprimento de exigências legais pode tirar a eficácia do ato.

De fato, como já se escreveu alhures⁽³²⁾, dentre as novas tecnologias, o *software* merece destaque porque desempenha um papel central no chamado processo eletrônico. Sem ele, não haveria processo eletrônico. Seu uso só vai se expandir, com o passar do tempo, e suas características o tornam realmente especial nesse emaranhado de tecnologias que impactam o processo. Ele não é apenas um coadjuvante, um instrumento que o humano aciona a cada passo. O *software* insere-se na cadeia de operação sistêmica deslocando outros atores e ocupando um lugar próprio, muito bem definido e visível. Parece indubitável que, em inúmeras sub-relações do sistema processual, ele assume uma das pontas da linha, quando não as duas (sistema que fala com sistema!). Quando se fala em *interoperabilidade*, por exemplo, em verdade se fala do estabelecimento de uma linguagem para os *softwares* se comunicarem.

O *software* precisa ser visto como um novo personagem da configuração processual. Isso transforma muita coisa. “A *softwarização* do processo, como se pode designar esse fenômeno, é tão forte que obnubila os demais atores. Advogados, juízes e servidores veem-se enredados, involuntária e obrigatoriamente, no emaranhado construído pelo personagem misterioso e escorregadio que é o *software*.”⁽³³⁾

Esse novo personagem processual mexe em questões cruciais atinentes ao devido processo legal e outros princípios, o que suscita perplexidades e exige se mergulhe no entendimento da natureza do processo. Poder-se-á, assim, delimitar espaços para a presença válida do *software* no processo. Afinal, até onde se pode ir nessa “transferência de execução de atividades para o *software*” sem desvirtuar o ente processual?

(32) PEREIRA, S. Tavares. *Processo eletrônico, software, norma tecnológica (eNorma) e o direito fundamental à transparência tecnológica*. Elementos para uma teoria geral do processo eletrônico. Disponível em: <<https://docs.google.com/file/d/0B81pFfIVFMJFRUH5SKe3LUxaNHc/edit>> Acesso em: 29 jul. 2013.

(33) PEREIRA, S. Tavares. *Processo eletrônico, software...*, p. 5.

Em qualquer plateia, obtém-se rapidamente consenso a respeito de um processo poder ser, até certo ponto, “sem humano”, mas não “desumano”⁽³⁴⁾. Todos concordam que há muita coisa para fazer via programas de computador. Mas a disputa surge, logo que se avança na questão do que pode ser automatizado.

Ora, essa permissão para “programa fazer coisas no processo com força processual — efeito processual” não encontra previsão na TGP até agora. A pretensão de teorizar o processo *softwarizado* atrai, imediatamente, muitas perguntas do jurista.

O que é esse ente especial, um *software*? Quem o produz? Qual é o nível de possibilidade desse ente processual? Quanto do regramento processual, pode traduzir-se num *software*? Deve haver limites para isso? Quem, de fato, valida essa cristalização de caminhos processuais traduzida na estrutura algorítmica e dura de um programa? E quem responde por um ato falho do programa? Algumas respostas serão tentadas no item 8 – *Agente automatizado* adiante.

6.2. Mecânico e automático

Vivenciou-se, nas últimas décadas, a passagem do processo mecânico para um processo que, cada vez mais, se armará de mecanismos automáticos. Nas palavras de George Terborgh, em 1965, “mechanization is one thing; automaticity is something else”⁽³⁵⁾. Num processo mecânico, o humano tem de agir a cada ciclo operativo⁽³⁶⁾. A automação permite afastar o humano, deixando que a máquina faça coisas

“sozinha”. Isso altera as linhas descritivas dos fluxos operativos. A projeção das interações desloca-se do homem-homem para o homem-*software* (só mediatamente ocorre homem-homem), do homem do processo com o homem incógnito, não processual, mas representado, no *iter* processual, pelo *software*. Cumpre-se a profecia visionária do pai da cibernética, Norbert Wiener, da década de 1940: “[...] é muito possível, a uma pessoa, falar com uma máquina, e a uma máquina falar com uma pessoa ou outra máquina.”⁽³⁷⁾

Nessa passagem do mecânico para o automático, o elemento marcante é o programa (*software*), porque conduz uma máquina burra e genérica — o computador — durante a execução de passos que, ao final, redundam num trabalho feito sem a intervenção do operador.

Quando se analisa a TGP, percebe-se a existência de uma gama de *valores* processuais “que foram descurados, em termos teóricos, ao longo dos séculos, porque sempre se supôs a ‘humanidade’ muito presente no processo. Até hoje, não houve processo sem condução humana a cada passo”⁽³⁸⁾. De fato, tudo que advinha dessa realidade processual — o homem sempre presente! — mereceu atenção num sentido (os cuidados para evitar o desvirtuamento introduzido pelo humano⁽³⁹⁾), mas não no outro (a

(34) PEREIRA, S. Tavares. *Processo eletrônico, software...*, p. 6.

(35) “mecanização é uma coisa; automaticidade é algo mais.” [tradução livre] TERBORGH, George. *The automation hysteria*. New York: Norton & Company, 1965. p. 15.

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

(37) WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade*. O uso humano de seres humanos. 4 ed. São Paulo: Cultrix, 1954. p. 75.

(38) PEREIRA, S. Tavares. *Processo eletrônico, software...*, p. 5.

(39) Inserem-se, aqui, por exemplo, as preocupações constitucionais e legais com a magistratura (prerrogativas e demais mecanismos de promoção da imparcialidade e isenção). São muitos, ainda, os estudos sociológicos e filosóficos preocupados com o processo. Veja-se: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UnB, 1980. p. 61-64; GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004. p. 335: para Günther, é preciso que se sistematize uma *lógica da argumentação da adequação* que demonstre “[...] com quais meios argumentativos nós vamos, em discursos de aplicação, aproveitar uma descrição ampliada da situação” e DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo:

garantia de certas qualidades que só o humano está apto a introduzir no curso do processo, como a equidade⁽⁴⁰⁾, a contextualização⁽⁴¹⁾, a criatividade⁽⁴²⁾). Como já há os que defendem a automação total do processo, esses aspectos descuidados precisam ser objeto de profunda consideração. Ou reconsideração.

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

No processo eletrônico, o *software* tem seu clímax. Processo só existe com ele. Com nomes como Projudi, e-Proc, PJe, ele dita os caminhos, impõe regras, cria obstáculos e facilidades. Acesso à Justiça? Primeiro garanta o acesso ao *software*. Por trás dele, talvez, se observar o que ele estabelece, o autor encontrará a Justiça que procura (o órgão). Ele controla o horário,

o tamanho da peça, o tempo de sessão, a juntada dos documentos, verifica a assinatura, faz a identificação, valida se vários dados são coerentes, determina o juiz competente. Ou se cumprem as determinações ou se morre no caminho. Adeus processo.

Portanto, esse novo personagem do processo — o *software* —, com suas mazelas e possibilidades, tem potencial para revolucionar a teoria geral do processo? A resposta tende a ser um potente sim.

7. Fluxo processual num processo tradicional e no processo eletrônico: o processo sob olhar científico diferente, da engenharia do conhecimento

Los sociólogos tienen dificultades para comprender conceptos que no provienen de la tradición sociológica, sino de otras disciplinas: la física, la biología, la cibernética. La razón para esto, la hemos dicho: **no se puede entender lo nuevo con conceptos obsoletos**⁽⁴³⁾.

Ora, não apenas os sociólogos se viram enredados pelas dificuldades apontadas por Mansilla. A complexificação do mundo e a interpenetração dos saberes tornaram essa uma dificuldade universal, exatamente como ocorre, agora, com os juristas.

A WfMC — *Workflow Management Coalition* é uma organização, sem fins lucrativos, que floresceu e se expandiu diante da revolução dos processos de negócio provocada pelas novas tecnologias. Terminologias, padrões e conceitos gerais para a disciplina da automação de fluxos de trabalho são seu mister. Ela mira em questões cruciais como a da *interoperabilidade* e define *workflow* (fluxo de trabalho) como “a automação de um processo de negócio, no todo ou em parte, no qual os documentos, informações ou tarefas são passados de um

Martins Fontes, 1999. cap. IX, p. 377 e ss., onde exige do juiz a promoção integridade sistêmica.

(40) HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del derecho*. 3. ed. Buenos Aires: Claridad, 1944. p. 194. Para Hegel, na administração da justiça, o humano atua via da equidade, fazendo a “[...] derogación del derecho formal por consideraciones morales o de otra naturaleza [...]”.

(41) GÜNTHER, Klaus. *Teoría da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, p. 397-398. Segundo Klaus Günther, a norma não pode ser libertada de sua vinculação com o contexto de aplicação, um ajuste que só o homem pode fazer.

(42) “Os humanos são incríveis — como pensamos, nossas abordagens não lineares, nossa criatividade, hipóteses interativas, tudo muito difícil, mesmo se possível, para os computadores fazerem.” SHYAM, Sankar. *The rise of human-computer cooperation*. Disponível em: <http://www.ted.com/talks/shyam_sankar_the_rise_of_human_computer_cooperation.html> Acesso em: 16 set. 2012. [tradução livre]

(43) MANSILLA, Dario Rodriguez. La sociología y la teoría de la sociedad. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad...*, p. XXI.

participante para outro de acordo com uma série de regras determinadas”⁽⁴⁴⁾.

Os engenheiros do conhecimento distinguem, nos processos de negócio, papéis, rotas e regras (*roles, routes, rules*). Os papéis representam “atribuições e competências” e não podem ser confundidos com os cargos, por exemplo⁽⁴⁵⁾. “Para a operacionalização do *workflow*, o foco não está nos cargos, mas nas responsabilidades que serão assumidas por pessoa ou agente automatizado que faz parte do processo”⁽⁴⁶⁾.

Sob a ótica dos *papéis*, e numa mirada retrospectiva, o olhar de um engenheiro do conhecimento atenta para aspectos da evolução da rotina processual que passam, ou têm passado, desapercibidos para os juristas.

Desde que os computadores foram introduzidos nas rotinas judiciais, tarefas foram, aos poucos, passadas para os *softwares* de gestão. Essa transferência de tarefas do homem para a máquina é um processo em curso e, para a engenharia do conhecimento, longe de acabar. No início, fez-se o cadastro dos dados processuais básicos em bancos de dados visando facilitar a emissão documentos com mais facilidade e as rotinas de distribuição e publicação. A automação chegou em pequenas tarefas e otimizou tais atividades.

Com a chegada da internet, a presença da máquina no mundo processual se aprofundou. A disponibilização do andamento processual na rede ampliou a visibilidade do que acontece diariamente em termos de tramitação. O jurisdicionado aproximou-se dos serviços do Estado. Portanto, há algumas décadas, o processamento computacional afeta o andamento dos processos judiciais, mesmo daqueles que nasceram e morreram sobre papel.

(44) KRAMMES, Alexandre Golin. *Workflow em processos judiciais eletrônicos...*, p. 45-46.

(45) CRUZ, Tadeu. *Workflow: a tecnologia que revolucionou processos*. Rio de Janeiro: E-papers Serviços Editoriais, 2004. p. 111-112.

(46) KRAMMES, Alexandre Golin. *Workflow em processos judiciais eletrônicos...*, p. 47.

O processo eletrônico intensificou a transferência de tarefas para as máquinas e tornou obsoleta parte expressiva das regras até então válidas e conhecidas dos operadores. Transformar os modos de fazer as coisas, impostos pela natureza da mídia papel, tornaram-se possibilidades e desafios. Disponibilizar a íntegra dos autos amplamente, permitir a entrada padronizada e o tratamento especializado de todo o conjunto de dados de cada processo, extinguir a famigerada carga e aumentar os horários para o peticionamento são apenas alguns dos pontos mais visíveis.

As diferenças dos dois fluxos (em papel e eletrônico) servem, como percebeu Luiz Carlos Roveda, para deflagrar e validar o esforço de atualização teórica. Veja-se a seguir.

Prazos

A contagem de prazos é área onde a máquina pode ser efetiva e decisiva. A apresentação de peças em juízo, no tempo adequado, a contagem de penas, o cálculo de prescrição, a certificação da tempestividade na interposição de recursos etc., todos se tornam procedimentos facilmente executados via programação computacional. O engenheiro de conhecimento vibra diante desse cenário.

Pela natureza mesma do processo, a apresentação de recursos, incidentes processuais e outras petições intermediárias sempre foi regulada temporalmente. Prazos são elementos essenciais e inexoráveis do processo, influenciando decisivamente no resultado⁽⁴⁷⁾. Os sistemas informatizados podem proporcionar ferramentas automáticas seguras para a gestão dos tempos no processo. Os operadores do processo eletrônico, por seu lado, devem conhecer plenamente o funcionamento dessas engrenagens algorítmicas.

No papel, a contagem dos tempos processuais é realizada de forma manual. Uma prática comum é utilizar-se locais específicos

(47) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, v. 2, p. 541.

para armazenamento de pilhas de autos. Cada local possui um prazo definido pelo chefe de cartório, de modo que os processos são avaliados e certificados individualmente, mas, para facilitar o controle, agrupados em lotes quando possuem prazos em comum. As operações eminentemente humanas neste procedimento são bastante visíveis: uma porção de certidões — certidão de início de prazo, certidão de fim de prazo, certidões de tempestividade ou intempestividade, entre outras.

No processo em papel, o servidor utiliza calendários, calculadoras e sistemas específicos nesses cálculos. No processo eletrônico, o SEPAJ pode assumir os cálculos e o lançamento das certificações. O cálculo e a certidão ficam. O homem sai e entra o *software*.

Veja-se o caso de um recurso. O sistema sabe o termo *ad quem*, percebe que foi alcançado, verifica se houve ou não a interposição e toma as medidas cabíveis, inclusive, por exemplo, o encaminhamento para o trânsito em julgado.

Desde o momento que o processo entra em estado de espera de alguma iniciativa ou evento temporal, sua volta para as mãos do julgador ou seus auxiliares não depende mais de intervenção humana. Esta volta é automatizada e, inclusive, pode ser predefinida, de acordo com o que foi realizado.

Penas e prisões

Ligada a tempo, mas com outros contornos, é a famigerada e difícil rotina denominada, sem rigor científico, de *contagem de penas*. Ela envolve os tempos de prisões temporárias, internações, acompanhamento de penas alternativas, restritivas e de reclusão em seus diversos regimes. Um prato cheio para o tecnólogo, um terror e uma tarefa ingrata para o servidor incumbido desta atividade.

Feita pelo homem, essa contagem é precária. Presos esquecidos, processos abandonados, prazos ultrapassados, vidas humanas banalizadas, atentados à dignidade da pessoa humana formam um cenário comum e trágico no

Brasil. Tudo resultado de um procedimento executado com controles, velocidade e precisão abaixo da crítica.

A matemática envolvida em cálculos de execução penal é simples, mas massiva. É árdua a tarefa de contar o tempo, registrado em quilos de papel em que se acomodam processos que desafiam a capacidade humana de atualizá-los com igualdade. Datas de prisão, fuga, faltas graves, remissão, soma de penas, progressão de regime, entre outra centena de conceitos que influenciam na contagem de penas definitivas e prisões temporárias, são todos relevantes e que precisam ser incluídos na avaliação de cada caso. Um cenário dantesco, piorado pela omissão de petições de benefício e de não constatação da extinção da pena.

Em um ambiente eletrônico, este quadro pode ser alterado drasticamente e positivamente. Bons algoritmos podem estar incumbidos da manutenção atualizada da situação de cada preso. Apenas a alimentação do sistema com os fatos remanesce, embora, nesse aspecto, também um sistema integrado e bem desenvolvido possa minorar tremendamente tais intervenções do homem.

Distribuição

A distribuição é uma atividade de outra natureza, completamente impactada pela tecnologia. Muda tudo entre a recepção da peça inicial e documentos e a chegada ao juiz. Dificuldades e custos do processo mecânico vão para o espaço: recebimento, impressões, carimbos, vistos, autuação, etiquetas.

Considere-se o conhecido fluxo da distribuição no processo tradicional:

Entrega da petição inicial/Cadastramento dos dados processuais

Com o processo eletrônico, parte do trabalho é deslocada para o advogado ou para o jurisdicionado: cadastramento dos dados processuais básicos, como partes e suas devidas qualificações. As tarefas manuais nos

setores de distribuição quase desaparecem, com reflexos processuais profundos. A qualidade dos dados processuais, informados sob supervisão sistêmica, é muito superior. O endereço exemplifica bem. Humanamente, as verificações são impossíveis. Os erros geram as intimações do advogado, demandando acertos e interrompendo o fluxo processual por falhas pequenas.

O SEPAJ pode exigir dados completos e prever as exceções. Em verdade, é com o SEPAJ que o advogado interage para peticionar. Não há pessoa do outro lado da linha. Um agente automatizado cuida do *login*, da conferência de assinatura, dá acesso ao sistema, recebe tudo, fornece o protocolo, fechando um ciclo de interação reativa (linguajar dos pedagogos) eficaz, embora meio inosso.

Autuação/Emissão do protocolo

Os servidores de cartórios de distribuição sempre se incumbiram de tornar o processo um ente identificável e manipulável pelos autos: capa, perfurador, grampos, carimbos, etiquetas, cotas, numeração e outros elementos alimentaram tarefas artesanais repetitivas e entediantes.

No processo eletrônico, se o sistema recepciona o conjunto de dados enviados pelo advogado, devolvendo a numeração automaticamente atribuída, o processo pode ser considerado atuado. Os advogados devem ter minucioso conhecimento de formatos e exigências do SEPAJ, cumprindo-os rigorosamente, sob pena de haver a rejeição de plano de suas petições. Não há jeitinhos, pois o programa, que é quem atende o advogado, está estruturalmente preparado para escrutinar tudo naqueles exatos termos.

Pesquisa de prevenção

Nos processos em papel, a pesquisa de prevenção exigia varredura minuciosa dos processos em andamento e a comparação manual de dados básicos. No processo eletrônico, um algoritmo cumpre esta tarefa rapidamente. O

SEPAJ verifica nome das partes, classe e assunto, automaticamente, levando em conta as diretrizes da instituição (parâmetros). As regras desse exame devem ser conhecidas e isso exige lisura e boa-fé do postulante e do servidor que, eventualmente, constatar eventual indício de fraude processual. Em alguns tribunais, mesmo nos processos em papel, esta já é uma tarefa apoiada por sistemas de informática.

Distribuição

Os algoritmos podem ser preparados para que a conexão entre processos seja indicada pelo advogado e, é claro, mediante parâmetros transparentes, a instituição pode fazer com que fatores legítimos, como a carga de trabalho e a complexidade do processo, sejam considerados na distribuição, totalmente automatizada. Sem pessoas envolvidas, salvo mediatamente pela parametrização.

Envio para despacho ou ato ordinatório inicial

No processo eletrônico, pela automação das tarefas, o tempo entre o ajuizamento da ação e o encaminhamento ao juiz é ínfimo. As demandas são alocadas em listas cronológicas, por ordem de chegada, atentando para as questões de prioridade. Tudo isso está entregue a um agente automatizado que, fundado nos dados e metadados da demanda, executa a tarefa. Saem de cena a decisão e o erro humano, entra a indicação fria e precisa da máquina. Não há lugar para o esquecimento, os corredores não acumulam autos, o lugar/pilha deixa de ser um indicativo do *status* processual.

O engenheiro do conhecimento olha tais rotinas visualizando os espaços para os agentes automatizados e seus atos. Imersos na cadeia do procedimento, tais “atos” não podem ser jogados para o entorno do sistema e classificados como atos extraprocessuais. Esses atos cuja execução é entregue ao *software* precisam ser contemplados pela TGP, examinados e integrados ao procedimento, com a consequente legitimação jurídica dos efeitos e, por que não,

chegando à imputação de responsabilidades. Os desdobramentos do reconhecimento desse novo agente automatizado, na angularidade da relação processual, são imensos.

8. Agente automatizado

Agente automatizado é um programa de computador (*software*) desenvolvido para executar tarefas automaticamente e eliminar limites e deficiências humanas. Se qualidades tipicamente humanas são necessárias para a boa execução da tarefa, não é conveniente a substituição.

Em geral, um agente automatizado é o produto de ao menos três profissionais: um **programador**, um **analista** e um **usuário** (permita-se essa designação). O usuário deve conhecer com precisão o procedimento da tarefa a ser automatizada (o negócio). O analista interage com o usuário para entender o procedimento e, com o domínio das tecnologias, definir a melhor forma de automatizá-la. O programador, com base na especificação do analista, escreve o programa que o computador segue para fazer automaticamente a tarefa.

8.1. Como nasce um agente automatizado?

Para os profissionais da área tecnológica, qualquer processo (de montagem de veículo, de preparação de alimento e, inclusive, o judicial) pode ser aperfeiçoado com a introdução de recursos computacionais. Sempre há tarefas e atividades, na cadeia de procedimentos, em que a automação pode ser introduzida com ganhos expressivos. Essas tarefas/atividades são as candidatas naturais para serem transformadas em programas.

O analista, após estudar o processo a informatizar e bem entendê-lo com auxílio do profissional que domina o processo (o usuário), elabora a forma de introduzir, no processo, a tecnologia. Nesse redesenho do “processo” com informática, o analista especifica inclusive, em minúcias, os programas a serem desenvolvidos (agentes automatizados).

O programador incumbem-se, então, de desenvolver o agente automatizado, lançando mão de uma linguagem de programação (há muitas!) cuja sintaxe ele domina. Além da linguagem, o programador domina outras técnicas necessárias, principalmente lógica de programação.

Em geral, o programador codifica o programa (escreve em linguagem fonte — JAVA, C, Pascal) e depois submete o texto codificado a um programa especial, chamado compilador, que é, afinal, quem gera o programa que será efetivamente utilizado. Nasce assim, das *mãos* de outro programa, o agente automatizado (que é um programa). Programa que gera programa.

Este *agente automatizado* é muito testado antes de ser utilizado pra valer. Passa por um processo de homologação: testes exaustivos de desempenho e de correção (fazer exatamente o que se espera). Nessa fase, podem ser detectados problemas de inúmeras origens: o usuário pode não ter transferido todos os detalhes do processo para o analista, o analista pode não ter entendido o processo, o analista pode ter definido uma forma de reproduzir o processo, na máquina, que não é a adequada, a especificação do programa pode ter sido malfeita, o programador pode ter cometido erros de interpretação das diretrizes do analista ou, o que é muito comum e difícil de detectar, pode ter falhado em termos lógicos na definição da sequência de instruções do programa. Enfim, isso e muitos outros aspectos tornam absolutamente difusa a responsabilidade pelo bom desempenho de um agente automatizado.

Um agente automatizado pode ser um programa acionável isoladamente, mas, em geral, ele é uma rotina ou um trecho de um sistema ou programa maior que, nos momentos próprios, o aciona. Um SEPAJ, por exemplo, que é um grande sistema, ao ser provocado por um advogado que quer ajuizar uma ação, imediatamente aciona o “porteiro” para atendê-lo. Esse agente automatizado interage com o advogado para fazer o *login*, conferindo *login*/senha ou o certificado digital e, se tudo estiver

certo, dar-lhe acesso ao ambiente do sistema. Na sequência, muitos outros agentes automatizados ajudarão a construir estruturalmente o processo: receber petição e documentos, checar tudo, autuar, devolver o protocolo, analisar as informações e fazer os primeiros encaminhamentos (prioridades, liminar etc.). Um agente automatizado, concluída sua tarefa, vai acionando o seguinte e os atos automáticos se vão sucedendo para construir a estrutura daquele processo que, como se vê, será diferente de qualquer outro.

8.2. Agente automatizado também precisa de manutenção

Embora tenha sido muito testado, um programa pode necessitar de manutenção: ou se detectam erros ou mau desempenho não captados na fase de teste ou surgem alterações na atividade automatizada que precisam ganhar expressão no programa.

A área de tecnologia é acionada e tem de dar a solução. Erros ficam por conta do programador. Mau desempenho e inovações na atividade, em geral, passam pelo analista, antes de ir para o programador.

Interferir num sistema costuma ser um procedimento complexo e difícil e que é feito com apoio de muita tecnologia, com planejamento que leva em conta, inclusive, a minimização das interferências na vida do usuário. Erros que comprometam os resultados do processo exigem intervenção imediata. Melhorias ou questões de desempenho podem ser abordadas com mais calma.

8.3. Regras de negócio

Analista e programador trabalham atrelados a pessoas que conheçam a área onde vai atuar o agente automatizado (conheçam o negócio). A essência multidisciplinar dos agentes automatizados fica evidenciada com esta afirmação de mútua dependência: tecnologia e saber da área específica se somam num agente automatizado. No caso do processo judicial, tecnologia mais direito processual.

Para os tecnólogos, todos os códigos, resoluções, portarias e tudo o mais que discipline o processo judicial são repositórios de regras de negócio do processo. Para construir os agentes automatizados, algum jurista deve interpretar tais textos e apontar, para eles, o significado com que deverão ser tomados para a construção do agente automatizado. Os elementos do negócio precisam ser identificados e estruturados. Entrevistas e pesquisas são muito utilizadas pelos analistas nessa fase de entendimento das regras de negócio.

Três coisas importantes para os juristas precisam ser entendidas aqui:

- a) se a lei, em termos gerais, tiver problemas, isso não se situa na área do analista e do programador, ou seja, na área da tecnologia. O problema está na regra de negócio;
- b) o agente automatizado é, então, uma interpretação (ou algumas) do texto legal que é transformada num programa de computador. Qualquer outra interpretação que não se inclua no rol de possíveis interpretações que o definidor da regra de negócio passou para o analista está fora. Desaparece do horizonte do processo. Por mais chocante que isso seja para os juristas e, principalmente, para os juízes, esta é a realidade; e
- c) o agente automatizado, que é expressão de certa visão do Direito, só será legítimo se quem tomou o texto legal, o interpretou e orientou a criação do agente tem legitimidade para desempenhar esse papel.

Enfim, como o agente automatizado é uma construção tecnológica, um robô, quem efetivamente responde pelos atos desses agentes?

9. A norma tecnológica (eNorma): o jurídico incorporando o tecnológico

Pero, por sobre todo, el concepto de norma en calidad de concepto fundamental es considerado, en la teoría general del derecho, como irrenunciable⁽⁴⁸⁾.

(48) LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 5.

9.1. Agentes e atos. Sujeito automatizado e ato de software. Norma tecnológica — eNorma. Ato de software ou ato tecnológico — eAto

Nos dois últimos itens, fez-se uma abordagem conceitual e exemplificativa do aporte que as ciências tecnológicas deram para o avanço do ente processual. Para os fins deste artigo, concentrou-se o esforço nas ideias de *automação* e de *agente automatizado*. As lições da Engenharia do Conhecimento, que concretizam lições oriundas da teoria dos sistemas, da cibernética e da engenharia de *software*, nortearam a exposição.

É chegada a hora de pôr tudo isso sob luzes jurídicas porque, no final e ao cabo, o impacto das inovações trazidas pelas NTICs se dá no palco jurídico e é sob o viés do jurista que as novidades se devem incorporar à estrutura do Direito.

Agentes (sujeitos) e *atos* são elementos conhecidos do jurista, abundantes no encaminhamento da abordagem científica do sistema funcionalmente diferenciado denominado *processo*: o método de atuação do Poder para impor o Direito.

Ora, como se demonstrou abundantemente, as novas tecnologias mexem direta e objetivamente nas noções tradicionalmente assentadas desses dois elementos fundamentais do processo: o *agente* (sujeito) e, conseqüentemente, o *ato*. *Agente automatizado* é a expressão da Engenharia do Conhecimento para agentes não humanos, sem as limitações, defeitos e qualidades do homem. Para o engenheiro, o agente automatizado é uma conquista inestimável da tecnologia. Para o jurista, o mesmo agente automatizado é um sujeito emergente, misterioso, não humano, capaz de praticar atos (atos?), coisa até agora vista como exclusividade do homem.

Como incorporar as novas possibilidades, trazidas pela tecnologia, no arcabouço teórico-jurídico do Direito e do processo?

Niklas Luhmann, mencionado na epígrafe deste item, destaca que a norma jurídica, como conceito fundamental, tem sido considerada irrenunciável para as construções teórico-científicas do Direito. E é pela via da norma, mais uma vez, que o Direito pode promover as atualizações da TGP, necessárias para ajustar o arcabouço descritivo tradicional do processo à realidade mutante que surgiu no horizonte, nos últimos anos (o processo eletrônico).

Um agente automatizado jurídico (sujeito automatizado) é uma norma jurídica que se aplica automaticamente e, portanto, uma norma jurídica que se exprime, no mundo fenomenológico, gerando efeitos, independentemente de qualquer ação humana imediata. Só mediatamente o sujeito humano participa da estruturação do sujeito automatizado. Do ato, em si, o sujeito humano não participa nem mediata nem imediatamente, uma vez que a eNorma é uma norma jurídica que é capaz de se exprimir em “ato” sem atuação humana.

Agentes automatizados (sujeitos automatizados) e seus *atos*, portanto, sob enfoque jurídico, são, respectivamente, normas jurídicas autoaplicadoras (eNormas) e os resultados dessas autoaplicações (eAtos). Tais normas postam-se, na cadeia procedimental, no lugar de agentes humanos, para promover, na mesma cadeia, o surgimento de *atos e efeitos* que, tradicionalmente, seriam provocados pelos tais agentes humanos.

O sujeito ou agente automatizado *age* (como programa de computador que é, executa-se!) e, de sua ação (execução!), nascem elementos conformadores da cadeia procedimental *idênticos* aos que um humano seria capaz de agregar. Pode ser uma decisão (controle de fluxo) tomada a partir da análise do estado do sistema alcançado no momento imediatamente anterior (como quando, no papel, um servidor percebe a existência de um pleito de liminar e dá aos autos o encaminhamento adequado) e pode ser uma providência específica de cumprimento que faz o processo

avançar para um novo estágio (uma certidão de transcurso de prazo). Em ambos os casos, a cadeia procedimental avança para um estágio diferente do atual, sem que o impulso e a transformação tenham demandado qualquer intervenção humana.

Como se viu, a TGP não contempla tais novidades, principalmente porque elas não significam mera substituição do homem pela máquina, como pensam alguns e como pode induzir a pensar uma análise superficial.

O agente automatizado está longe de ser equiparável a um humano, por inúmeras razões. Portanto, a simples substituição do homem pelo *software*, nesse caso, precisa ser teorizada e adequadamente entendida, no seu alcance e efeitos, para garantir a validade do processo feito com sua participação. O Direito precisa, pelas suas operações internas e próprias, validar essa integração do *software* ao rol de agentes processuais.

O ato de um agente automatizado não tem expressão teórico-jurídica de qualquer espécie na TGP. Para o Direito, até agora, atos são *humanos*. Qual a qualificação que tais atos *automatizados* (eAtos) merecerão no mundo jurídico? O antigo critério distintivo, fundado no *humano*, já não é mais adequado? É necessário fazer uma nova distinção porque o gênero ato parece ter ganhado espécie nova, coisa só pensável e aceitável no mundo das NTICs.

O fato inquestionável é que as noções de agente (sujeito) e ato precisam ser repensadas e que os desdobramentos de tais teorizações serão muito expressivos. O avanço do processo eletrônico ocorrerá, doravante, pela crescente incorporação desses dois elementos: eNormas e eAtos. A TGP precisa percebê-los e atualizar, para começar, a teoria dos atos processuais.

9.2. Reflexões jurídicas sobre o agente automatizado (norma tecnológica ou eNorma)

A título de impulso para o início de uma mirada cuidadosa do agente automatizado

(eNorma), sob a égide do pensar jurídico, aproveitam-se reflexões de outro artigo, de 2012, adiante sintetizadas. Alguns aspectos da norma tecnológica estão postos para suscitar mais aprofundadas reflexões e o avanço para um novo nível da teoria e das possibilidades de avanço do processo judicial.

A eNorma ou norma tecnológica é, pelas características adiante expostas, uma nova espécie normativa. Desde Kelsen, a teoria das normas evoluiu pelas mãos de grandes jusfilósofos como Herbert Hart (normas primárias e secundárias) e Ronald Dworkin (princípios e regras). Os cientistas do Direito deste século XXI estão diante de uma nova espécie de norma: a eNorma. Os movimentos de Hart e Dworkin foram de caráter de observação: tudo já estava lá, mas a teoria demandava uma operação de *observação* (distinção + indicação), à la Spencer Brown⁽⁴⁹⁾. No caso da eNorma, ocorreu um fenômeno de *emergência*. Esse tipo normativo jamais existiu, nem existia. Há duas décadas, não era possível contemplá-lo e teorizá-lo. A norma tecnológica é um produto da fusão do Direito com as novas tecnologias e sua observação e teorização só podem ocorrer agora, neste momento.

Doravante, a ciência processual só conseguirá dar conta de uma teorização adequada do seu objeto se lançar mão dessa nova categoria normativa: a *norma tecnológica*. Ela é especial e justifica seu tratamento à parte. Lançam-se, abaixo, algumas ideias que justificam o destaque dado à mesma.

Norma tecnológica é a norma que foi levada à codificação (expressa em linguagem tecnológica), ou seja, a interpretação da norma textual, da norma *prima facie*, escolhida para prevalecer mediante incorporação no algoritmo do sistema processual. Ela ganha expressão adequada para aplicar-se autonomamente.

(49) Conforme a interpretação de Niklas Luhmann para a teoria das formas de Brown: LUHMANN, NIKLAS. *Introdução à teoria dos sistemas...*, p. 155.

Não é preciso lembrar que a complexidade da interpretação⁽⁵⁰⁾ levou à estruturação de um ramo específico próprio — a hermenêutica — tão caro a todos os cientistas. Parece que a própria hermenêutica deverá debruçar-se sobre essa nova categoria científica — a *norma tecnológica* —, notadamente para considerar que o momento de incidência de suas diretrizes interpretativas altera-se profundamente, além de outros efeitos de notável alcance para a vida do Direito. A eNorma é uma interpretação cristalizada, final, que não sofre mais de influxos hermenêuticos. Dadas as condições, advém a aplicação.

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

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

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

e deve-se falar em pseudocontextualização e em abolição de discursos de adequação.

O *software* pode ser um caminho aberto para a *desjuridicinalização* (terceirização?) da atividade jurisdicional. Em verdade, quando se faz um *software*, transforma-se numa estrutura informática (programa) determinada visão interpretativa da norma aplicável naquele momento/ato. Se o programador, aproveitando-se de seus saberes e do desconhecimento dos juristas que lhe definem as regras de negócio, toma a decisão de fazer algo de determinada forma, ele está “surrupiano” o poder (competência) de alguém que fez concurso, tomou posse e comprometeu-se, sob juramento, a tomar tais decisões sob inspiração de inúmeros princípios do processo.

Mesmo que haja um “comitê”, como está na moda, para tomar a decisão a respeito da interpretação a ser *cristalizada* no sistema, percebe-se, primeiro, que há um deslocamento da decisão para fora dos autos (sai das mãos do juiz a decisão a respeito — juiz natural?) e, segundo, que talvez a decisão sobre a interpretação a ser aplicada advenha de pessoas que nem sequer são juristas⁽⁵¹⁾. Como informa Danielle Keats Citron, reportando-se às constatações feitas na pesquisa em torno dos sistemas de gestão de benefícios, nos Estados Unidos, “the computer programmers made new policy by encoding rules that distorted or violated established policy”⁽⁵²⁾.

(51) MURPHY, Mark c. *Philosophy of Law...*, p. 69-70: “Ser juiz é ser designado pelas regras como alguém cujas aplicações das regras daquele sistema, ou alguma das regras daquele sistema, é considerada autoritativa. Você poderia ser extraordinariamente bem informado sobre o direito na sua sociedade, sobre os casos que estão em disputa, e sobre os fatos relevantes que precisam ser considerados; e você pode então ter coisas extremamente inteligentes a dizer sobre como tais casos deveriam ser entendidos. Mas falta-lhe o poder de decidir os casos [...]”. [tradução livre]

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

A isso se soma um fenômeno implícito de *vinculação*, para o bem e para o mal. A partir daquele momento, independentemente de onde o processo corra, está definido que, naquele particular aspecto, será conduzido daquela maneira. Evidencia-se aí, com toda força, a rigidez estrutural introduzida pela *softwarização*. O *software* é trivial (Heinz Von Foerster⁽⁵³⁾), lógico-formal, binário, causal. Nem de longe se orienta por modelos lógico-modais ou deonticos, como é próprio do jurídico e da análise, caso a caso, daquele particular aspecto nos vários processos.

Uma maior precisão conceitual de *norma tecnológica* também deixará claro que, neste nível, não há espaço para *textura aberta*, no sentido de Herbert Hart, para quem comunicar padrões gerais de conduta é essencial para o Direito. Segundo o jusfilósofo, dois veículos são usados nesta comunicação: a legislação e o precedente. Em ambos, existe a ideia de otimização da comunicação pela subsunção de fatos às regras que permite conclusões silogísticas simples. Os teóricos anteriores ignoraram que “[...] há um limite, inerente à linguagem, quanto à orientação que a linguagem pode oferecer”⁽⁵⁴⁾. As técnicas interpretativas reduzem o problema, mas não o eliminam. O formalismo preconizado esboroa-se e, nos silogismos, em muitos casos, “[...] a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que não possa ser arbitrária ou irracional”⁽⁵⁵⁾. A essa característica das regras, decorrente do fato de terem de ser formuladas com termos gerais, Hart denomina de *textura*

aberta⁽⁵⁶⁾. A codificação tecnológica da norma exige a eliminação da possibilidade da escolha — exercício da faculdade de julgar — no fechamento do silogismo.

Falando sobre a rigidez estrutural dos códigos (embora não trate de programas de computador), Luhmann faz uma afirmação muito pertinente para o âmbito deste trabalho também: “el código no ofrece ninguna posibilidad de adaptación del sistema a su entorno”⁽⁵⁷⁾. Isso afirmado numa perspectiva operativa da estrutura, não evolutiva, que aliás é a que aqui interessa, pois num horizonte de evolução a adaptação está sempre envolvida.

As lições de Tercio Sampaio Ferraz Jr.⁽⁵⁸⁾ são importantes, neste aspecto, também. “[...] casos há em que o decididor (o juiz, o funcionário administrativo) é convocado a decidir através de avaliações próprias, assumindo papel análogo ao do próprio legislador [...] fala-se, assim, em conceitos indeterminados [...]” Na esteira de Hart, diz Ferraz Jr., ainda, que “[...] toda construção normativa, por se utilizar de linguagem comum mesclada com um jargão técnico, exige interpretação”. Por isso que, “[...] supõe-se que uma clarificação, por parte do decididor, no momento de aplicação da norma, seja necessária”. Além de somar-se, aí, para o caso do processo eletrônico, a *expressão tecnológica da norma*, que não se confunde com a técnica referida (jurídica), tem-se de considerar (a) que o momento da aplicação é deslocado no fluxo processual e (b) desaparece aquela interpretação feita à luz da consideração ampla das características do caso concreto.

10. A postura teórica de Didier (citado por Roveda) e os agentes automatizados: desatualização da teoria

A extensão do artigo exige se repitam, aqui, para o conforto do leitor, algumas ideias.

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

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

(55) HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*, p. 140.

(56) HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*, p. 141.

(57) LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 133.

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

Em item denominado “conceito de ato processual”, Fredie Didier Jr. alerta para a polêmica que cerca o assunto dos atos e menciona rapidamente quatro diferentes correntes doutrinárias para, em seguida, dar sua posição a respeito. Pela síntese e pelo fato de posicionar-se, toma-se este autor para a observação reportada neste artigo.

A primeira corrente doutrinária lembrada por Didier entende que se o ato *produz efeitos no processo*, então ele é processual. Posição de Marco Aurélio Greco⁽⁵⁹⁾. Para a segunda corrente, somente *atos dos sujeitos da relação processual* são processuais. Para uma terceira corrente, um ato é processual se é *praticado no processo* (sede). Finalmente, a quarta corrente considera processual o ato *praticado pelos sujeitos processuais no procedimento*. É a posição de Dinamarco⁽⁶⁰⁾: “Para ser ato *processual* a conduta humana realizada no processo deve ser dotada de *efeitos sobre este*.” As palavras-chave para a classificação, portanto, são: *efeito, sujeito e sede*, valendo destacar que a última corrente fala em procedimento e não em processo, dois conceitos que só aumentam a polêmica.

Há duas advertências preventivas e relevantes de Didier, considerando-se o cenário nebuloso dado acima: “[...] como se trata de discussão doutrinária, não há concepção certa ou errada”⁽⁶¹⁾ e “toda classificação é uma arrumação do caos de acordo com critérios lógicos e razoáveis, com o objetivo de facilitar a compreensão dos fatos da vida”⁽⁶²⁾.

(59) GRECO, Marco Aurélio. *Norma jurídica tributária*. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 53.

(60) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 2. p. 469-471. Diz Dinamarco que “todos os atos do processo são atos dos sujeitos processuais” e “o ato realizado no processo por quem não seja seu sujeito não é ato processual e por isso não produz efeitos sobre ele — como seria o caso de uma pessoa estranha à relação processual apresentando contestação em benefício do réu”. Dinamarco trabalha com uma noção ampla de sujeito processual.

(61) DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil...*, p. 265.

(62) DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil...*, p. 266.

Pondo sua posição, Didier sugere se distingam *atos processuais* e *atos do procedimento*, aumentando a confusão. Diz ele que a cláusula de eleição de foro deve ser tida como *ato processual*, mas não como ato do procedimento. Ato processual, para o autor, é gênero de que os atos praticados no bojo do procedimento são espécie. Vê-se logo, sob tal enfoque, que o SEPAJ cria o “ambiente do procedimento” e, portanto, os atos do sistema são atos da espécie *atos do procedimento*.

Finalmente, avançando para o que aqui interessa particularmente, o autor tenta a prometida conceituação de ato processual (do gênero): “Todo ato humano que uma norma processual tenha como apto a produzir efeitos jurídicos em uma relação jurídica processual pode ser considerado como um ato processual.”⁽⁶³⁾ Isto é, não importa se o ato se insere na cadeia do procedimento ou não. A dependência da norma processual e a alusão à “relação jurídica processual” poderiam suscitar muitas considerações. Foca-se apenas a vinculação do ato ao homem (humano), algo que Dinamarco também destaca sobremaneira: “[...] condutas humanas realizadas no processo.”⁽⁶⁴⁾

O autor ratifica a ideia, em outros termos: “Assim, *ato processual* é todo aquele comportamento humano volitivo que, considerado pelo Direito como relevante para o processo, está apto a produzir efeitos jurídicos na relação jurídica processual.”⁽⁶⁵⁾

Postas tais assertivas contra o pano de fundo que se desenhou neste artigo, constata-se, imediatamente, a necessidade de reconsiderar a certeza de que o ato processual tem de ter o qualificativo de humano: “ato humano”, “comportamento humano volitivo”. A automação fere de morte tal assertiva, válida e

(63) DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil...*, p. 265.

(64) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 469.

(65) DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil...*, p. 266.

precisa para o processo não eletrônico que é eminentemente mecânico.

O *software* permitiu que a cadeia procedimental ganhasse “atos” — permita-se chamá-los assim — diferenciados, praticados não mais por humanos mas pela ferramenta de automação por excelência que é o programa de computador. Os agentes automatizados chegaram ao processo, vagarosamente, mas a tendência será sua crescente expansão.

Aliás, marque-se bem, quando a replicação do processo em papel for plenamente alcançada no ambiente virtual (por enquanto há muita dificuldade, ainda, a ser enfrentada!), a evolução sistêmica ocorrerá pela incorporação continuada e crescente da automação nas tarefas e atividades da cadeia procedimental. É por aí que se fará a evolução dos SEPAJs e se cumprirão as promessas constitucionais da razoável duração do processo e da celeridade.

Isso significa que a evolução se fará pela crescente assunção de atos humanos pela máquina e seus programas. O catalisador dessa evolução será, exatamente, o avanço tecnológico que permita, cada vez mais, traduzir, em algoritmos eficazes, as funcionalidades que, por enquanto, estão entregues ao humano.

Além do qualificativo **humano**, Didier utiliza, na segunda frase mencionada, duas outras palavras-chave: **comportamento** e **volitivo**. Elas remetem ao vivo e ao humano, embora *comportamento* seja usado, metaforicamente, com frequência, em relação a máquinas.

No Dicionário Aurélio, no verbete respectivo, vê-se que comportamento é “[...] procedimento, conduta [...] atitudes e reações [...] que se podem observar num indivíduo [...]”⁽⁶⁶⁾. Sob as diretrizes mencionadas, os juristas sempre fizeram suas observações reservando a denominação de ato àquilo que advinha da atuação humana. O ato sempre apareceu, nesse exercício,

(66) FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI*. Versão 3.0. São Paulo: Lexikon Informática, 1999.

intimamente vinculado ao homem, daí os qualificativos de “humano”, “comportamental” e “volitivo”.

Se observar é *distinguir e indicar*⁽⁶⁷⁾, então aquela descrição teórica já não se sustenta. A observação do procedimento, num ambiente eletrônico, evidencia que aquela distinção está ultrapassada e a teoria precisa exprimir as metamorfoses que alcançaram o processo. Ou a distinção utilizada já não é útil para indicar o elemento básico do procedimento (o ato). Ou ela deve continuar a separar, sem alterar o universo indicado, mas amparando-se em outros critérios de distinção, pois a automação detona a “humanidade” como critério eficaz.

Enfim, aparece ao menos um desconforto no ar: “A emergência de novas teorias é geralmente precedida por um período de insegurança profissional pronunciada, pois exige a destruição em larga escala de paradigmas e grandes alterações nos problemas e técnicas da ciência normal [...] O fracasso das regras existentes é o prelúdio para uma busca de novas regras.”⁽⁶⁸⁾ Pensa-se que este seja exatamente o caso.

11. Considerações finais

Sempre que a realidade se transforma, a teoria da área onde ocorreu a metamorfose se dá conta, em certo momento, de que houve uma violação das expectativas paradigmáticas. Um trabalho deve ser feito, então, para promover os ajustes necessários na teoria do paradigma de modo que o anômalo se torne o esperado. São as lições de Kuhn.

No caso do processo eletrônico, há muitos fatos novos, emergentes, a serem observados e descritos para que se tornem cientificamente reconhecidos. Esse esforço completará aditivamente a teia teórica do processo com novos conceitos e noções.

Em tese apresentada no 53º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, em 2013,

(67) LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas...*, p. 152 e ss.

(68) KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas...*, p. 95.

Luiz Carlos Roveda, falando do processo eletrônico, realça déficits teóricos na TGP e, especialmente, na teoria dos atos processuais. E sugere soluções para os problemas apontados.

Há méritos na tese e, também, algumas fragilidades. A principal fragilidade é a tentativa de ajustar as coisas pela via da extirpação, do âmbito processual, daquilo que é novo e não contemplado pela teoria. A manobra consiste em negar o *status* de processual àquilo que é novo e não foi contemplado na teia teórica da TGP.

Demonstra-se, neste artigo, que há, de fato, coisas novas mexendo com a teoria dos atos processuais — gerando anomalias — e que é a teoria que se deve ajustar à realidade do objeto descrito — o processo —, com suas novas feições. Não o contrário.

A engenharia do conhecimento, sintetizando saberes de outras ciências da complexidade, ocupa-se da incorporação da tecnologia aos processos de negócios e tem, nos agentes automatizados, uma ferramenta preciosa de aceleração e aperfeiçoamento de tais processos.

O processo judicial ganhou esse aporte tecnológico e revolucionou-se. O *software* invadiu o procedimento e desatualizou rapidamente a TGP. Agentes e atos inovadores precisam ser teorizados, descritos, entendidos e contemplados na malha científico-teórica do novo processo. O humano cedeu lugar à máquina, em variados pontos da cadeia procedimental, num movimento que tende a expandir-se de forma crescente. Sujeitos não humanos, automáticos, e seus atos, passaram a ocupar vértices importantes das figuras poliédricas descritivas do processo.

Para os juristas, a *norma* é o canal para agregar tais inovações. Os sujeitos automatizados são normas com expressão tecnológica, capazes de se autoaplicar (normas tecnológicas ou eNormas). Se se autoaplicam, produzem *atos* — atos de software, atos tecnológicos, atos automáticos ou eAtos, os quais ocupam espaços na cadeia procedimental como se oriundos do humano fossem. Portanto, eNormas (normas tecnológicas) e eAtos (atos tecnológicos).

A aparente *identidade* dos atos automáticos com os atos humanos é traiçoeira e esconde detalhes relevantes para o jurista: muitas características desse novo ente normativo — a eNorma — a diferenciam das demais normas e sugerem se trate de espécie normativa nova.

Pondo-se tudo isso contra a luz da tradicional TGP e suas variadas correntes sobre o ato processual, vê-se que há quebras na teia teórica, cujos nós já não representam com fidelidade os nós e relações que a realidade processual apresenta.

Espera-se que as reflexões deste trabalho sejam aprofundadas pelos leitores e ajudem os juristas a entenderem o novo processo, para melhor utilizá-lo, com segurança, sob a inspiração dos princípios constitucionais da celeridade e da razoável duração do processo.

12. Referências bibliográficas

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

CRUZ, Tadeu. *Uso e Desuso de Sistemas de Workflow: porque as organizações não conseguem obter retorno, nem sucesso, com investimento em projetos de workflow*. Rio de Janeiro: E-papers Serviços Editoriais, 2006.

_____. *Workflow: a tecnologia que revolucionou processos*. Rio de Janeiro: E-papers Serviços Editoriais, 2004.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2010. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 2, 682p.

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

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

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI*. Versão 3.0. São Paulo: Lexikon Informática, 1999.

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

- GRECO, Marco Aurélio. *Norma jurídica tributária*. São Paulo: Saraiva, 1974.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofia del Derecho*. 3. ed. Buenos Aires: Claridad, 1944.
- JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.
- KRAMMES, Alexandre Golin. *Workflow em processos judiciais eletrônicos*. São Paulo: LTr, 2010.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Wanderley Rodrigues. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad. (Das recht der gesellschaft)*. Formatação eletrônica. Versão 5.0, de 13.1.2003. Disponível em: <<http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/04/el-derecho-de-la-sociedad-niklas.html>> Acesso em: 10 nov. 2011.
- _____. *Introducción a la teoría de sistemas*. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996.
- _____. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. de Ana Cristina Arantes. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.
- _____. *La sociedad de la sociedad. (Die gesellschaft der gesellschaft)*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2006.
- MURPHY, Mark c. *Philosophy of Law: the fundamentals*. Oxford: Blackwell, 2007.
- PEREIRA, S. Tavares. *O processo eletrônico e o princípio da dupla instrumentalidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1937, 20 out. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11824>>. Acesso em: 16 mar. 2009.
- _____. *Processo eletrônico, software, norma tecnológica (eNorma) e o direito fundamental à transparência tecnológica*. Elementos para uma teoria geral do processo eletrônico. Disponível em: <<https://docs.google.com/file/d/0B81pFflVFMJFRUH5SkE3LUxaNHc/edit>> Acesso em: 29 jul. 2013.
- _____. *Processo eletrônico, máxima automação, extraoperabilidade, imaginalização mínima e máximo apoio ao juiz: ciberprocesso*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35515>> Acesso em: 3 abr. 2009.
- _____. *Processo eletrônico no novo CPC: é preciso virtualizar o virtual*. Elementos para uma teoria geral do processo eletrônico. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21242/processo-eletronico-no-novo-cpc-e-preciso-virtualizar-o-virtual>> Acesso em: 3 abr. 2012.
- ROVEDA, Luiz Carlos. *Primeiras Linhas de Teoria Geral do Processo Eletrônico*. Anais do 53º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2013.
- SHYAM, Sankar. *The rise of human-computer cooperation*. Disponível em: <http://www.ted.com/talks/shyam_sankar_the_rise_of_human_computer_cooperation.html> Acesso em: 16 set. 2012.
- TERBORGH, George. *The automation hysteria*. New York: Norton & Company, 1965.
- WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade*. O uso humano de seres humanos. 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1954.

Meio ambiente do trabalho e Poder Público: crítica póstera à Portaria n. 66/2013, da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado de Rondônia

Guilherme Guimarães Feliciano^(*), Ney Maranhão^(**) e Flávio Leme Gonçalves^(***)

Resumo:

- ▶ Na complexidade das relações produtivas do século XXI, a literalidade do preceito contido no art. 161 da CLT reclama uma leitura hermenêutica que atualize a regra, adaptando-a ao nosso tempo e aos próprios conteúdos deônticos da Constituição da República de 5.10.1988. Nessa ordem de ideias, é mister compreender que a delegação do poder de interdição administrativa aos corpos de auditores fiscais é praxe plena de legitimidade, na sua causa e em seus efeitos. Mais que isso, mesmo quando ausente, impende reconhecer que, em situações de risco grave e iminente, os auditores fiscais estão habilitados a interditar estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, seja por dever de ofício, seja mesmo em caráter de legítima defesa dos interesses de terceiros.

Palavras-chave:

- ▶ Interdição de estabelecimento — Fiscalização do trabalho: competências — Art. 161 da CLT — Auditor fiscal do trabalho: poderes.

(*) Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP. Doutor em Direito Penal e Livre-Docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de São Paulo. Ex-Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região (AMATRA XV) (gestão 2011-2013). Diretor de Prerrogativas da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) (gestão 2013-2015).

(**) Juiz do Trabalho Substituto (TRT da 8ª Região – PA/AP). Doutorando em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista

em Direito Material e Processual do Trabalho pela Università di Roma – La Sapienza (Itália). Professor Universitário (graduação e pós-graduação). Membro do Instituto Goiano de Direito do Trabalho (IGT), do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (IPEATRA) e do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior (IBDSCJ).

(***) Advogado do escritório AeG Advogados Associados. Pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Constitucional Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor Universitário.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Trabalho decente e meio ambiente laboral hígido. O art. 161 da CLT
- ▶ 3. Competência administrativa para interdições e embargos. O caso de Rondônia
- ▶ 4. Poderes-deveres dos auditores fiscais do trabalho: interpretação conforme
- ▶ 5. À guisa de conclusão: reconsiderando o direito à luz dos fatos

1. Introdução

Preceitua o art. 225 de nossa Constituição Federal, em seu *caput*, que “*todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”. Frisa, ademais, que “*as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*” (§ 3º). Como se percebe, a luta por um meio ambiente equilibrado detém indiscutível nótula *jusfundamental* (porque está ligada à garantia de vida digna), constitui interesse *difuso* (porque interessa a cada um e a todos) e se estriba em vetor de forte caráter *publicista* (cuidando-se de um inescusável dever que enlaça, em tônica cooperativa, qualquer pessoa — física ou jurídica — e qualquer poder — privado ou público). Não por outra razão, a tutela constitucional ambiental é a única a admitir, ao lado da tutela constitucional da ordem econômica e financeira (art. 173, § 5º, CF), a *responsabilidade penal da pessoa jurídica*, quebrando um paradigma secular do Direito Penal (*societas delinquere non potest*) e ensejando, ao menos em tese, a imputação de crimes ambientais ao próprio Estado (v. art. 3º da Lei n. 9.605/1998).

De outra banda, já está adquirido que o conceito de *meio ambiente humano*, como ensaiado nas Declarações de Estocolmo (1976) e do Rio de Janeiro (1992), compreende e recobre, em indissolúvel unidade gestáltica, as noções de meio ambiente natural, meio ambiente articial,

meio ambiente cultural e o próprio *meio ambiente do trabalho*. Esse reconhecimento, longe de ser mera elucubração acadêmica, deriva da vontade do próprio Poder Constituinte originário, como se vê, p. ex., no art. 200, VIII, da Constituição Federal. E, não sem razão, a mesma Constituição também garante aos trabalhadores o *direito fundamental* à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, inciso XXII). Isso significa que, se o valor social do trabalho constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso IV), e se a ordem social tem como base o primado do trabalho (art. 193), no mesmo passo em que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*), é de rigor entender que não está em causa, em tais postulados constitucionais, a segurança e a universalidade de *qualquer* trabalho, como se o ideal do pleno emprego (art. 170, VIII) se bastasse com a tendencial ocupação de toda a população economicamente ativa, inclusas as ocupações vis, desumanas e precárias.

A magnífica importância que o mundo do trabalho logrou auferir no bojo da Carta de 5.10.1988 não prescinde de um enlace vigoroso de toda a sua semântica com a ideia do **trabalho decente**, para emprestar a expressão já consagrada pela Organização Internacional do Trabalho. E, por trabalho decente, há que se entender trabalho *digno, limpo, saudável e seguro*. Sem esses quatro predicamentos — ou, como queiram, sem o primeiro, que termina abarcando os demais —, o trabalho que acaso existir poderá ter valor econômico, mas jamais o terá social; será trabalho humano, mas

desvalorizado, porque desvalioso; e, se tiver plenitude, será pleno em sentido meramente econômico, jamais em acepção petica. Mas o “pleno emprego” constitucional obviamente não pode ser uma grandeza puramente econômica. É, também, senão antes e sobretudo, uma grandeza *jurídica* — e, logo, ética. Trabalho indigno, porque sujo, doentio e/ou inseguro, deve ser repensado, reformulado e recuperado; e, se irremediavelmente indigno, deve ser preferencialmente abolido (para o que servirão, afinal, as técnicas de mecanização e de automação). Ou alguma conjuntura econômica poderia justificar, em nossa quadra civilizatória, o emprego de mão de obra escrava? Decerto que não. Logo, buscar a dignidade no trabalho — o que envolve promover *habitats* laborais hígidos (= meio ambiente do trabalho equilibrado) — é *dever constitucional* que também deriva do art. 225 da Constituição, para a sociedade civil e fundamentalmente para o *Estado*.

Compreendamos melhor, porém, essa binomia autoimplicada.

2. Trabalho decente e meio ambiente laboral hígido. O art. 161 da CLT

No plano infraconstitucional, há muito está sedimentado o papel tuitivo do Estado em relação à qualidade do meio ambiente do trabalho, para o que o poder público, em sua esfera administrativa, sempre teve papel nuclear. Recorde-se, a propósito, o que está disposto no art. 161 da Consolidação das Leis do Trabalho: “O *Delegado Regional do Trabalho*, à vista do laudo técnico do serviço competente que demonstre grave e iminente risco para o trabalhador, poderá interditar estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, ou embargar obra, indicando na decisão, tomada com a brevidade que a ocorrência exigir, as providências que deverão ser adotadas para prevenção de infortúnios de trabalho” (com a redação da Lei n. 6.514/1977). E é esse o ponto que nos move às presentes reflexões.

Muito embora a CLT, em seu texto original, atribua tais poderes ao “*Delegado Regional do*

Trabalho” — correspondente ao atual Superintendente Regional do Trabalho e Emprego —, a busca por maior concretude prática dessa disposição implicou natural delegação dessas aptidões aos Auditores Fiscais do Trabalho, diante da grandeza dos direitos fundamentais em jogo, a alcançar a vida, a saúde e a integridade psicossomática dos trabalhadores, como também pela sua inevitável difusão (*ut* art. 225, *caput*, CF): tutela concentrada e inflexível é tutela estéril em sede de interesses difusos. Por isso, com excelentes razões práticas e teóricas, a delegação dos poderes do art. 161 da CLT aos AFTs converteu-se em praxe administrativa plenamente sedimentada no Brasil, até porque legítima nas causas e nos efeitos. De acordo com a Presidente do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT), apenas o Estado do Rio de Janeiro ainda não a havia adotado (Fonte: <<http://www.sinait.org.br/?r=site/noticiaView&id=7823>> Acesso em: 30 jul. 2013).

Praxe *legítima nas causas*, como dito. Porque são precisamente os Auditores Fiscais do Trabalho os profissionais que estão em contato diário com as mais variadas situações de grave e iminente risco à vida, à saúde e à integridade psicossomática dos trabalhadores. Porque, tanto quanto os superintendentes, detêm o necessário preparo técnico para avaliar a necessidade de interditar ou embargar (mesmo porque não é a formação, a especialização ou o conhecimento o que necessariamente distinguirá, nas diversas superintendências, a pessoa do superintendente de cada um dos seus auditores subordinados).

E praxe *legítima nos efeitos*. Porque tais delegações consubstanciam, a rigor, medida descentralizadora perfeitamente afinada com o princípio constitucional da *eficiência* (art. 37, *caput*, CF), informador dos serviços públicos, como também com o imperativo constitucional de tutela da *dignidade humana*, epicentro axiológico da nossa Carta Magna (art. 1º, III), já que a tutela concentrada e indelegável importaria, no dia a dia, em *insuficiência de*

tutela, notadamente nas unidades federativas economicamente mais desenvolvidas, em que o empreendedorismo pulveriza-se em iniciais empresariais as mais diversas, em todo o território e em todos os segmentos.

3. Competência administrativa para interdições e embargos. O caso de Rondônia

A despeito, porém, dessa dupla legitimidade, a Superintendente Regional do Trabalho e Emprego no Estado de Rondônia (SRTE-RO) viu-se animada a *suspender* a competência administrativa dos Auditores Fiscais do Trabalho para interditar máquinas e embargar obras, mesmo quando constatada situação de grave e iminente risco para a saúde ou segurança do trabalhador. Na contramão da eficiência administrativa, avocou para si a competência legal originária do art. 161 da CLT, minando um modelo já consagrado, e assim se fechou em copas. A fatídica resolução foi publicada no Diário Oficial da União — DOU do dia 23 de julho de 2013, por meio da Portaria n. 66, de 22 de julho de 2013.

Como não poderia deixar de ser, a abrupta medida causou profundo desconforto e intensa reclamação por parte dos mais diversos setores, em especial aqueles preocupados com a temática da saúde e segurança no trabalho. Mereceu, inclusive, nota pública de repúdio emitida pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (Fonte: <http://www.anpt.org.br/index1.jsp?pk_assoc_informe_site=18587&exibe_mais=n> Acesso em: 30 jul. 2013).

E a grita tem fundo de razão. O Brasil é dono de uma vergonhosa estatística de acidentes de trabalho, figurando entre os primeiros no *ranking* mundial. O número total de acidentes laborais registrados no Brasil aumentou de 709.474 casos em 2010 para 711.164 em 2011. O número de óbitos também registrou sensível incremento: de 2.753 mortes registradas em 2010, alcançamos 2.884 mortes em 2011. Quanto ao Estado de Rondônia, no particular,

passou de 5.101 acidentes de trabalho em 2009 para 5.280 em 2010 (Fonte: <<http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/dados-nacionais>> Acesso em: 30 jul. 2013). A contradição é evidente: concentrar-se-ão competências onde justamente cumpria disseminá-las, aumentando o efetivo de auditores e os empoderando.

Enfatize-se, pois: a Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado de Rondônia, em uma só canetada e sem qualquer justificativa plausível:

a) alterou disposição administrativa legitimamente sedimentada em praticamente todo o país, consistente em delegar aos Auditores Fiscais do Trabalho a competência administrativa para interditar estabelecimento, setores de serviço, máquinas ou equipamentos, ou embargar obras, em caso de constatação de grave e iminente risco ao trabalhador;

b) fragilizou todo um fluxo de crescente preocupação com a temática da saúde e da segurança do trabalhador, que é questão de inexorável *interesse público primário*, expressa há décadas em convenções internacionais (tal qual a Convenção n. 155 da OIT — Decreto n. 1.254, de 29.9.94), em disposições normativas internas (a exemplo da Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalho — PNSST, promulgada pelo Decreto n. 7.602, de 7.11.2011) e em valiosos programas institucionais (como, recentemente, o Programa “Trabalho Seguro”, do Tribunal Superior do Trabalho);

c) combaliu o pacto republicano de solidariedade em prol da proteção do meio ambiente (nele incluído o do trabalho), firmado em sede constitucional (art. 225, *caput*); e

d) instaurou um desnecessário quadro de potencial *retrocesso socioambiental*, atraindo com a cláusula de fomento à crescente melhoria da condição social dos trabalhadores (art. 7º, *caput*, CF) e com o próprio princípio da progressividade dos

direitos sociais (art. 25 do Pacto de San José da Costa Rica).

4. Poderes-deveres dos auditores fiscais do trabalho: interpretação conforme

A despeito dos concretos fatores que porventura tenham motivado tal ato infralegal — mesmo porque não dados claramente a conhecer —, algumas premissas são inarredáveis. A uma, é dever funcional de qualquer agente público cumprir a Constituição Federal e guiar-se pelos princípios nela insculpidos, o que alcança a tutela de salvaguarda do inalienável direito à vida, à saúde e ao meio ambiente equilibrado (inclusive o laboral). “Estrita legalidade”, para o agente público, não pode ser mera literalidade legal; tem de ser, para tudo e para todos, *legalidade estritamente material*, *i. e.*, legalidade ancorada nos valores constitucionais mais evidentes. Nessa medida, se compete à União proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (em concorrência com os demais entes federativos), e se ainda lhe cabe, nesse contexto (mas agora privativamente), organizar, manter e executar a fiscalização do trabalho (v. art. 21, XXIV, c.c. art. 23, VI, CF), está fora de dúvidas que nenhum AFT pode se furtar do inapelável dever funcional de assegurar a integridade da vida humana, razão última que legitima a existência do próprio Estado e de toda a aparelhagem administrativa que o compõe. Nessa esteira, retirar do auditor em serviço a possibilidade de interditar estabelecimento ou de embargar obra em situações de periclitância, onde há risco grave e iminente para a saúde ou segurança dos trabalhadores em atividade, é coarctá-lo em sua missão constitucional, atraindo para a União, nos termos do art. 37, § 6º, da CF, possível responsabilidade pelos danos que resultarem da insuficiência de proteção deliberadamente engendrada.

O Direito, porém, há de encontrar os seus próprios caminhos. Como bem se sabe, está insofismavelmente acolhido, na seara penal, o

instituto da *legítima defesa*, inclusive de terceiro. Na dicção do art. 25 do CP, “[e]ntende-se em *legítima defesa* quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (g. n.). Ora, mesmo na ausência de delegação administrativa expressa (que passa a faltar em Rondônia, à mercê da Portaria n. 66/2013), poderá o auditor, como qualquer cidadão, agir funcionalmente para repelir injusta agressão, atual ou iminente, à integridade psicossomática dos trabalhadores, *si et quando* estiverem submetidos a certo ambiente laboral desequilibrado. A lei os escudará. Daí que, malgrado ausente uma expressa delegação administrativa, *poderá o Auditor Fiscal do Trabalho em diligência*, uma vez identificado o risco grave e iminente de dano à vida e/ou à saúde dos trabalhadores, *lançar mão dos meios materiais ou administrativos necessários para arrostar tal perigo*, desde que o faça com moderação (= proporcionalidade). Como é de fácil inferência, a proteção da vida humana é mais que um encargo administrativo; é um dever humanitário.

Dito de outro modo, uma simples portaria administrativa não pode e jamais poderá subverter a lógica natural dos modelos normativos, sobrepondo-se à Constituição Federal e fazendo tábula rasa do que administrativamente já estava legítima e corretamente sedimentado. Na espécie, é fato que, sem qualquer argumento, lançou-se uma preocupante névoa de vulnerabilidade por sobre toda uma coletividade social que desfruta do direito à indenidade física e mental — pela qual, vimos, somos todos responsáveis, ao menos em alguma medida (art. 225, *caput*, CF). O bem jurídico tutelado, qual seja, a *vida humana* em todos os seus desdobramentos semânticos (saúde pública, integridade individual física e mental, autorrealização etc.), demanda ampla proteção e respeito, inclusive por parte do poder público; e, em sede ambiental, ações de cunho eminentemente preventivo. O advir

de um surreal ato administrativo que, em essência, obriga Auditores Fiscais do Trabalho a se absterem de proteger o trabalhador que se encontra sob risco de morte ou acidente iminente, perfaz uma desconcertante antípoda política dos princípios da prevenção e da precaução, que deveriam reger toda a matéria jusambiental (o que inclui o meio ambiente do trabalho, tanto mais quando é o próprio Estado a reconhecer que “[o] atual sistema de segurança e saúde do trabalhador carece de mecanismos que incentivem medidas de prevenção” — v. *Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalhador*, Brasília, MTE, 29.12.2004). Mais que uma singela retração administrativa de atribuições, articulou-se uma inexplicável afronta à legalidade material, ao prevencionismo labor-ambiental e à própria sensibilidade profissional.

5. À guisa de conclusão: reconsiderando o direito à luz dos fatos

Em 3 de dezembro de 2013, todavia, emergiram finalmente as esperadas luzes nos juízos da Superintendência Regional de Rondônia. Com a publicação da Portaria n. 122/2013, a Superintendente voltou a “[d]elegar Competência aos Auditores Fiscais do Trabalho em exercício na circunscrição da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego em Rondônia, inclusive aos integrantes dos grupos móveis de fiscalização para interdição de estabelecimento, setor de serviço, máquinas, equipamentos ou embargar obras, quando constatarem situação de grave e iminente risco para saúde ou segurança dos trabalhadores, nos termos do art. 161 da Consolidação das Leis do Trabalho, comunicando e dando ciência imediatamente a Superintendente por meio de comunicação disponíveis no local. Quando o local não oferecer nenhuma possibilidade, esse comunicado deverá ser feito no retorno do Auditor Fiscal a SRTE, em Porto Velho”.

E, se o fez, não fez sem um forte choque de realidade, diga-se. Com efeito, a decisão administrativa veio a lume depois que um embargo de obra determinado por auditores fiscais do

trabalho — à altura *sem delegação* — evitou, a rigor, tragédia que provavelmente comprometeria a vida de cerca de *quarenta trabalhadores*, em obras de hidrelétrica situada na jurisdição de Ariquemes. Leia-se, a propósito, a notícia na página do SINAT (Fonte: <<https://www.sinait.org.br/?r=site/noticiaView&id=8593>> Acesso em: 16 dez. 2013):

Decisão da Superintendente foi tomada depois que embargo determinado por Auditores Fiscais do Trabalho evitou tragédia que poderia matar mais de 40 trabalhadores em obra de hidrelétrica

A Superintendente Regional do Trabalho e Emprego em Rondônia, Ludma de Oliveira Correa Lima, assinou a Portaria n. 122, de 3 de dezembro, publicada no Diário Oficial da União nesta sexta-feira, 6, restabelecendo a delegação de competência a Auditores Fiscais do Trabalho para interditar máquinas e embargar obras. Desta vez, o texto da Portaria não apresenta restrições como a redação da Portaria publicada em 31 de julho, que previa que as ações dos Auditores Fiscais deveriam ser “em consonância” com a Superintendente. Agora, o texto prevê apenas que os atos deverão ser comunicados à Superintendência e, quando não houver condições para isso, o comunicado poderá ser feito posteriormente.

A Portaria delega, ainda, competência ao Chefe do Núcleo de Segurança e Saúde no Trabalho (NEGUR) para suspender o embargo ou interdição.

Esta é uma boa notícia para os Auditores Fiscais do Trabalho de todo o país, em especial para os lotados em Rondônia, e para o Sinait, que desde meados deste ano, tem buscado o restabelecimento da competência nos Estados da Paraíba, Paraná, Rondônia e Rio de Janeiro, onde atos dos Superintendentes proibiram a categoria de agir com autonomia nos casos de embargos e interdições em situações de grave e iminente risco para os trabalhadores. Além das denúncias, mobilizações, notas públicas, o Sindicato articulou com o deputado Amauri Teixeira (PT/DBA), a apresentação do Projeto de Lei – PL n. 6.742/2013, que já tem como relator

o deputado Policarpo (PT/DF), na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público – CTASP.

Tragédia evitada

Segundo relatos do Delegado Sindical do Sinait no Estado, Juscelino Durgo, a equipe quatro Auditores Fiscais do Trabalho inspecionou as instalações de três Pequenas Centrais Hidrelétricas — PCHs do grupo Canaã Geração de Energia S/A., todas localizadas na região da Ariquemes, a cerca de 200 km de Porto Velho, no dia 12 de novembro. Duas das três PCHs foram embargadas, por inúmeras irregularidades que colocavam em risco a integridade física e a saúde de trabalhadores.

Numa delas, a PCH Jamari, entre os itens embargados constava uma enscadeira, responsável pelo desvio do leito do Rio Jamari, para que um número de aproximadamente 40 a 50 trabalhadores trabalhassem por trás dela, na construção de um vertedouro em contraforte. O embargo foi determinado em razão de cavas, fraturas e até mesmo infiltrações, demonstrando a iminência de seu rompimento, o que causou imensa preocupação à equipe de Auditores Fiscais do Trabalho.

Mesmo com restrições, os Auditores Fiscais decidiram proceder o processo de embargo, fazendo contato telefônico direto com a Superintendente informando que, diante da situação encontrada, lavrariam o Termo de Embargo. Informaram a ela que o caso era muito grave, e que em razão disso quebrariam o protocolo e já providenciariam o próprio Termo, bastando a numeração e a assinatura para validá-lo. Tudo foi resolvido via *e-mail*, para que o documento fosse entregue à empresa no mesmo dia. A Superintendente entendeu a situação e providenciou o documento.

A decisão foi acertada, pois, na manhã do dia seguinte, dia 13 de novembro, após a empresa retirar os equipamentos que faziam parte da estrutura que viabilizava a obra do vertedouro em construção, e também os mais de 40 trabalhadores que laboravam no local, houve o rompimento da enscadeira. O leito do rio retornou à sua posição anterior,

o que, fatalmente, teria causado a morte de todos os trabalhadores que estavam no local, caso o embargo não tivesse ocorrido e sido cumprido com celeridade.

A situação foi imediatamente informada à Superintendente. Ela, ciente da responsabilidade que teria assumido pelo simples fato do atraso na lavratura do Termo de Embargo, comprometeu-se com os Auditores Fiscais do Trabalho a restabelecer a delegação direta à categoria para realizar os embargos e interdições em situações de grave e iminente risco à integridade física e à saúde dos trabalhadores rondonienses. O acidente teria trágicas consequências aos diversos pais de famílias, que, por certo, teriam suas vidas ceifadas naquela manhã. Ela cumpriu o que prometeu e a Portaria está publicada nesta sexta-feira, 6, no Diário Oficial da União.

Este fato será divulgado pelo Sinait às autoridades do Ministério do Trabalho e Emprego, à imprensa, a todos os Delegados Sindicais do Sindicato e aos Superintendentes Regionais do Trabalho, especialmente os titulares dos Estados da Paraíba, Paraná e Rio de Janeiro, onde a proibição continua valendo.

Pois bem. Para além dos graves fatos narrados, por um lado, e, por outro, da inequívoca tessitura constitucional, do legítimo interesse das classes trabalhadoras e do resguardo à vida humana, era o próprio bom-senso a ditar que as autoridades competentes não se resignassem com os termos da malsinada Portaria n. 66/2013, impugnando-a na devida forma, com presteza e no foro apropriado. E qual seria o foro? Para nós, inequivocamente, a **Justiça do Trabalho**, uma vez que o ato público questionado interfere com bens da vida sob a sua imediata competência (v. art. 114, IV, CF e Súmula n. 736 do STF).

Felizmente, a intervenção judicial não foi necessária. Antes dela, a realidade recompôs a condição jurídica ideal. Mas à comunidade jurídica ficou o alerta. Quem vê o mal e se omite, abona-o. E quando é o Estado a se omitir, em detrimento da pessoa humana, vale mais atirar a primeira pedra.

Jurisprudência

Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

Processo: 0001117-52.2011.5.15.0081

Recurso Ordinário

TRT 15ª Região – 6ª Turma – 11ª Câmara

Recorrente: Usina Santa Fé S.A.

Recorridos: Ministério Público do Trabalho – Prt/15ª Região

Origem: Vara do Trabalho de Matão

Juiz Sentenciante: Renato da Fonseca Janon

Ementa:

“AÇÃO COLETIVA. INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. CORTADOR DE CANA. PAGAMENTO POR PRODUÇÃO. PROIBIÇÃO. SINGULARIDADE DA ATIVIDADE. POSSIBILIDADE. RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AO VALOR SOCIAL DO TRABALHO. 1. O Ministério Público do Trabalho, como é cediço, possui legitimidade para tutelar interesses individuais homogêneos, além, obviamente, dos difusos e dos coletivos. 2. *In casu*, não há de se falar em interesse individual heterogêneo, tal como pretende a reclamada. O fato de todos os trabalhadores serem cortadores de cana e receberem por produção configura, indubitavelmente, a origem comum apta a ensejar a aplicação do art. 81, parágrafo único, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor. O que se pretende, na verdade, é conferir nova nomenclatura a instituto já definido pelo referido dispositivo legal. 3. A proibição do pagamento por produção, no caso específico dos cortadores de cana, é medida impeditiva de retrocesso social. Como é sabido, nesse caso existe um estímulo financeiro capaz de levar o trabalhador aos seus limites físicos e mentais para que, mesmo assim, aufera salário mensal aviltante e incapaz de suprir as necessidades básicas próprias e as de sua família. 4. Não se deve concluir pela proibição do pagamento por produção para todas as profissões, mas tão somente para aquelas cujas peculiaridades as tornem penosas, degradantes e degenerativas do ser humano. É o caso dos cortadores de cana, embora não exclusivamente. 5. Deve-se entender, de uma vez por todas, que o cortador de cana remunerado por produção não trabalha a mais porque assim deseja. Muito pelo contrário: ele trabalha a mais, chegando a morrer nos canaviais, unicamente porque precisa. Sua liberdade de escolha, aqui, é flagrantemente tolhida pela sua necessidade de sobreviver e prover sua família. 6. A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, Fundamentos da República Federativa do Brasil, devem impedir a manutenção de uma situação que remonta aos abusos cometidos durante a 1ª Revolução Industrial, de modo que a coisificação do ser humano que trabalha nos canaviais é realidade que não se admite há muito tempo.”

Inconformada com a r. sentença de fls. 1418/1529, recorre a reclamada (fls. 1538/1551).

Em suas razões de recurso ordinário, alega, preliminarmente, que o feito deve ser extinto sem resolução de mérito, haja vista eventual ilegitimidade ativa do órgão ministerial para tutelar suposto direito individual heterogêneo. No mérito, sustenta que o pagamento por produção é autorizado pela lei, de modo que o Poder Judiciário equivocou-se ao proferir sentença proibindo a reclamada de remunerar seus empregados por unidade produzida. Por derradeiro, alega que a imposição de multa em caso de desobedecimento da obrigação de não fazer imposta judicialmente não encontra amparo legal e, se mantida, acarretará enriquecimento ilícito do recorrido.

O Ministério Público do Trabalho, por intermédio de seu digno representante, Dr. Rafael de Araújo Gomes, contrapôs-se aos argumentos apresentados, concluindo pela necessidade de manutenção da r. sentença proferida (fls. 1559/1564).

É o relatório.

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso interposto porque presentes os requisitos de admissibilidade.

DAS PRELIMINARES ARGUIDAS PELA RECLAMADA

Em suas razões de recurso ordinário, a reclamada esforçou-se por demonstrar, por intermédio de preliminares e prejudiciais, que o mérito da questão não deve ser julgado. Basta, para tanto, notar o quão extensa foi sua argumentação no que toca à tentativa de convencer este E. TRT a acatar alguma das inúmeras preliminares arguidas.

De maneira geral, alegou que o tema envolvendo o pagamento por unidade de produção, especificamente no caso dos cortadores de cana-de-açúcar, diz respeito a típico interesse individual heterogêneo, o que afasta a legitimidade de atuação do órgão ministerial.

Aliado a isso, sustentou que a Ação Civil Pública julgada procedente pelo magistrado de 1ª Instância carece de objeto, haja vista a tomada de compromisso de ajustamento de conduta às previsões legais perante o Ministério Público do Trabalho. Por fim, construiu fundamentação no sentido de demonstrar que o pagamento por produção é permitido pela legislação em vigor, de modo que a r. sentença feriu o princípio da legalidade.

Em síntese, esses foram os argumentos apresentados pela reclamada, muito embora estejam eles apresentados em diversos tópicos que, de uma maneira ou de outra, repetem-se sucessivamente.

A despeito de a r. sentença proferida ter enfrentado todos os óbices de mérito apresentados, utilizando-se de persuasão racional refinada e precisa — com a qual concordo plenamente, a importância jurídica e social da causa, e também o dever, impulsiona a análise, ainda que breve, dos pontos obstativos apresentados pela reclamada.

Eis, então, os fundamentos.

DA PERDA DE OBJETO DA AÇÃO

Como primeiro ponto, a reclamada alega que a ação que ensejou a presente discussão perdeu o objeto, sendo inaplicáveis os fundamentos da sentença. Afirma, a fim de justificar sua defesa, que os trabalhadores possuem condições dignas de trabalho, mormente com a assinatura, sem resistência, do TAC proposto pelo Ministério Público do Trabalho.

Prima facie, afasto a preliminar apresentada, de modo que não assiste razão à reclamada.

Da ata de audiência realizada na sede da PTM Araraquara, f. 720, constou expressamente, item 3, que a ação prosseguiria com relação ao pedido referido no item 8, letra “e”, para julgamento de mérito, não sendo abrangido por conciliação ou desistência. Portanto, beira à má-fé a alegação da ré.

Ora, se a Ação Civil Pública que originou a presente discussão tivesse perdido seu objeto,

a reclamada não se esforçaria para demonstrar que o pagamento por unidade de produção é legal. Isso porque o único e exclusivo objeto da ação ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho foi impedir o pagamento por produção dos cortadores de cana que laboram para a reclamada.

Os fundamentos apresentados pela reclamada, nesse tópico especificamente considerado, apresentam inegável deficiência técnico-processual, pois afirmar que a Ação Civil Pública perdeu o objeto seria exatamente o mesmo que reconhecer a procedência do pedido formulado pelo órgão ministerial. Isso tudo em termos práticos, obviamente.

Nessa cadência, a perda do objeto ocorreria se a reclamada afirmasse não mais remunerar seus empregados em razão da quantidade produzida. Evidentemente que a pretensão resistida, apta a justificar a atuação ministerial, ainda perdura.

Não fosse assim e a reclamada teria aderido, de maneira integral, ao termo de compromisso de ajustamento de conduta proposto pelo Ministério Público do Trabalho, o qual combatia a famigerada prática de pagamento por produção aos cortadores de cana.

Já que não aquiesceu, em âmbito extrajudicial, em se abster de remunerar seus empregados em razão da produção aferida, a ação coletiva foi ajuizada como única maneira de pacificar o ponto conflitivo restante.

Sendo assim, por óbvio, não há que se falar em perda do objeto da ação civil pública que ensejou o atingimento do presente momento processual, de modo que afastado a primeira preliminar.

DA ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Em segundo lugar, a reclamada afirma que o interesse envolvido no presente caso é evidentemente heterogêneo, cuja consequência processual é o afastamento da legitimidade de atuação do Ministério Público do Trabalho.

Argui, assim, que não existe origem comum que una os trabalhadores, pois a situação de cada um deles deve ser analisada individualmente.

Primeiramente, consigne-se que, na hipótese vertente, o Ministério Público do Trabalho pediu e obteve, em face da recorrente, a condenação para se abster de remunerar seus empregados, envolvidos na atividade de corte manual de cana-de-açúcar, por unidade de produção, sob pena de multa de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) por trabalhador atingido, a cada mês em que se verificar o descumprimento.

Assim, luzidioso que se trata de tutela de interesses difusos, não havendo a determinação dos sujeitos atingidos, pois os atuais e futuros empregados serão beneficiados com a proteção do bem maior que é a saúde e a vida.

Efetivamente, não se pretendeu e não se obteve, em face da recorrente, nesta Ação Civil Pública o pagamento de reparações pecuniárias individuais, para satisfazer determinados empregados, mas o cumprimento da obrigação de não fazer, a fim de sanar de forma coletiva e indivisível, a prática funesta do pagamento por produção.

Tratando-se da defesa de interesses coletivos e difusos, adequado se mostra o uso da AÇÃO CIVIL PÚBLICA, nos termos da Lei n. 7.347/85, art. 1º, IV, c.c. com art. 129, III, da Constituição Federal e art. 83, III, da Lei Complementar 75/93.

Ainda que não se tratasse de direitos difusos, mas sim de individuais homogêneos, é patente a legitimidade do Ministério Público do Trabalho.

A tutela coletiva dos direitos na Justiça representa, conforme afirma Ada Pellegrini Grinover, uma verdadeira revolução, cujo escopo maior é a garantia da universalidade da jurisdição⁽¹⁾:

A maior revolução talvez se tenha dado exatamente no campo do processo: de um

(1) GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo*. Estudos e Pareceres. São Paulo: DPJ, 2009. p. 249.

processo individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se no sistema das *class actions* da *common Law*, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente. Tudo isso alterou o quadro do acesso à Justiça, facilitado por intermédio dos portadores, em juízo, dos interesses transindividuais, que se substituem aos litigantes a título individual, fracos do ponto de vista econômico e organizacional, e que simplesmente não levavam suas pretensões ao Poder Judiciário. E com isso também se desenhou uma nova realidade para o princípio da universalidade da jurisdição, a qual se abriu a novas causas e a novos titulares de conflitos.

Sob tal prisma, busca-se atualmente a permissão para que o maior número de lesões, ainda que individualmente de pequena repercussão, seja coletivamente sanado pela Justiça ou no âmbito extrajudicial, de forma a se obter a necessária pacificação social. Nesse sentido, a pretensão da recorrente de obrigar, com o provimento de seu apelo, cada trabalhador individualmente lesado a buscar o seu direito fora da tutela coletiva é, antes de mais nada, um enorme retrocesso, sob o aspecto processual, social e doutrinário. É a efetiva negação do direito.

Efetivamente, é difícil acreditar que a reclamada defenda uma tese tão reacionária em matéria de tutela coletiva dos direitos fundamentais, que já foi ultrapassada pelos avanços da ciência processual contemporânea.

É bem verdade que até pouco tempo ainda se viam decisões que pretendiam restringir a legitimidade do Ministério Público do Trabalho, retirando-lhe a possibilidade de tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos.

Todavia, essas decisões, invariavelmente, foram reformadas pelas Cortes superiores, pois esse entendimento ofendia a Constituição

Federal e a Lei Complementar n. 75/93, art. 6º, inciso VII, alínea “d”, desconsiderava uma das razões de ser das ações coletivas: eliminar as lesões de massa, julgando-as em uma só ação (tutela coletiva de direitos).

Bem por isso, a restrição que se encontrava à defesa dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público do Trabalho, foi reformada pelo e. Supremo Tribunal Federal, que assim decidiu no caso:

O Ministério Público do Trabalho interpôs RE (fls. 471/494) para que fosse reconhecida sua legitimidade processual para defesa de interesses individuais homogêneos, com fundamento em precedentes do STF. O RE foi admitido (fls. 533/534). A PGR opinou favoravelmente à pretensão do Recorrente (fls. 541/545). Destaco do parecer: “... O E. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 213.015-0, Relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA, DJ de 24.05.2002, fixou o entendimento de que, independentemente da própria lei fixar o conceito interesse coletivo, ele é conceito de direito constitucional, “na medida em que a Carta Política dele faz uso para especificar as espécies de interesses que compete ao Ministério Público defender (CF, art. 129, III)”. Reportando-se ao RE 163.231-3/SP, o E. Ministro NÉRI DA SILVEIRA recordou que, naquele julgado, a Corte havia fixado o entendimento de que são direitos “... coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” e que os “Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990) constituindo-se uma subespécie de direitos coletivos” (fls. 543). O acórdão recorrido está em confronto. Dou provimento ao RE. Publique-se. Brasília, 17 de dezembro de 2003. Ministro NELSON JOBIM, relator (RE n. 393.229, publicado em 2.2.2004.)

Percebe-se, assim, que a Suprema Corte já firmou jurisprudência no sentido de que os interesses individuais homogêneos, para os fins da tutela coletiva, são subespécie de direitos

coletivos. Então, a disposição no art. 83, inciso III, que afirma que cabe ao Ministério Público do Trabalho o ajuizamento de ações civis públicas para a tutela de direitos coletivos dos trabalhadores abrange tanto os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Assim, analisando-se o recurso da ré, percebe-se que estamos diante de um **pleonasm**o, ou seja, **inventou-se um novo nome para a mesma a tese**, antiga, já rejeitada pela Corte Suprema. Requentou-se a tese, agora sob o pomposo nome de **tutela dos “interesses heterogêneos”**, contudo, trata-se da mesma tese retrógrada, processual e social, que pretende que cada trabalhador prejudicado procure a tutela judicial de forma individual. É um grande retrocesso na ciência do direito e um flagrante desprestígio aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal!

Como se sabe, a tendência moderna é a “molecularização” das demandas, e não sua “atomização”, segundo ensina Kazuo Watanabe, para quem todo o sistema de tutela coletiva foi construído com o escopo de “*tratar molecularmente os conflitos de interesses coletivos, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, para com isso conferir peso político maior às demandas coletivas, solucionar mais adequadamente os conflitos coletivos, evitar decisões conflitantes e aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário, atulhado de demandas fragmentárias*” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do projeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 631).

Nesse sentido, confira-se o seguinte acórdão:

1. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – LEGITIMIDADE PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA: O Ministério Público do Trabalho tem legitimidade para promover, no âmbito da Justiça do Trabalho, ação civil pública para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos. Inteligência dos arts. 127 e 129 da Constituição Federal e art. 83 da Lei Complementar n. 75/93. 2. MINISTÉRIO

PÚBLICO DO TRABALHO - DEFESA DE INTERESSES RELEVANTES E INDISPONÍVEIS: A tendência mundial do Direito moderno, inaugurada no Encontro de Florença, presidido por Mauro Cappelletti, em 1975, é a de coletivizar as soluções decorrentes dos conflitos entre pessoas. A ação civil pública é um remédio eficaz e abrangente para a solução de tais conflitos, nada impedindo que seja proposta para pretensões condenatórias e de obrigações de fazer e não fazer. Há longa data que se pacificou o entendimento de que a ação civil pública é cabível na Justiça do Trabalho, com certas adaptações procedimentais, eis que compatível com princípios informadores do processo obreiro. É veículo rápido de solução dos conflitos e, por ser abrangente, deve ser prestigiado. Segurança que se denega. (TRT 2ª Região – Processo: SDI - 00741/2000-2. Espécie: MANDADO DE SEGURANÇA - Acórdão: 2000017094) (negrejam

É sempre bom deixar claro que a defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores por meio da ação coletiva traz inúmeras vantagens, dentre as quais se destacam: 1) evita a proliferação de demandas repetitivas sobre os mesmos fatos; 2) a despersonalização do polo ativo da demanda, impedindo que os lesados sofram as agruras de uma demanda judicial. Isso é salutar na Justiça do Trabalho — leia-se Justiça de desempregados —, haja vista que, na inexistência de estabilidade no emprego, raramente os trabalhadores se sentem em condições de demandar em face do seu empregador, mesmo porque apresentam significativo temor em relação ao desemprego, ainda mais quando estão em situação de vínculo empregatício com a sociedade empresária; 3) a democratização do acesso ao Judiciário; 4) a ocupação do polo ativo por uma pessoa com melhores condições de litigar em face dos grandes conglomerados, causadores de lesões de massa, já que o cidadão sozinho não teria condições de fazê-lo, o que asseguraria a igualdade processual no polo da demanda e daria maior paridade de armas aos lesados, pois o homem comum não tem condições financeiras para custear uma demanda e tampouco possui condições psicológicas

para aguardar por longo tempo; 5) evita a proliferação de decisões contraditórias sobre a mesma questão fática que tanto desprestígio traz ao Poder Judiciário. O cidadão comum não consegue entender porque a sua demanda não foi acolhida, ao contrário do que ocorreu com seu colega de trabalho; 6) dá concretude aos princípios da celeridade e economia processuais art. 5º – incisos XXXV e LXXVIII – CF/88.

A tese reacionária de se criar os interesses ou direitos “individuais heterogêneos”, a par das três categorias previstas na Lei n. 8.078/90, é nítida tentativa de escapar da jurisprudência uniforme da Corte Constitucional acerca da ampla legitimidade do Ministério Público do Trabalho na defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Já passou a fase da ilegitimidade do MPT para a tutela dos interesses difusos, a respeito dos quais se dizia, no início da década de 1990, que nem sequer existiam na seara laboral! Já passou a fase da negatividade da legitimidade para a tutela dos interesses coletivos. Já passou a fase da ilegitimidade do MPT para os individuais homogêneos, expressamente afastada pela mais alta corte judiciária do Brasil. Diante disso, é de pensar-se: até onde vai a sanha dos que não querem a coletivização do processo do trabalho? A universalidade da Justiça para a pacificação social? A reparação das lesões de maneira rápida e eficaz? Francamente, a quem serve a restrição da atuação do Ministério Público na tutela coletiva dos direitos indisponíveis, sociais, dos trabalhadores? A quem serve a fragmentação das ações? Certamente não serve para a efetivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores e para a construção de uma sociedade mais igualitária.

De outra ponta, alguém duvida de que os trabalhadores devem ter direito a um ambiente de trabalho seguro e sadio, a uma forma de remuneração que não leve o trabalhador ao seu esgotamento físico e mental? É patente, com certeza, a legitimidade do Ministério Público do Trabalho nesta ação civil pública.

Ao afirmar que a ação civil pública descreve situação de “direitos heterogêneos”, a recorrente pretende, efetivamente, a não existência de direitos difusos e coletivos, bem como de individuais homogêneos. Isto porque **todo ato que resulta em direitos coletivos em sentido amplo pode também gerar lesão a direitos individuais. Sob esse argumento não existiriam direitos coletivos ou difusos no âmbito trabalhista, pois todas as lesões acabam sendo “experimentadas” individualmente por cada um dos trabalhadores da ré.**

Vê-se, logo, o equívoco do apelo apresentado. Toda experiência coletiva trabalhista é composta também de experiências individuais. Toda lesão, seja ao meio ambiente do trabalho, seja de fraude trabalhista, ou mesmo de discriminação ou ataque a direito fundamental, atinge individualmente algum ou alguns trabalhadores. Ao contrário, grande parte das lesões individuais trabalhistas tende a atingir também uma dimensão coletiva, pela própria natureza de massa das relações de trabalho. Essa a opinião de Barbagelata⁽²⁾, quando fala justamente do particularismo do Direito do Trabalho:

“A dimensão coletiva se projeta no conflito individual e nas relações dessa natureza, não só pela eventualidade de que todo conflito individual se transforme em coletivo, mas também pela própria integração do problema do trabalhador, individualmente considerado, no mundo do trabalho. Em princípio, a dita integração tem como consequência que todo ato com relação a um conflito individual adquire projeção coletiva.”

Demais disso, ainda que não se considere a existência de interesses difusos, salta aos olhos a origem comum apta a unir os interesses individuais dos cortadores de cana expostos ao

(2) BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O Particularismo do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996. p. 24.

pagamento por produção, o que evidencia sua homogeneidade⁽³⁾.

Ora, são todos cortadores de cana remunerados por produção. Não considerar esse contexto fático como origem comum suficiente para configurar o interesse individual homogêneo previsto pelo art. 81, parágrafo único, inc. III do CDC, seria o mesmo que negar vigência a dispositivo de lei plenamente em consonância com o art. 127 da Constituição Federal.

Peço vênia, assim, para transcrever trecho da r. sentença. *In verbis*:

“Em casos similares, o Eg. Regional da 15ª Região assim se pronunciou: PROC. TRT/15ª REGIÃO N. 00860-2001-079-15-00-9 RO (21.718/2003-RO-2) AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS OU INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE. Ao Ministério Público compete, nos termos da Constituição Federal vigente, promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III). Nesse sentido, assegura-lhe a Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, como instrumento de atuação, a capacidade de promover o inquérito civil e a ação civil pública para (...) interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (art. 6º, VII, “d”), especialmente quando decorrentes dos direitos sociais dos trabalhadores (art. 84, II). No mesmo trilhar, aliás, está o art. 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Assim, detém legitimidade o Ministério Público do Trabalho para, mediante ação civil pública, pleitear a tutela não só de interesses difusos ou coletivos como também individuais homogêneos, entendidos como decorrentes de uma origem comum, fixa no tempo, correspondente a ato concreto lesivo ao ordenamento jurídico, que permite a determinação imediata de quais membros da coletividade foram atingidos. RELATOR LUÍS CARLOS

(3) Cf. MELO, Guilherme Bassi de. *Interesses transindividuais na esfera trabalhista* (no prelo). LTr Editora. (aguardando publicação).

CÂNDIDO MARTINS SOTERO DA SILVA
PROCESSO TRT/15ª REGIÃO N. 01322-2005-091-15-00-9 INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Quando o objeto da lide se refere a interesses que advêm de origem comum, e ostentam natureza homogênea, está justificada a legitimidade do Ministério Público para figurar no polo ativo da ação civil pública, o que vem conferir celeridade na solução dos casos de macro lesão e garantir maior segurança jurídica, evitando decisões conflitantes.

RELATORA TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI
PROCESSO TRT/15ª REGIÃO N. 2028/2000-MS-9 “Os interesses individuais homogêneos, segundo o Código de Defesa do Consumidor, são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, ou seja, oriundos das mesmas circunstâncias de fato, embora em sentido lato os interesses individuais homogêneos não deixam de ser também interesses coletivos. Ora, a ação civil pública presta-se basicamente à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, sendo inquestionável que o Ministério Público detém legitimidade, decorrente de legitimação extraordinária. Isto porque a Lei Complementar n. 75/93, que regulamentou as atribuições do Ministério Público da União, no capítulo que trata das atribuições do Ministério Público do Trabalho, estabelece, expressamente, no art. 83, inciso III, a legitimidade do Órgão Ministerial para propor ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos. E, embora tal preceito seja omissivo quanto aos interesses individuais homogêneos, haja vista que refere-se apenas a interesses coletivos, os quais, em princípio, abrangeriam somente os difusos e coletivos “stricto sensu”, esta omissão é sanada pelo art. 84, da mesma Lei Complementar n. 75/93, o qual afirma expressamente que ao Ministério Público do Trabalho incumbe exercer as funções institucionais previstas nos Capítulos I, II, III, IV, do Título I, sendo certo que no Capítulo

II, do Título I, no seu art. 6º, inciso VII, alínea “d”, é expressamente outorgado ao Ministério Público da União legitimidade para promover a ação civil pública para a defesa de “outros interesses individuais indisponíveis homogêneos, sociais, difusos e coletivos”, atraindo a conclusão lógica de que o Ministério Público do Trabalho detém igual legitimidade no âmbito das suas atribuições. E essa legitimidade é ressaltada, de forma inequívoca, quando, como no caso, os interesses individuais homogêneos, espécie da qual é gênero o interesse coletivo, adquirem tal volume e importância que acarretam transtornos sociais em desobediência à ordem jurídica. De resto, é do órgão judicial de primeira instância a competência para a prestação de tutela em matéria de interesses metaindividuais no campo das relações de trabalho, nos termos do art. 651 do diploma consolidado...”. RELATOR SAMUEL CORREA LEITE

Em decisão oriunda do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em voto da lavra do eminente Ministro Maurício Corrêa, assim se decidiu sobre os interesses coletivos:

“4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum, constituindo-se subespécies de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme na espécie interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categoria ou classe de pessoas.” (RE 163.231-3/ SP, in DJU 29.6.2001.)

O C.Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do processo TST-RR-738.714/2001.0, mediante acórdão da lavra do Ministro Barros Levenhagen, também decidiu:

“os interesses coletivos podem ser tanto os transindividuais, de natureza indivisível, de

que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, como os interesses individuais homogêneos, subespécie daquele, decorrentes de origem comum no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo. Assim, a indeterminação é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinação é a daqueles interesses que envolvem os coletivos.”

Na realidade, frise-se, o que se evidencia é uma tentativa de criar nomenclatura diferenciada para instituto jurídico já existente. O Código de Defesa do Consumidor é extremamente claro ao dispor sobre os interesses individuais homogêneos, de modo que a transmutação dessa categoria de interesses para os supostamente “interesses individuais heterogêneos” beira a má-fé.

Se não bastasse esse argumento, é imperioso lembrar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 127, *caput*, determina a legitimidade do Ministério Público para tutelar interesses individuais indisponíveis, ainda que puramente individuais.

Desnecessário ressaltar que estamos diante de situação que envolve tutela da vida e da saúde dos trabalhadores, de modo que a questão do pagamento por produção é apenas a causa que desencadeia o contexto trágico que a realidade nos tem demonstrado.

Por todo o exposto, demonstrado que se trata de interesse difuso, o Ministério Público do Trabalho possui legitimidade para tutelá-lo, e mesmo que se tratasse de interesses individuais homogêneos, a solução seria a mesma, assim, *afasto* a segunda preliminar trazida pela reclamada.

DA FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL — POSTULAÇÃO CONTRÁRIA À LEI

Nesse ponto particular, a reclamada afirma que o Ministério Público do Trabalho ajuizou ação com objeto contrário à lei, de modo que o feito deve ser extinto sem resolução de mérito,

nos moldes do preconizado pelo art. 267, inc. VI, do CPC. Salienta, ademais, que a litigância de má-fé deve ser reconhecida, haja vista a postulação afrontosa a texto expresso de lei.

Há, aqui e mais uma vez, espantosa confusão entre a preliminar arguida e o próprio mérito a ser oportunamente apreciado. Desse modo, não assiste razão à reclamada.

O interesse processual, como é cediço, resume-se no binômio necessidade e adequação, cuja verificação deve ser concomitante. Uma análise bastante perfunctória dos autos demonstra que o interesse processual é evidente e decorre do fato de que a reclamada não aquiesceu com todas as cláusulas do termo de compromisso de ajustamento de conduta proposto pelo órgão ministerial. De fato, necessária a provocação do Judiciário para ver sua pretensão apreciada. Por fim, indubitável a adequação do meio eleito pelo Ministério Público do Trabalho.

O fato de a reclamada defender que o pagamento por produção decorre diretamente da legislação infraconstitucional em vigor resume, na realidade, verdadeira análise de mérito.

Justamente porque sua análise de mérito baseia-se em premissa juridicamente distinta da apresentada na inicial é que o interesse processual se sobreleva e se torna irrefragável. Entendesse o órgão ministerial da mesma forma que a reclamada e, aí sim, não haveria pretensão resistida justificadora da necessidade e da adequação, respectivamente, da provocação judicial e do meio eleito. Felizmente, essa coincidência de entendimentos não se verifica na prática.

Por todo o exposto, **afasto** a terceira preliminar apresentada pela reclamada.

DA CARÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL — CONDIÇÃO OBJETO DE NEGOCIAÇÃO SINDICAL

Como quarta preliminar de mérito, a reclamada afirma que as condições de trabalho referentes ao pagamento por produção foram

negociadas, de forma coletiva, entre os legítimos representantes das partes envolvidas. Assim, mais uma vez pugna pela não existência de interesse processual apto a ensejar a atuação do Ministério Público do Trabalho.

Pois bem. Não assiste, novamente, razão à reclamada.

Cristalino o fato de que a atuação do órgão ministerial tem como finalidade precípua a tutela da vida e da saúde dos cortadores de cana que laboram para a reclamada. Sendo assim, a pretensão ministerial tem fundamento constitucional direto e irretorquível. Portanto, seria antijurídico negar interesse processual ao órgão ministerial porque existentes cláusulas negociadas que versam sobre o esquema de pagamento ora esgrimado.

Ademais, não pode o negociado prevalecer sobre normas constitucionais que visam proteger a vida e a saúde dos trabalhadores.

Nesse sentido, transcrevo, mais uma vez, a correta argumentação apresentada pelo magistrado de 1ª Instância, *in verbis*:

“Da mesma forma, não há que se falar em carência de interesse processual por versar o pedido sobre “condição objeto de negociação sindical”, pois o disposto no art. 7º, inciso XXVI, da Carta Magna” reconhece o direito à celebração das normas coletivas como um “direito social do trabalhador”, de modo que estas normas podem ampliar os direitos trabalhistas, mas não reduzi-los ou erradicá-los, sendo que, nos termos do art. 620 da CLT, havendo conflito, prevalecem somente as condições que forem mais benéficas aos empregados. Além disso, a mesma Constituição que reconhece o direito à negociação coletiva também prevê, de forma expressa e antecedente, que todo o ordenamento jurídico deverá ser interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, III, da Carta Magna. Significa dizer: não se admite norma coletiva que coloque em risco a saúde e a vida dos trabalhadores. Também não havia necessidade alguma de o autor mencionar as normas coletivas ou de fazer qualquer pedido a esse respeito, uma vez

que não se trata de ação anulatória de cláusula convencional ou de acordo coletivo, não sendo a pretensão dirigida a toda categoria nem, tampouco, à entidade sindical, mas sim à empregadora.”

Interessante, aqui, transcrever a argumentação apresentada pela reclamada a fim de justificar a imperatividade e prevalência daquilo que foi negociado, *in verbis*:

“25. Note-se que o estabelecimento de salário por produção, ao contrário do disposto na r. sentença, não tem o condão de erradicar ou reduzir qualquer direito trabalhista; ao reverso, se trata apenas e tão somente da aplicação de um direito regularmente previsto na CLT e que, obviamente, está em plena consonância com a Constituição vigente, pois visa a melhoria das condições sociais dos trabalhadores, como prescreve o art. 7º, *caput*, da CF.” (grifo nosso) (fl. 1543 – verso)

Causa espécie a afirmação de que o pagamento por produção, para aqueles que devem sustentar suas famílias com a garantia de um salário mínimo, é medida que visa a melhoria das condições sociais dos trabalhadores. Contudo, porque aqui haverá apreciação do mérito, reservo-me a afirmar, somente, que nessa conclusão da reclamada há necessária inversão dos valores consagrados, com muito sangue e suor, pela Constituição Federal

Por conseguinte, **afasto** a quarta preliminar de mérito apresentada pela reclamada.

DO LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

Como quinta preliminar de mérito, a reclamada afirma que os sindicatos profissionais rurais, a Federação da Agricultura do Estado de São Paulo e os sindicatos profissionais de Nova Europa, Ibitinga e Tabatinga deveriam ter figurado como litisconsortes necessários desde o início do processo.

Alega, portanto, que a pretensão de ver afastada cláusula de negociação coletiva que prevê o pagamento por produção deveria ser acompanhada da participação processual obrigatória daqueles que a entabularam. Assim, como a pretendida integração aos polos ativo

e passivo não ocorreu, a reclamada pugna, mais uma vez, pela extinção do processo sem resolução do mérito.

Não há que se falar, *in casu*, em litisconsórcio necessário, de modo que não merecem guarida as razões de inconformismo apresentadas pela reclamada.

Trata-se, como bem delimitada pela r. sentença, de ação ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho com o objetivo único de coibir a reclamada de estabelecer remuneração por produção aos seus empregados cortadores de cana.

Evidente, assim, que a decisão proferida, delimitada pelo pedido elaborado na inicial, volta-se somente contra a reclamada, motivo pelo qual seria desnecessário e processualmente impossível chamar ao processo os referidos litisconsortes, mormente na condição de necessários.

O art. 47 do CPC, cuja aplicação é bastante duvidosa no processo do trabalho (seja ele individual ou coletivo), assim dispõe:

“Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Parágrafo único. 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.”

Não existe, nos autos, o contexto que justifica a aplicação do referido dispositivo legal. Isso porque, em primeiro lugar, não existem partes, mas tão somente uma parte no polo passivo, que é a reclamada. Em segundo lugar, não existe imposição legal ou natureza da relação jurídica que imponha a integração necessária dos referidos sindicatos aos polos da presente demanda.

É sempre bom lembrar que não é conveniente o livre acesso de litisconsortes e de assistentes na ação civil pública, pois a experiência demonstra

que isso leva a situações de difícil solução, atrasando a entrega da tutela jurisdicional.

Não obstante, o cidadão não pode ingressar espontaneamente como litisconsorte em ações coletivas e nem obrigatoriamente pode ser chamado a atuar no feito, pois haveria o indesejado litisconsórcio *multitudinário*, com número excessivo de pessoas no polo passivo, o que certamente acarreta tumulto procedimental e processual, impedindo o regular desenvolvimento da função jurisdicional.

O TST já decidiu que nos casos de direitos difusos, transindividuais e de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas, não existe campo propício à aplicação de normas processuais eminentemente concebidas para a citação em demandas de natureza individual, sob pena mesmo de se inviabilizarem as ações coletivas. As regras desenvolvidas para a disciplina das lides individuais são insuficientes para atender às peculiaridades das lides coletivas⁽⁴⁾.

De fato, tomemos como exemplo as ações que combatem as contratações sem concurso público – ofensa ao disposto no art. 37, CF/88.

Na Justiça Comum, especificamente nas ações civis públicas para combater irregularidades nas contratações sem concurso público, é comum a determinação de citação de todos os empregados contratados irregularmente, bem como de todos os inscritos no certame público, já que estes eventualmente teriam interesse no feito. As demandas tramitam por anos e sem previsão de julgamento do mérito. Caso fosse adotado o posicionamento da Justiça do Trabalho⁽⁵⁾, os feitos seriam resolvidos

de forma célere e menos onerosa aos cofres públicos⁽⁶⁾.

A obrigatoriedade de se incluir no polo passivo da ação coletiva todos os indivíduos que foram contratados sem concurso público poderia inviabilizar a entrega da tutela jurisdicional, atrapalhar o andamento do Poder Judiciário e causar o seu descrédito perante a sociedade⁽⁷⁾. Some-se a isso que a citação de todos os trabalhadores contratados irregularmente — ou dos milhares de inscritos ao certame público — causaria enorme tumulto processual e inviabilizaria a ação coletiva. A medida é equivocada, haja vista que, quando se trata de interesses difusos e coletivos, os titulares são indeterminados e o objeto é indivisível.

Além disso, o fato de terceiros estranhos à relação processual virem a ser atingidos pelos efeitos da decisão proferida na ação coletiva não é o suficiente para a formação do litisconsórcio, pois essa é a característica marcante da tutela coletiva, ou seja, oponível contra todos, inclusive em face daqueles que não integraram a relação processual, conforme determinam a LACP e o CDC⁽⁸⁾.

tradicional onde a coisa julgada limita-se às partes do processo, na ação civil pública a sentença, salvo se a ação for julgada improcedente por deficiência de prova, fará coisa julgada *erga omnes*, ou seja, tanto a ação julgada procedente como a improcedente adquirem autoridade de coisa julgada perante todos os membros da coletividade.” (TRT da 10ª Região, RO-983/2000. Relator: Juiz Mário Macedo Fernandes Caron.)

(4) ROAR n. 814964, 2001, DJ de 20.8.2004. Proc. n. TST-ROAR-814.964/2001.2. SBDI-2. Relator: Min. Renato de Lacerda Paiva. No caso, discutia-se a necessidade de citação de todos os empregados contratados sem concurso público. A citação de todos os trabalhadores inviabilizaria o prosseguimento da ação coletiva, perpetuando a irregularidade combatida pelo MP.

(5) “Ação civil pública. Litisconsórcio necessário. Não cabimento. Devido às peculiaridades dos interesses tutelados pela ação civil pública, nela descabe a aplicação pura e simples do princípio dos limites subjetivos da coisa julgada. Ao contrário do processo civil

(6) Cf. Procedimento n. 000004.2005.15.008/3 (número antigo 02 2153-5) PRT15.

(7) SIMON, Sandra Lia. Devido processo legal e a tutela dos interesses metaindividuais. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo, LTr, p. 36, 1998.

(8) Cf. Acórdão do TJSP. 9ª Câmara. Agravo n. 3312-5-SP. Relator: Des. Sidnei Beneti. Julgado em: 10.4.1996. Ementa: Ação civil pública endereçada contra realizadores de loteamento irregular. Desnecessidade de citação dos ocupantes do loteamento e de adquirentes de lotes. “A citação numerosa e volátil, dada a mutação notória de pessoas interessadas em questões como a presente, apenas viria perenizar o litígio, levando, também, à perenização do loteamento apontado como irregular. Agravo provido para anular a determinação de citação dos ocupantes.”

Nos casos de interesses metaindividuais, o dogma processual dos limites objetivos da coisa julgada deve ceder à realidade diante da impossibilidade de tais interesses serem cindidos e, portanto, desdobrados em dois ou mais direitos subjetivos. Disso advém a necessidade de se ampliar os limites subjetivos da coisa julgada, que passam a atingir até mesmo quem não foi parte na relação jurídica material⁽⁹⁾.

Assim, nesse ponto, a Justiça do Trabalho ocupa uma significativa posição de vanguarda⁽¹⁰⁾.

Além dos argumentos já expendidos com relação ao litisconsórcio, acresça-se que, como será asseverado adiante sobre o princípio da vedação ao retrocesso social, é nessa condição que se rechaça a alegação da ré, pois, conforme asseverado pelo MPT (fl. 103 e fls. 1.563/1.564), há uma política institucional desse órgão para combater a remuneração por produção, que causa adoecimento, mutilação e mortes, não só no Estado de São Paulo, mas em todo o país.

Aliás, essa mesma política foi adotada quando do combate à terceirização no campo, às falsas cooperativas de mão de obra rurais, às falsas parcerias agrícolas no tomate, aos falsos estagiários, aos antigos “guardinhas”, para a observância da NR-31, das normas de meio ambiente pela indústria cerâmica; em todas essas demandas sempre se ouvia a mesma alegação empresarial da quebra do princípio de livre-concorrência, que sempre foi rechaçada

pelo Judiciário porque a livre-concorrência deve ser analisada na plenitude da disposição contida no art. 170, CF/88, especialmente a valorização do trabalho humano e de que a livre-iniciativa tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da função social da propriedade, da defesa do meio ambiente, aí incluído o do trabalho, e a redução das desigualdades regionais e sociais.

Ademais, a livre-concorrência não se sobrepõe aos direitos fundamentais dos trabalhadores e à dignidade da pessoa humana. Diante desse caso concreto, o sopesamento necessário de princípios constitucionais faz com que a dignidade da pessoa humana e a valorização social do trabalho se sobreponham — não excluem, obviamente — à livre-iniciativa.

Destarte, afastado a quinta preliminar de mérito aduzida pela reclamada, de modo que não se deve falar, aqui, em litisconsórcio necessário.

DA CARÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL — EXISTÊNCIA DE TAC

Por derradeiro, a reclamada insiste em defender suposta ausência de interesse processual por parte do Ministério Público do Trabalho. Desta vez, por outro lado, argumenta que existe termo de compromisso de ajustamento de conduta tomado pelo órgão ministerial e em cumprimento pela reclamada.

Também nesse ponto não assiste razão à reclamada.

Volto a repetir, da ata de audiência realizada na sede da PTM Araraquara, fl. 720, constou expressamente, item 3, que a ação prosseguiria com relação ao pedido referido no item 8, letra “e”, para julgamento de mérito, não sendo abrangido por conciliação ou desistência. Portanto, beira à ma-fé a alegação da ré.

Assim, esse ponto comporta refutação bastante simples e direta, qual seja: a reclamada não aquiesceu com a cláusula do mencionado TAC no que toca à proibição de pagamento por produção. Ora, evidente, então, que o objeto

(9) BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 95-96.

(10) Ação rescisória. Terceiro interessado em ação civil pública. Citação. “A ação civil pública visa à salvaguarda dos interesses que envolvam tutela de direitos difusos, onde temos uma pulverização dos interesses dos lesados, por isso que a Lei n. 7.347, de 1985, estabelece regime litisconsorcial meramente facultativo, não exigindo, sob pena de nulidade do processo — aliás, não expressamente cominada —, a citação do terceiro interessado, cujo interesse é sempre individual.” (TRT. AR 00256/2000. Relator: Juiz Bertholdo Satyro. Acórdão publicado no DJ de 13.7.2001. No mesmo sentido, vide processos n. 0176440-13.1999.5.15.0010; TST-ROAR-005/2004-000-11-00.4 – SBDI 2; e ROAR-5/2004-000-11-00.

da Ação Civil Pública ajuizada e julgada procedente em 1ª Instância é remanescente, ou seja, não foi contemplado no acordo assinado pela reclamada perante o Ministério Público do Trabalho.

Ainda que assim não fosse, o MPT ou outro legitimado poderia, a qualquer tempo, convencendo-se da ilegalidade do pagamento por produção, poderia propor a ação civil pública.

Sendo assim, **afasto** a sexta e última preliminar arguida pela reclamada, deixando bastante claro que o objeto da Ação Civil Pública julgada procedente pelo magistrado *a quo* não foi contemplado pelo TAC assinado perante o Ministério Público do Trabalho.

Por todo o exposto, **decido afastar** todas as preliminares de mérito suscitadas pela reclamada, haja vista os argumentos apresentados nos itens acima detalhados.

MÉRITO

ALEGAÇÃO DA LEGALIDADE DO SALÁRIO POR PRODUÇÃO

“No que diz respeito aos bens naturais e exteriores, primeiro que tudo é um dever da autoridade pública subtrair o pobre operário à desumanidade de ávidos especuladores, que abusam, sem nenhuma descrição, tanto das pessoas como das coisas. Não é justo nem humano exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer pelo excesso da fadiga embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo.” (Item 25 da Carta Encíclica *Rerum Novarum*)

DO CONTEXTO FÁTICO NO QUAL SE INSERE O CORTADOR DE CANA

A reclamada aduz, como razão principal de seu inconformismo, que o pagamento de salário por produção, garantido o mínimo, é condizente com a legislação vigente. Especificamente, salienta que a r. sentença contraria o disposto nos arts. 78 e 457, § 1º da CLT, além do teor da OJ n. 235 da SDI-I e Súmula n. 340, ambos do C. TST.

Inicialmente, consigne-se a complexidade dos cálculos para a aferição da remuneração do trabalhador, conforme relatado na petição inicial, f. 58/62, especialmente f. 61, já seria suficiente para uma reprimenda por parte do Poder Judiciário. Esclareça-se que não houve impugnação na contestação, f. 681 e seguintes, portanto, trata-se de fato incontroverso.

Percebe-se que o empregado faz o seu trabalho, corta a cana, após isso, todo o cálculo da remuneração fica a cargo da ré, apesar de estarmos em pleno século XXI, na sociedade da informação, da internet, da comunicação instantânea, ainda assim, o sistema e os meios de realização dos cálculos remontam ao século XVIII.

O trabalhador não tem a menor condição de efetivamente aferir quantas toneladas de cana foram cortadas, pois o cálculo é feito por uma média da cana cortada, porém conjuga-se metros cortados x toneladas. Transparência, definitivamente, não há.

O sistema é digno de uma tese de doutorado em matemática, todavia, para os cortadores, representa miséria, adoecimento e morte. Os números apresentados à fl. 75 bem o demonstram.

Assim, não assiste razão à reclamada, de modo que adoto as razões de decidir apresentadas pelo magistrado de 1ª Instância e acrescento os argumentos a seguir desenvolvidos.

“Por que morrem os cortadores de cana?”

Difícil de acreditar que essa pergunta tenha cabimento quase dois séculos e meio depois da 1ª Revolução Industrial, quase cento e cinquenta anos após a abolição da escravatura no Brasil, vinte e cinco anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, entre tantos outros parâmetros temporais que poderiam ser citados.

Contudo, ela não apenas tem cabimento como apresenta resposta certa: morrem porque não suportam o esquema adotado pelas empresas para, entre outros pontos, remunerar

seu trabalho. Trata-se de trabalhadores forçados e conduzidos à exaustão.

Aviltados em sua dignidade desde a contratação, pois trabalham numa das profissões mais penosas do mundo contemporâneo com garantia, apenas, do salário mínimo, são forçados a chegar a completa exaustão para que consigam, no final do mês, obter uma remuneração que varia entre 600 (seiscentos) e 900 (novecentos) reais.

É muito provável que alguns empresários gastem esse valor a cada jantar, a cada almoço, a cada camisa comprada, a cada viagem de helicóptero (só com o combustível, obviamente) etc. Ora, esse é o valor aproximado que os componentes da classe média alta gastam para comprar um terno de qualidade moderada. Esse é o valor, por exemplo, correspondente à metade daquele cobrado pelo próximo console de *videogame* que compram para os seus filhos no natal. Esse é o valor, ainda, que gastam na revisão mecânica de seus carros. Esse é o valor da compra que fazem no supermercado e que, certamente, suprirá as necessidades de suas famílias por 3 ou 4 dias. Esse é o valor da mensalidade escolar de seus filhos. Esse é o valor da prestação que se paga, a curto e médio prazo, pela vida de um ser humano.

Trata-se de um valor que muitos gastam com compromissos rotineiros. Compromissos que, sem sombra de dúvidas, estão muito distantes da realidade dos cortadores de cana. A verdade é que essa média salarial mensal é conquistada com um esforço muito além daquele que podemos imaginar, mesmo que tenhamos a sensibilidade de nos colocar em seus lugares — o que é raro.

Fala-se, hoje em dia, na crescente porcentagem de afastamento dos membros da magistratura e do Ministério Público por questões relacionadas à depressão ou estresse decorrente da grande quantidade de trabalho. Imagina, então, qual a situação daquele trabalhador que se insere no seguinte contexto:

“A partir da década de 90 houve um grande aumento da produtividade do trabalho.

Os trabalhadores para manterem seus empregos na cana necessitam hoje cortar no mínimo 10 toneladas de cana por dia, para se manterem empregados; a média cortada expandiu-se para 12 toneladas de cana por dia. Portanto, a produtividade média cresceu em 100%, saiu de 6 toneladas/homem/dia, na década de 80, e chegou a 12 toneladas de cana por dia, na presente década. O fato dos trabalhadores hoje terem uma produtividade duas vezes superior a da década de 80 se deve a um conjunto de fatores:

- O aumento da quantidade de trabalhadores disponíveis para o corte de cana e esta maior disponibilidade se deve a três fatores:

1. aumento da mecanização do corte de cana;

2. o aumento do desemprego geral da economia, provocada por duas décadas de baixo crescimento econômico; e

3. expansão da fronteira agrícola para as regiões do cerrado, atingindo o sul do Piauí e a região da pré-amazônia maranhense, destruindo as formas de reprodução da pequena propriedade agrícola familiar, predominante nestes estados.

- Possibilidade de seleção mais apurada pelos departamentos de recursos humanos das usinas. Esta seleção mais apurada de trabalhadores leva a: seleção de trabalhadores mais jovens, redução da contratação de mulheres e a possibilidade de contratação de trabalhadores oriundos de regiões mais distantes de São Paulo (Norte de Minas, Sul da Bahia, Maranhão e Piauí).

- A seleção mais apurada permite que as usinas implementem a contratação por período de experiência, onde os trabalhadores que não conseguem atingir a nova média de produção, 10 toneladas de cana por dia, são demitidos antes de completarem três meses de contrato.

• Um trabalhador que corta hoje 12 toneladas de cana em média por dia de trabalho realiza as seguintes atividades no dia:

• Caminha 8.800 metros;

• Despende 366.300 golpes de podão;

• Carrega 12 toneladas de cana em montes de 15 k em média cada um, portanto, ele faz 800 trajetos levando 15 K nos braços por uma distância de 1,5 a 3 metros;

• Faz aproximadamente 36.630 flexões de perna para golpear a cana;

• Perde, em média 8 litros de água por dia, por realizar toda esta atividade sob sol forte do interior de São Paulo, sob os efeitos da poeira, da fuligem expelida pela cana queimada, trajando uma indumentária que o protege, da cana, mas aumenta a temperatura corporal.

Com todo este detalhamento pormenorizado da atividade do corte de cana, fica fácil entendermos porque morrem os trabalhadores rurais cortadores de cana em São Paulo. A solução para este problema, ao meu ver, não se dará através mudanças que não vão ao cerne da questão. O que vai ao centro da questão, que são as mortes dos trabalhadores cortadores de cana pelo excesso de trabalho é o pagamento por produção. Enquanto o setor sucro-alcooleiro permanecer com esta dicotomia interna: de um lado, utiliza o que há de mais moderno em termos tecnológicos e organizacionais; uma tecnologia típica do século XXI (tratores e máquinas agrícolas de última geração, agricultura de precisão, controlada por geo-processamento via satélite etc.);mas manterem, de outro lado, relações de trabalho, já combatidas e banidas do mundo desde o século XVIII, trabalhadores continuarão morrendo. Isto porque os 10 que morreram nas duas últimas décadas são uma amostra insignificante do total que deve morrer todas as safras clandestinamente. Ao longo dos últimos 20 anos que me dedico à análise das condições

de vida e trabalho dos trabalhadores rurais, colhi vários depoimentos de trabalhadores que relatavam mortes como as agora tornadas públicas através do excelente trabalho da Pastoral do Migrante de Guariba.”⁽¹¹⁾ (grifo nosso).

Não existe atleta profissional que tenha um desgaste físico e mental diário tal como o apresentado nas linhas transcritas acima. Não se deve olvidar, por oportuno, que a alimentação desses trabalhadores não se compara a de um atleta profissional.

Conforme demonstrar-se-á, adiante, o esforço físico diário dos cortadores de cana equivale ao desgaste de um corredor que disputa uma maratona, contudo, enquanto este é um atleta de alto nível, com roupa e alimentação adequada, o trabalhador não tem a alimentação adequada e deve usar os EPIs que aumentam em muito o esforço realizado.

A ciência já comprovou que o excesso de trabalho leva à fadiga do trabalhador.

Não é por outra razão que a legislação obreira vem sendo aperfeiçoada ao longo de sua história, sempre no sentido de reduzir a jornada de trabalho, garantir um tempo mínimo de descanso intra e entre jornadas e na semana, além do direito de férias. Todo esse aparato legislativo tem por escopo possibilitar ao obreiro a recuperação do desgaste sofrido no trabalho, preservando sua saúde⁽¹²⁾, segurança e capacidade produtiva. Quando isso não é respeitado, surgem os problemas, dentre eles, o principal é a fadiga.

Fadiga, para Itiro Iida⁽¹³⁾: “é o efeito de um trabalho continuado, que provoca uma redução

(11) Trecho retirado do artigo intitulado “Por que morrem os cortadores de cana?”, da autoria de Francisco Alves, Professor Adjunto da Universidade Federal de São Carlos. Disponível do sítio da Pastoral do Migrante de Guariba.

(12) A Organização Mundial de Saúde define saúde como sendo um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência da doença ou da enfermidade.

(13) *Ergonomia, Projeto e Produção*. Ed. Edgard Blücher Ltda., 1990. p. 284

reversível da capacidade do organismo e uma *degradação qualitativa desse trabalho*". (negrejamos)

O autor explica que, dentre os vários fatores — todos de efeitos cumulativos — causadores da fadiga encontram-se, em primeiro lugar, os fisiológicos, relacionados com a intensidade e duração do trabalho físico e intelectual.

Prossegue o escritor:

“uma pessoa fatigada tende a aceitar menores padrões de precisão e segurança. Ela começa a fazer uma simplificação de sua tarefa, eliminando tudo o que não for essencial. *Os índices de erro começam a crescer*. Um motorista fatigado, por exemplo, olha menos para os instrumentos de controle e reduz a frequência das mudanças de marcha. Observa-se que os pilotos de avião fatigados apresentam uma tendência irresistível de relaxar quando se aproximam do aeroporto, e isso produz um repentino aumento de erros, que *podem resultar em acidentes*. Mesmo que a pessoa pense que esteja fazendo o melhor possível, o seu padrão de desempenho vai piorando”⁽¹⁴⁾

Estudando os efeitos da duração de trabalho sobre o organismo humano, Ingborg Sell leciona que: “*é necessário um equilíbrio entre fadiga acumulada e repouso, num ciclo de 24 horas, para garantir a saúde e a capacidade de rendimento da pessoa. Se não houver a recuperação, o repouso na medida certa, ocorrerá um acúmulo de fadiga e esta pode tornar-se crônica.*”

Em seguida, a autora lista os seguintes sintomas advindos da fadiga:

“sensação subjetiva de cansaço, sonolência, falta de vontade para trabalhar; perturbações no raciocínio, dificuldades; redução do nível de atenção; redução da velocidade de captação de estímulos; diminuição da capacidade física e motora.”⁽¹⁵⁾

(14) IIDA, Itiro, *op. cit.*, p. 284.

(15) *Medicina Básica do Trabalho*. 1. ed. vol. II. Coord. Sebastião Ivone Vieira. Genesis, 1994. p. 283.

E conclui:

“Com a fadiga aumenta a tendência a atos inseguros, erros; aumenta o tempo de reação de uma pessoa, o que aumenta o risco de acidentes.”⁽¹⁶⁾ (grifamos)

Itiro lida acrescenta que: “a fadiga fisiológica, desde que não ultrapasse certos limites, é reversível e o corpo se recupera com pausas concedidas durante o trabalho ou com o repouso diário”. E acrescenta:

“Entretanto, existe um outro tipo de fadiga, chamada de crônica que não é aliviada por pausas ou sonos e tem efeito cumulativo. (...) Com o tempo, pode causar doenças como úlceras, doenças mentais e cardíacas. Nessa situação, o descanso já não é suficiente para se recuperar, devendo se recorrer ao tratamento médico.” (*Op. cit.*, p. 285)

Destarte, é inegável que não se pode admitir uma forma de remuneração que possibilita o trabalho até a exaustão, até a fadiga, que causa acidentes, adoecimentos e mortes.

O que se pretende demonstrar, com efeito, é que não estamos diante de possibilidades ou eventualidades. Não se trata de eventos incertos. Muito pelo contrário. A nefasta condição de exposição da saúde dos cortadores de cana é triste realidade cientificamente comprovada! Não há presunção, indução ou dedução de raciocínio: há constatação objetiva.

Nesse contexto, exsurge relevante e imprescindível o cruzamento técnico e matemático de dados realizado pela Administração Pública Federal para constatar o nexos técnico epidemiológico (NTEP) que incide nas atividades realizadas pelos cortadores de cana.

Imperioso salientar, e isso demonstra que a gravidade do caso faz com que empregadores e empregados se unam pela mesma causa, que o próprio portal eletrônico do SESI (Serviço Social da Indústria), por iniciativa da Confederação Nacional da Indústria (CNI), disponibiliza ferramenta de busca correlacionada

(16) SELL, Ingborg, *op. cit.*, p. 284.

a cada setor de atividade econômica que tem por objetivo apresentar os estudos relativos à situação dos trabalhadores envolvidos.

No caso dos cortadores de cana, mencionado portal apresenta cinco estudos científicos cujo único escopo é demonstrar a penosidade da atividade relacionado ao corte de cana⁽¹⁷⁾.

Apenas para ilustrar, o artigo intitulado “Desgaste fisiológico dos cortadores de cana-de-açúcar e a contribuição da ergonomia na saúde do trabalhador”, da autoria de Erivelto Fontana de Laat e Rodolfo Andrade de Gouveia Vilela⁽¹⁸⁾, traz a seguinte informação:

“O sistema de pagamento por produção, associado à precarização dos alojamentos, meios de transporte, alimentação insuficiente e condições trabalho nocivas, sem pausas para descanso, podem agravar os riscos de acidentes e o desgaste prematuro destes trabalhadores. Desde o período de 2004-2005, o Ministério Público do Trabalho de Campinas vem suspeitando da relação das ocorrências de 13 mortes às condições de trabalho que teriam levado os trabalhadores à exaustão (BOLETIM INFORMATIVO DA PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO, 2005).

Cabe ressaltar que a Norma Brasileira de Ergonomia (NR-17 da Portaria 3214/78 - Ministério do Trabalho e Emprego) não admite o pagamento por produção quando existem riscos à saúde dos trabalhadores, uma vez que este tipo de pagamento induz o trabalhador a ultrapassar os limites fisiológicos em busca de um rendimento financeiro extra.” (grifo nosso)

(17) Disponível em: <http://pros11.sesi.org.br/portal/main.jsp?lumPagId=4028E4810FF37F2A010FF3B1FDAB07AD&lumI=publicacao.listPublicacoesCNAE&COD_CLASSIFICACAO_CNAE=281>

(18) Disponível em: <<http://www.efdeportes.com/efd111/desgaste-fisiologico-dos-cortadores-de-cana-de-acucar.htm#traz>>.

Em outro estudo, agora de autoria solitária, o prof. Erivelton Fontana de Laat⁽¹⁹⁾ afirma que o ciclo médio do corte de cana é de 5,677 segundos. Com efeito, nesse curtíssimo período de tempo, o trabalhador abraça, carrega, corta, joga, reposiciona e segura a cana cortada. Ora, partindo-se do pressuposto, em nenhum momento contrariado pela reclamada, de que qualquer ciclo de atividade menor que 30 segundos é extremamente repetitivo⁽²⁰⁾, não há dúvida de que a atividade realizada pelo cortador de cana é muito mais extenuante do que aquelas tratadas pela NR-36.

No mesmo sentido, para que não se levante qualquer suspeita sobre as referências utilizadas até o momento, são as conclusões de Sonia Cortina Hess no bojo do Parecer Técnico n. 01/2008⁽²¹⁾, cujo trecho a seguir transcrito resume bem a questão:

“Estudo conclusivo do Pesquisador Britânico, Dr. Phoolchund (1991) dá conta de que “os trabalhadores das plantações de cana-de-açúcar apresentam elevados níveis de acidentes ocupacionais e estão expostos à alta toxicidade dos pesticidas. Eles também podem apresentar um risco elevado de adoecerem por câncer de pulmão (mesotelioma), e isto pode estar relacionado à prática da queima da palha, na época da colheita da cana”. Estudos recentes têm referendado as suspeitas daquele pesquisador (ZAMPERLINI *et al.*, 1997; GODOI *et al.*, 2004).”

E continua:

Estudo conclusivo do Pesquisador Britânico, Dr. Phoolchund (1991) dá conta de que “os trabalhadores das plantações de cana-de-açúcar apresentam elevados níveis de

(19) Disponível em: <http://www.cerest.piracicaba.sp.gov.br/site/images/maratona_perigosa_nos_canaviais_-_erivelton.pdf>.

(20) Disponível em: <http://www.portal.ufra.edu.br/attachments/1026_ERGONOMIA%20E%20SEGURAN%C3%87A%20DO%20TRABALHO.pdf>.

(21) Parecer Técnico n. 01/2008. Campo Grande. 6.5.2008. Disponível em: <[HTTP://pesquisa.fundacentro.gov.br/linkpdf/40399.pdf](http://pesquisa.fundacentro.gov.br/linkpdf/40399.pdf)> Acesso em: 3 out. 2013.

acidentes ocupacionais e estão expostos à alta toxicidade dos pesticidas. Eles também podem apresentar um risco elevado de adoecerem por câncer de pulmão (mesotelioma), e isto pode estar relacionado à prática da queima da palha, na época da colheita da cana”. Estudos recentes têm referendado as suspeitas daquele pesquisador (ZAMPERLINI *et al.*, 1997; GODOI *et al.*, 2004.)

Ora, pois. As conclusões, embora óbvias e já expostas anteriormente, devem, sobretudo, ser exaltadas diante da circunstância de apresentarem credibilidade científica indubitável. São estudos internacionais publicados em periódicos de circulação mundial.

O contexto é exatamente o de seres humanos que vivem para trabalhar. Remunerados por produção, como é o caso retratado nos autos, jamais trabalharão para viver. A bem da verdade, pode-se afirmar que o sistema remuneratório por produção é o mais cruel, nefasto e lucífero existente. Seu efeito, principalmente no caso dos cortadores de cana, é absolutamente contrário ao pretendido. Nessa hipótese, o trabalhador não se submete à exaustão para ser dignamente recompensado. Submete-se à exaustão porque somente assim atingirá remuneração capaz de suprir suas necessidades animais.

Repita-se: capaz de suprir suas necessidades animais, não de ser humano amparado pela dignidade e pela valorização social de seu trabalho. Os cortadores de cana, como é público e notório, têm rotina diária muito parecida com a de um animal selvagem: trabalham (caçam) para poder comer, dormem (para recuperar as energias), acordam, trabalham (caçam) para poder comer etc. E esse quadro funesto apenas existe por conta da maneira como são remunerados.

Interessante notar, por oportuno, que a reclamada apresentou argumentação no sentido de que o pagamento por produção tem o efeito de evitar “corpo mole” por parte dos trabalhadores.

Causa espécie e indignação esse tipo de defesa. Ora, a CLT prevê expressamente a possibilidade de dispensa por justa causa em caso de desídia ou “corpo mole” (art. 482, alínea ‘e’). Ademais, mesmo se não houvesse essa previsão legal, coisificar um ser humano não é a melhor forma de incentivar sua produção e, sobre esse ponto, mentes prudentes devem concordar.

Sua atividade é tão penosa, desgastante e exaustiva que o C. TST, em diversas oportunidades, a reconheceu como sendo de risco. Como exemplo, pode-se citar as duas ementas seguintes:

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DO TRABALHO DURANTE LABOR EM CORTE DE CANA-DE-AÇÚCAR. ATIVIDADE DE RISCO. TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA. No caso dos autos, o Regional constatou que a reclamante exercia atividade de corte de cana-de-açúcar e consignou a existência do dano sofrido pela trabalhadora em razão de acidente no ambiente de trabalho — conquanto utilizasse luvas de proteção para as mãos, considerado inadequado pelo laudo pericial, posto que — apresentava deficiências na sua proteção —, que lhe ocasionou um corte no punho esquerdo, deixando sequelas, dentre elas, atrofia muscular acentuada do polegar esquerdo e outros problemas neurológicos e funcionais, bem como, por óbvio, o nexo causal com as atividades por ela desempenhadas, não havendo como afastar a responsabilidade da reclamada pelo evento danoso. O art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, c/c o parágrafo único do art. 8º da CLT, autoriza a aplicação, no âmbito do Direito do Trabalho, da teoria da responsabilidade objetiva do empregador, nos casos de acidente de trabalho, quando as atividades exercidas pelo empregado são de risco, conforme comprovadamente é o caso em análise. E, especificamente, no tocante ao risco da atividade desenvolvida no corte de cana-de-açúcar, esta Corte tem entendido que a responsabilidade do empregador, nesses casos, é objetiva. Recurso de revista não conhecido. (...) RR-2501-54.2007.5.09.0567 Data de Julgamento: 18.12.2012, rel. Ministro:

José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15.2.2013).

“INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO DURANTE LABOR EM CORTE DE CANA-DE-AÇÚCAR. ATIVIDADE DE RISCO. TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA. No caso dos autos, incontroverso que o reclamante exercia atividade de corte de cana-de-açúcar, tendo sofrido acidente no ambiente de trabalho, não obstante utilizasse equipamento de proteção. O acidente de trabalho lhe ocasionou deformidade anatômica e funcional das extremidades do 2º e 3º dedos da mão esquerda, deixando sequelas irreversíveis, dentre elas, “uma atrofia músculo ligamentar, principalmente no 3º dedo da mão esquerda, que pelo tempo e evolução e ao exame clínico se mostra irreversível”. Por óbvio, inarredável o nexos causal com as atividades por ele desempenhadas, não havendo como afastar a responsabilidade da reclamada pelo evento danoso. O art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, c/c o parágrafo único do art. 8º da CLT, autoriza a aplicação, no âmbito do Direito do Trabalho, da teoria da responsabilidade objetiva do empregador, nos casos de acidente de trabalho, quando as atividades exercidas pelo empregado são de risco, conforme comprovadamente é o caso em análise. E, especificamente, no tocante ao risco da atividade desenvolvida no corte de cana-de-açúcar, esta Corte tem entendido que a responsabilidade do empregador, nesses casos, é objetiva, prescindindo da comprovação de dolo ou culpa do empregador.” (Processo RR 28540-90.2006.5.15.0071. Data do julgamento: 13.03.2013. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma. Data da publicação: DEJT 26.3.2013.)

Sobre as atividades exercidas pelos cortadores de cana, assim se manifestou o Ilustre Desembargador João Batista Martins Cesar, relator nos autos do processo n. 0223700-21.2008.5.15.0156, *in verbis*:

“Infelizmente, os cortadores de cana têm sido ‘coisificados’, de modo que, caso adoeçam ou morram, são tratados como simples ferrentas de trabalho e, por isso, podem ser

prontamente substituídos por ‘modelos’ mais jovens e fortes, invariavelmente advindos de longínquas regiões do sertão brasileiro e, por conta disso, mais resistentes e facilmente explorados.

A esse respeito, interessa transcrever os seguintes dados sobre as condições de trabalho da categoria, citados por Francisco José Alves, professor do departamento de engenharia de produção da Universidade Federal de São Carlos (UFSCAR), Estado de São Paulo:

“A expectativa de vida de um trabalhador cortando 12 toneladas por dia é de 10 a 12 anos, menor que a expectativa de um trabalhador escravo do fim do século XIX, que era de 12 a 15 anos. Mais do que dez safras cortando cana, o trabalhador está incapacitado para o trabalho: está com lordose e uma série de doenças decorrentes do trabalho. A única expectativa que ele tem é pedir aposentadoria.” (Pesquisador prega extinção do trabalho por produção, Repórter Brasil, 2007. Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=1139>>) (negrejou-se)

Destarte, é incontestado, público e notório que as atividades nas lavouras de cana-de-açúcar são extremamente repetitivas, tornando-se estafante e degradante da saúde do obreiro.

Por derradeiro, sobre a atividade dos cortadores de cana, peço vênia para transcrever trecho do voto de relatoria do Excelentíssimo Desembargador deste E. TRT, Dr. Flávio Nunes Campos, nos autos do processo n. 0001473-23.2012.5.15.0110, *ipsis litteris*:

“Tenho ciência, como dito anteriormente e até pela minha atuação como Membro do Ministério Público e Magistrado desta E. Corte, que a função de cortador de cana é uma das mais desumanas existentes — se não a mais — onde o trabalhador é exposto a vários agentes de risco e assombrados, diariamente, pelos empregadores na busca de uma produtividade e lucratividade cada vez maior, ainda mais atualmente, onde o etanol virou figura de destaque no campo

internacional. Nesse sentido, chama a atenção vários editoriais lançados na mídia, mas, especialmente, aquele da lavra de Luiz Paulo Juttel, intitulado “Desgaste físico diário do cortador de cana é igual ao de maratonista”, onde afirma: “Pesquisadores da Unimep divulgaram dados prévios de um estudo sobre o corte manual da cana no interior paulista. Pela primeira vez se conduziu um estudo empírico sobre a ergonomia no trabalho do cortador. Em apenas 10 minutos esse trabalhador corta 400 Kg de cana, realiza 131 golpes de facão e flexiona o tronco 138 vezes. A extenuante jornada não conta com repouso e tenta garantir a sobrevivência das famílias dos cortadores. “A conclusão que chegamos é que a condição física de um cortador de cana se assemelha a de um maratonista. Seus músculos são franzinos, mas sua resistência é elevada”, afirma Erivelton Fontana de Laa, coordenador da pesquisa. O estudo também aponta que muitos dos problemas de saúde que acometem esses trabalhadores são os mesmos a que estão sujeitos atletas de alto desempenho. Mas sob quais condições? O principal fator de risco no corte da cana, de acordo com dados do estudo piloto realizado em maio, é a sobrecarga na atividade cardiorrespiratória do trabalhador. Através do uso de uma metodologia que levou em consideração aspectos como a frequência cardíaca (em repouso, média e máxima), idade e produção diária em toneladas, Laa descobriu que seis dos dez trabalhadores analisados ultrapassaram o limite cardiorrespiratório tolerável à saúde. Alguns chegaram a picos de mais de 180 batimentos cardíacos por minuto. “O que acontece nos canaviais é semelhante a um atleta que ultrapassa o seu limite de treino. Ao invés de correr cinco quilômetros, ele tenta percorrer a distância de uma maratona todos os dias”, diz Laa. Os resultados foram apresentados a procuradores do Ministério Público e do Ministério do Trabalho no seminário “Condições de trabalho no plantio e corte de cana”, que ocorreu no final de abril, em Campinas. Temperatura e risco de lesões por repetição. Com o auxílio de um *software* francês, os pesquisadores analisaram a rotina de trabalho de um cortador

que ao fim do dia havia cortado 11,54 toneladas de cana. Quando se amplia os dados obtidos em 10 minutos para um dia inteiro de trabalho chega-se a 3792 golpes de facão e 3994 flexões de coluna, o que representa um sério risco à coluna e articulações, segundo informa Laa (JPG). Cortador amola o facão utilizado 3792 vezes por dia. Fonte: Grupo Móvel 15ª PRT. O estudo da Unimep também tratou sobre o ciclo de atividades repetitivas do cortador. Em média ele precisa de 5,6 segundos para abraçar um feixe com cinco a dez varas de cana, puxar ou balançar, flexionar a coluna, cortar o feixe rente ao solo, jogar a cana em montes e progredir. “Estudos ergonômicos mostram que qualquer atividade laboral com ciclo de repetição inferior a 30 segundos possui grande risco de surgimento lesões”, afirma o pesquisador. O sol é outro fator preocupante. Na medição feita em maio — que é um mês de temperatura agradável — o termômetro marcou a temperatura máxima de 27,40 graus Celsius no canavial. A média ficou em 26 graus. De acordo com a Norma Regulamentadora (NR) 15 do Ministério do Trabalho e Emprego, toda atividade laboral pesada realizada em lugares com temperatura ambiente entre 26 e 28 graus Celsius precisam de pausas de 30 minutos para cada 30 minutos de trabalho. Essa NR não é cumprida nos canaviais paulistas. Laa comenta que, em sua pesquisa de campo, percebeu que a empresa contratante até indicava alguns momentos de pausa no trabalho através do som da buzina de um ônibus. No entanto, como não havia fiscalização sobre o cumprimento desta pausa, praticamente nenhum cortador largava seu facão para descansar, já que a pausa pode significar perda de produção e, portanto, de dinheiro. Para a maioria dos procuradores presentes ao seminário de Campinas esse é o motivo dos trabalhadores suportarem tão duras condições de trabalho. O piso salarial da categoria é de aproximadamente 500 reais. Entretanto, como o pagamento varia de acordo com a produção individual, um bom cortador — um campeão como é chamado na lavoura — pode chegar a rendimentos mensais de 1200 a 1500 reais. Para a grande

maioria da massa trabalhadora do setor, formada principalmente por migrantes do Nordeste e Norte, tal valor é muito mais do que ganhariam em suas regiões natais. A extenuante jornada de trabalho é tolerada por homens que querem, a todo custo, garantir a sobrevivência de suas famílias. “Tem a questão emblemática também. Por exemplo, um cortador migrante que compra uma moto ao fim da safra de cana é visto como herói pelos mais jovens da sua região”, completa Laat. Morte no trabalho. Entretanto, a luta frenética pela subsistência faz com que os cortadores não levem em consideração fatos como a morte de companheiros. Segundo a Pastoral do Migrante de Guariba, 20 trabalhadores rurais do setor sucroalcooleiro morreram de 2004 até agora. Os poucos que possuem o motivo da morte registrado no atestado de óbito apontam, principalmente, morte por parada cardiorrespiratória. Vários estudiosos e sindicalistas do setor dizem não haver dúvidas que essas mortes sofrem forte influência da rotina de trabalho mensurada agora pela equipe da Unimep. O resultado final deste trabalho final será apresentado em 2009 e abordará outras questões como a poeira da queima da cana inalada pelos cortadores, a massa corpórea ganha ou perdida no decorrer da safra e a comida ingerida por esses trabalhadores. Os pesquisadores querem traçar um paralelo entre os dados quantitativos coletados e a qualidade de vida dos trabalhadores. Atualmente, um cortador de cana consegue trabalhar, em média, até os 35 anos, afirma Laat. Um dos objetivos dessa pesquisa, de acordo com os seus idealizadores, é fornecer ao judiciário material científico crível que contribua com o julgamento de ações trabalhistas ou civis públicas referentes ao tema. Dessa maneira, eles acreditam que se pode caminhar na direção de um futuro laboral mais humano para aqueles que ajudam a garantir a energia do país” (Com Ciência Notícias] 3.6.2008 Disponível em: <<http://www.comciencia.br/comciencia/handler.php?section=3icia=459>>) (negritamos). Daí chegarmos à mesma conclusão do advogado português José Augusto Ferreira da Silva, que salienta que “quando Bill Clinton proferiu

a frase muito celebrada pelos cultores do neoliberalismo: “Qualquer trabalho é melhor do que nenhum” estava longe do ideário das nossas Constituições democráticas e progressivas” (in *TRABALHO DIGNO — Um direito fundamental dos povos livres* Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/241006m.pdf>>).”

DA CERTEZA CIENTÍFICA ACERCA DOS RISCOS À VIDA E À SAÚDE DO CORTADOR DE CANA E DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Pois bem. A intenção, até esse ponto da argumentação, foi a de demonstrar o triste contexto fático no qual o cortador de cana está inserido.

Nem se argumente que o trabalho degradante dos cortadores de cana seja apenas conjectura, não é. Do simples confronto do CNAE da empresa (0113 – cultivo de cana-de-açúcar) com Decreto n. 6.042/2007, constata-se que esses trabalhadores estão sujeitos às seguintes moléstias:

- * F10 – F19 – transtornos mentais e comportamentos devidos ao uso de substâncias psicoativas
- * F20 – F29 – esquizofrenia, transtornos esquizotípicos e transtornos delirantes
- * G40 – G47 – transtornos episódicos e paroxísticos
- * H53 – H54 – transtornos visuais e cegueira
- * I10 – I15 – doenças hipertensivas
- * I30 – I52 – outras formas de doença do coração
- * J40 – J47 – doenças crônicas das vias aéreas inferiores
- * K20 – K31 – doenças do esôfago, do estômago e do duodeno
- * K35 – K38 – doenças do apêndice
- * K40 – K46 – hérnias
- * M00 – M25 – artropatias
- * M40 – M54 – dorsopatias
- * S00 – S09 – traumatismos da cabeça
- * S20 – S29 – traumatismos do tórax

* S30 – S39 – traumatismos do abdome, do dorso, da coluna lombar e da pelve

* S40 – S49 – traumatismos do ombro e do braço

* S60 – S69 – traumatismos do punho e da mão

* T90 – T98 – sequelas de traumatismos, de intoxicações e de outras consequências

Assim, não é conjectura, mas fato reconhecido pelo ordenamento jurídico.

A partir desse momento, a argumentação desenvolvida será eminentemente jurídica, tal como pretende a reclamada.

No art. 1º – incisos III e IV – da Constituição Federal brasileira de 1988 estão consagrados como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, bem como os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa. Nos incisos I, III e IV do art. 3º estão colocados entre os objetivos fundamentais da República Brasileira uma sociedade livre, justa e solidária, sem pobreza, marginalização e desigualdades, assim como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O art. 4º preceitua que o Brasil deverá nortear as suas relações internacionais com base no princípio da prevalência dos direitos humanos (inciso II).

Dessa forma, o constituinte deixou claro que esses valores configuram a base do Estado Democrático de Direito e devem servir de referência para qualquer interpretação do texto constitucional.

A ampla previsão dos direitos laborais — art. 7º e seguintes — representa a consagração de lutas históricas dos trabalhadores, galgando o Brasil ao patamar dos Estados ditos de “Primeiro Mundo”⁽²²⁾.

(22) É com um grande atraso que os direitos dos trabalhadores foram positivados no texto constitucional brasileiro, já que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), prevê em seu artigo XXIII – 1 que “toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

Ainda em relação à Norma em comento, seu art. 170 ressalta que: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observada a função social da propriedade (III).

Por seu turno, o art. 193 prevê que a ordem social terá como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Dessa forma, embora o mesmo texto constitucional garanta o valor da livre-iniciativa, ela está adstrita à valorização do trabalho humano e à função social da propriedade, conforme se apreende de seu art. 5º (XXIII) e dos art. 170, 173, 184, 186⁽²³⁾, sempre visando o bem-estar e a justiça sociais.

Mencione-se que a saúde é um direito fundamental de todos os cidadãos (art. 6º, CR/88), por isso, é uma obrigação primária do Estado. A saúde é básica, porque é, no fundo, tudo, condição primeira para a existência de qualquer outro direito. Daí o fato de a Constituição Brasileira estabelecer que **SAÚDE É DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO**.

Nesse sentido, vejam-se as disposições constantes dos arts. 196 e 197, CR/88, *in verbis*:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

“Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo

(23) Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

Assim, a saúde é direito de todos, garantido por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença.

Pois bem. Beatriz Montanhana afirma que: “a partir da inserção dos direitos sociais no bojo do texto constitucional, sob o título ‘Dos Direitos e Garantias Fundamentais’, passam esses direitos a merecer do Estado total garantia de sua eficácia, na mesma intensidade que estão garantidos os direitos civis e políticos.”⁽²⁴⁾

Portanto, no confronto entre a livre-iniciativa e os direitos fundamentais dos trabalhadores, deve o Estado tomar partido e garantir estes últimos, pois os mesmos propiciam o equilíbrio social indispensável para a existência do Estado Democrático de Direito.

A implementação e a manutenção dos direitos fundamentais dos trabalhadores não podem ser obstadas pelo exercício irresponsável do poder econômico. É fato que a globalização não tem limitações territoriais, ultrapassando fronteiras e provocando feridas sociais por todo o globo terrestre. Além disso, os Estados são manipulados ao sabor dos capitais especulativos, o que precariza direitos em nome da competitividade global e vai ao encontro de um círculo vicioso que só poderá ser rompido com o esforço de todos os atores sociais.

É preciso ter em mente que todos devem envidar esforços para a implementação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, de modo a que estes tenham condições de vida dignas. Este deve ser o fundamento de todas as ações humanas, inclusive para a aplicação e hermenêutica das normas constitucionais.

(24) MONTANHANA, Beatriz. A constitucionalização dos direitos sociais e a afirmação da dignidade do trabalhador. In: FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues (Coord.). *Direito do trabalho – direitos humanos*. São Paulo: BH, 2006. p. 92.

Não se pode duvidar do magistério de Mieczyslaw Manole quando o autor explica que as normas, em sua totalidade, devem ser interpretadas de modo a que “os direitos humanos e democráticos não sejam violados, mas, pelo contrário, preservados e expandidos. A velha máxima romana *in dubio pro reo* deveria ser modificada: *in dubio pro iuribus hominis* (em caso de dúvida, decida em favor dos direitos humanos)”⁽²⁵⁾.

E assim deve ser porque é a partir do trabalho que o homem consegue interagir socialmente, bem como manter a si próprio e sua família. É através do processo laboral que a maioria esmagadora dos cidadãos alcança uma vida digna e exerce plenamente a cidadania. Portanto, não só o trabalho deve ser garantido, mas também sua realização em condições dignas. É isso que manterá a estrutura social e a paz, bem maior de toda a humanidade⁽²⁶⁾.

Não foi por outra razão a preocupação do constituinte com a dignidade do trabalhador, garantindo-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; e a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo-se as desigualdades sociais e regionais, provendo-se o bem de todos sem qualquer distinção, conforme se apreende no art. 3º da Constituição Federal de 1988.

É revelador o constante no art. 193 da Norma ora em comento, quando apregoa que a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

(25) *Apud* MONTANHANA, Beatriz. A constitucionalização dos direitos sociais e a afirmação da dignidade do trabalhador. In: FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues (Coord.), *op. cit.*, p. 102.

(26) COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, p. 50: para este autor, “a cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos”.

Some-se a isso que os direitos humanos estão alicerçados em toda a história da humanidade e em constante ascensão. Portanto, cabe a todos os atores sociais lutar por seu desenvolvimento e efetiva implementação.

Sobre o assunto, Hannah Arendt ensina com maestria que “o debate a respeito do que são os direitos humanos e como devem ser definidos é parte e parcela de nossa história, de nosso passado e de nosso presente”⁽²⁷⁾. Acrescente-se que esse debate definirá o futuro no que tange à construção de uma sociedade pluralista que ofereça um patamar civilizatório a todos — ou de uma sociedade excludente —, onde poucos terão acesso ao mínimo necessário para sobreviver com dignidade e à beira do caos social.

Na visão de Ignacy Sachs:

“Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos.”⁽²⁸⁾

Destaque-se, ainda, a necessidade de se passar às futuras gerações um mundo melhor, liberto do egoísmo e da apatia humana, já que tais déficits sociais conduziram a várias guerras e pode levar a novos conflitos armados, dos quais as baixas humanas podem ser exorbitantes no sentido demográfico⁽²⁹⁾.

(27) *Apud* PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o trabalho. In: FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues (Coord.), *op. cit.*, p. 289.

(28) *Ibidem*, p. 167.

(29) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTR, 2000. p. 382. Ainda sobre o tema, confira ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Escala Educacional, 2006. p. 9, obra na qual o autor entende que abandonar os homens à própria sorte é esquecer a razão de ser do Estado, bem como do contrato social, que dá título ao livro.

Cabe a todo e qualquer agente social persistir na evolução da sociedade de forma a que uma maioria não seja lesada frente à ambição desenfreada de uma minoria privilegiada. A igualdade social não está restrita na paridade dos direitos e dos deveres de seus membros; ela vai além, pois implica na ajuda aos mais fracos, visando que estes também logrem melhoria em suas condições sociais.

É fato que o trabalho humano constitui a base de toda a sociedade, assim como é fato que sem ele haveria uma legião de famintos e a atual sociedade de consumo — ou consumista — não existiria. Assim, os direitos fundamentais devem chegar a todos os trabalhadores na condição de medida de direito e de justiça social.

O direito do trabalho contemporâneo foi conquistado à custa de lutas e mortes, conforme se apreende historicamente com a data comemorativa do “Dia do Trabalho”. A sociedade deve ser suficientemente evoluída para que não sejam necessárias novas barricadas para se fazer valer os direitos fundamentais.

É preciso reafirmar que em todo o mundo já se difunde a consciência de uma sociedade pós-industrial harmônica, na qual a cultura, a indústria e as atividades terciárias operam conjuntamente, reduzindo o trabalho e preparando um novo sistema social baseado no tempo livre e no ócio criativo⁽³⁰⁾.

Assim, os seres humanos são responsáveis pela preparação desse novo sistema social que venha a valorizar o processo laboral e garantir ao trabalhador a retribuição justa, propiciando-se, dessa forma, a sobrevivência em condições justas e adequadas.

Apesar de estarmos diante de uma questão jurídica, ela é indissociável do questionamento sob o ponto de vista humano. Os cortadores não são máquinas, são pessoas, e esta dimensão não se pode perder de vista.

(30) MASI, Domenico de. *O futuro do trabalho*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000. p. 289-290.

Lamentavelmente, a birola (câimbra seguida de tontura, dor de cabeça e vômitos — termo utilizado pelos cortadores) é frequente no campo, assim como é frequente a morte por excesso de trabalho. Atualmente, não se vê os chicotes e as correntes, contudo, quem tem os olhos da justiça social os veem. Continuam lá, embora invisíveis — mas sensíveis, pois essa nova escravidão leva à morte pelo esforço do trabalho estafante⁽³¹⁾.

Não há dúvidas de que se está diante de trabalho degradante. Sobre essa questão, Denise Lapolla de Paula Aguiar Andrade, Procuradora do Trabalho, assevera:

“como definir trabalho em condições degradantes? Degradante, adjetivo do verbo degradar, no dizer de Aurélio Buarque de Holanda, significa privar de dignidades ou encargos, estragar, deteriorar; rebaixar. Trabalho degradante é, pois, aquele que priva o trabalhador de dignidade, que o rebaixa e o prejudica, a ponto, inclusive, de estragar, deteriorar sua saúde. Observe-se que mais uma vez o princípio da dignidade serve como marco diferencial de situações fáticas. Um trabalho penoso que implique certo sacrifício, por exemplo, não será considerado degradante se os direitos trabalhistas de quem o prestar estiverem preservados e as condições adversas, devidamente mitigadas/compensadas com equipamentos de proteção/pagamento de adicionais devidos. Por outro lado, será degradante aquele que tiver péssimas condições de trabalho e remuneração incompatível, falta de garantias mínimas de saúde e segurança; limitação na alimentação e moradia. Enfim, aquele que explora a necessidade e a miséria do trabalhador. Aquele que o faz submeter-se a condições indignas. É o respeito à pessoa

(31) Cf. Maria Aparecida Moraes Silva, pesquisadora da UNESP, para quem o excesso de trabalho pode caracterizar a escravidão. “Eles estão morrendo de overdose de trabalho”. *Jornal Brasil de Fato*, de 24 a 30 jun. 2004.

humana e à sua dignidade que, se não observados, caracterizam trabalho em condições degradantes. Daqui já se pode tecer uma comparação entre o trabalho forçado, conforme previsto na Convenção n. 29 da OIT e o trabalho degradante. O primeiro é aquele obrigatório e sujeito à pena, mas que até sua supressão total terá de respeitar a dignidade daquele de quem é exigido. O segundo pode ter causa justificadora e não ser forçado, mas sua ilegitimidade advém das condições de prestação em desrespeito à dignidade de quem o executa. Trabalho forçado é, pois, uma categoria ampla, que envolve diversas modalidades de trabalho involuntário, inclusive o escravo.” (A LEI N. 10.803/2003 E A NOVA DEFINIÇÃO DE TRABALHO ESCRAVO — DIFERENÇAS ENTRE TRABALHO ESCRAVO, FORÇADO E DEGRADANTE — *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo, LTr, n. 29, mar. 2005.)

Luzidia, destarte, a violação ao disposto no inciso III, art. 5º, da Lei Maior, que, depois de afirmar 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, veda o tratamento desumano ou degradante.

Se o Direito é fato, valor e norma, certo é que a admissão da remuneração do cortador de cana pelo esquema da produção encontra óbice na Lei Maior, haja vista a violação dos arts. 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 170, 173, 184, 186 e 193, da Constituição Federal.

O pagamento por produção também implica desrespeito aos arts. 196 e 197, que impõem políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença. E doença e morte é o que se vê com essa forma de remuneração.

Não há dúvida de que as normas constitucionais aqui mencionadas têm como ponto em comum o impedimento de retrocessos sociais.

Realmente, diante do caráter indissolúvel dos direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos, ganha relevo a cláusula de proibição do retrocesso social, decorrente da aplicação progressiva dos direitos humanos.

Os direitos fundamentais representam, na história da humanidade, um caminhar à frente, ou seja, uma construção social em permanente evolução e progressiva ampliação, vedando-se o retrocesso social⁽³²⁾.

Apesar de as atividades dos cortadores serem desempenhadas sob calor excessivo, (veja-se quadro de fl. 32 da inicial) o PCMSO da ré faz o reconhecimento da necessidade de conforto térmico, como medida de prevenção à fadiga, apenas em favor dos trabalhadores que realizam **atividades intelectuais** (fl. 4 da inicial), fato não contestado, portanto, incontroverso. Constata-se, assim, a ausência de cuidados mínimos com a saúde dos cortadores.

O princípio da proibição do retrocesso social — ou aplicação progressiva dos direitos sociais — consiste na proibição da redução desses direitos, garantindo-se ao cidadão o acúmulo do patrimônio jurídico adquirido no decorrer do processo histórico. Está alicerçado constitucionalmente no princípio da dignidade da pessoa humana — art. 1º; no princípio da segurança jurídica — art. 5º, inciso XXXVI — art. 7º, *caput* (além de outros que visem a melhoria de sua condição social) CF/88; e no princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais — art. 5º, § 1º⁽³³⁾.

Dessa forma, os direitos sociais⁽³⁴⁾ já realizados estão constitucionalmente assegurados, passando a configurar uma garantia institucional e um direito subjetivo, sendo inconstitucionais quaisquer medidas legislativas que

(32) Cf. ADI n. 1.946/DF; ADI n. 2.065-0/DF; ADI n. 3.104/DF; ADI n. 3.105-8/DF; ADI n. 3.128-7/DF; e o Mandado de Segurança n. 24.875-1/DF.

(33) SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p.449.

(34) Direitos dos trabalhadores; direito à saúde; direito à educação; entre outros.

impliquem em sua anulação, revogação ou aniquilação⁽³⁵⁾.

Esse princípio — da proibição do retrocesso social — possui conteúdo positivo, ou seja, de dever do Poder Legislativo na manutenção e ampliação progressiva dos direitos fundamentais, assegurando-se, dessa forma, o avanço social. O conteúdo negativo diz respeito à proibição de elaboração de normas que não respeitem os direitos já conquistados; é a vedação do retrocesso social⁽³⁶⁾.

Pelo princípio da vedação ao retrocesso, o Estado não pode invocar norma interna para deixar de cumprir um pacto internacional, **devendo assumir uma posição pró-ativa na defesa dos direitos humanos**.

O princípio de vedação ou proibição do retrocesso social, da progressividade dos direitos humanos, está em consonância com os arts. 2º, 11, 16, 18, 21 e 22 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais — PIDESC (NY), aprovado em 16.12.1966 — XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas — Resolução n. 2.200-A —, integrado ao ordenamento jurídico brasileiro em 24 de abril de 1992 por meio do Decreto-lei n. 226, de 12 de dezembro de 1991 (aprovação), e do Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992 (promulgação)⁽³⁷⁾. Os Estados assumiram a obrigação de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais.

(35) CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 340. Assevera este autor que “o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado”.

(36) SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 205. Cf. também COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, p. 79.

(37) Cf. <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm> Acesso em: 1º out. 2013.

Igualmente converge com o Protocolo Adicional — Pacto de San Salvador — 17.11.1988 — Arts. 1º, 17 e 19, bem como com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22.11.1969, art. 26.

Nesse sentido, oportuno observar o estudo realizado por Guilherme Bassi de Melo no que toca à natureza das disposições contidas no art. 1º da Constituição Federal. *In verbis*:

“Nesse passo, é possível conceber a democracia, que caracteriza o Estado de Direito brasileiro, como a possibilidade de participação popular, diretamente ou por representação, na tomada de rumos e definição de finalidades da nação. Essa participação, salienta-se, ocorre de modo que cada indivíduo será considerado de maneira igual, sem que um cidadão, por sua condição social ou econômica, seja privilegiado em detrimento de outro.

Evidente, no que toca à democracia, a existência da primeira cláusula de repúdio às barbáries ocorridas nos últimos dois séculos, em que o povo se submetia aos desígnios de uma diminuta parcela da população, haja vista a consideração diferenciada e detrimetosa de sua consideração como agrupamento social em que todos os indivíduos devem ser tratados de maneira igual. (...)

A dignidade da pessoa humana, como quarta cláusula de repúdio, possui papel diferenciado na ordem jurídica brasileira, embora sua análise seja objeto de item específico, pode-se afirmar que seu conceito diz respeito à garantia de o indivíduo ser aquilo que é e aquilo que ele deve ser. Isso significa que o indivíduo, sendo aquilo que ele é, deve ser tratado e considerado como um ser humano único e singular, com peculiaridades que devem ser respeitadas e reconhecidas pelos seus semelhantes. Por outro lado, e de maneira integrativa, ser aquilo que ele deve ser diz respeito ao fato de que o indivíduo deve se autodeterminar da maneira que melhor lhe aprouver, desde

que respeitada a dignidade de seus pares. É evidente que essa cláusula de repúdio dirige-se, indubitavelmente — e exemplificativamente —, ao confronto da situação de extermínio verificada contra os judeus e os homossexuais durante a Segunda Guerra Mundial. Por conta de orientações religiosas e sexuais diferenciadas, um número muito além daquele previsto em estatísticas oficiais da época foi eliminado, da forma mais repulsiva, do âmbito de existência humana. Seguindo essa linha de raciocínio, o art. 1º, inc. IV, da Constituição Federal, afirma a valorização social do trabalho e da livre-iniciativa. Não existe dúvida de que, se realizado de maneira digna, o trabalho possui irrefragável valor social, sendo um dos mais importantes direitos decorrentes da cidadania. Desta forma, atribuindo conteúdo ao valor social do trabalho, a Constituição Federal, em seu art. 7º, atribui aos trabalhadores um extenso rol de direitos fundamentais. Reconhece-se, com isso, que ao trabalho se atribui importância ímpar na sociedade, de modo que, por intermédio dele, pode-se alcançar uma sociedade livre, justa e solidária, entre outros objetivos. Mas não é só. O legislador constituinte entendeu por bem atribuir valor social também à livre-iniciativa, colocando-se no mesmo dispositivo constitucional que o trabalho. Isso não ocorreu de forma despropositada. Existe, aqui, uma necessidade de se harmonizar os eternos interesses conflitantes existentes entre capital e trabalho. Isso para que a supervalorização do trabalho não inviabilize a exploração de atividades econômicas e, concomitantemente, a selvageria do capital não suprima a dignidade do trabalho. Essa quinta cláusula de repúdio, por assim dizer, volta-se contra a exploração descomedida do ser humano durante as duas primeiras revoluções industriais e, por que não, dos judeus expurgados para os campos de concentração. (...)”⁽³⁸⁾

(38) Dissertação de Mestrado apresentada à PUC/SP, no

Dar provimento total ao recurso da empresa significaria cancelar o retrocesso social, admitir-se o trabalho degradante.

Esclareça-se, por oportuno, que acolher a pretensão do MPT, pondo fim ao pagamento por produção no caso dos cortadores de cana, não representa um “ativismo” judicial desenfreado. Pelo contrário, põe-se freio no capitalismo selvagem, que causa sofrimento, adoecimento e mortes.

O E. STF reconhece que o Poder Judiciário pode intervir em políticas públicas para assegurar direitos fundamentais.

O Poder Judiciário pode e deve perscrutar a legalidade do ato administrativo quando o ente político descumpra os encargos político-jurídicos que sobre ele incidem, comprometendo a eficácia e a integridade de direitos sociais assegurados pela Lei Maior.

Dessa forma, ainda que a competência primária para formular e executar políticas públicas caiba aos Poderes Legislativo e Executivo, é possível, de forma excepcional, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, que o Poder Judiciário determine a sua implementação, quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos fundamentais previstos na Constituição.

Nesse sentido, os seguintes precedentes do E. STF: AI n. 646.079/SP, relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 28.11.08, AI n. 725.891/SC, relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 10.10.08, AI 474.444-AgR/SP, rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE n. 410.715-AgR/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO – RE n. 436.996-AgR/SP, rel. CELSO DE MELLO, AI n. 455.802/SP, rel. Min. MARCO AURÉLIO – AI n. 475.571/

ano de 2013, sob o título: *Configuração do dano à moral difusa a partir da delimitação jurídica do patrimônio imaterial coletivo*, p. 52-56.

SP, rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE n. 401.673/SP, rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE n. 411.518-AgR/SP, rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE n. 431.773/SP, rel. Min. MARCO AURÉLIO, AI n. 813590/MG – rel. Min. DIAS TOFFOLI, AI n. 598212/PR, rel. Min. Celso de Mello; ADPF n. 45/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF n. 345/2004)⁽³⁹⁾.

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, na obra “Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público”, p. 59, 95 e 97, São Paulo, Max Limonad, 2000), sobre a limitação da discricionariedade do administrador público na concretização das políticas constitucionais, assevera que:

“Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.

(...)

Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais

(39) ADPF n. 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF n. 345/2004): ‘ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).’

para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

(...)

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

(...)

As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.”

Assevere-se que a “teoria do financiamento possível” tem sido constantemente afastada pelo Poder Judiciário, que obriga o Poder Público a desempenhar o papel que lhe conferiu a Constituição Federal. A atual jurisprudência do STF, acima mencionada, tem exigido, além da alegação de inexistência de recursos, a efetiva comprovação dessa inexistência, o que o Ministro Eros Grau chamou de exaustão orçamentária.

Assim, se o Poder Judiciário pode intervir e determinar a execução de políticas públicas voltadas a concretizar os princípios de bem-estar e justiça social, por muito mais razão pode limitar a vontade dos particulares, de forma a restringir o pagamento por produção, que provoca sofrimentos, adoecimentos e mortes em flagrante desrespeito aos preceitos constitucionais garantidores da vida, saúde, dignidade do ser humano e da função social da propriedade.

Assim, consideradas como cláusulas impositivas de retrocessos sociais, as previsões

do art. 1º, especialmente os incisos III e IV, da Constituição Federal, devem servir de respaldo à pretensão aduzida pelo órgão ministerial em sua inicial.

DO PAGAMENTO POR PRODUÇÃO NO CASO DAS ATIVIDADES PENOSAS E INSALUBRES. DA INTERPRETAÇÃO DA CLT CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Por conseguinte, pode-se dizer que a manutenção do esquema de remuneração por produção, para o cortador de cana, é situação odiosa que revela retrocesso social inquestionável, haja vista a indução camuflada no sentido de valorizar o trabalhador que produz mais. E, aqui, fala-se em toneladas a mais para que, no final do mês, todos estejam estafados e, mesmo assim, mal remunerados.

Deve-se entender, de uma vez por todas, que o cortador de cana submetido à modalidade de pagamento por produção não trabalha mais porque quer. Muito pelo contrário: ele trabalha mais porque precisa, porque é sub-remunerado e, para que não se sinta ainda mais aviltado em sua dignidade, possa prover as necessidades básicas e vitais de sua família. Sua liberdade de escolha, aqui, é flagrantemente tolhida pela sua necessidade de sobreviver e prover sua família.

Nesse sentido, ademais, há muito tempo decide o este E. TRT, como a ementa a seguir transcrita revela, *in verbis*:

“Não há dúvida de que remuneração por unidade de produção estimule o trabalhador a produzir, mas é interpretação avessa à lógica econômica e ao direito que o excesso de jornada só atende aos interesses do empregado. Não se pode esquecer que quanto mais elevada a média de produção diária, haverá uma tendência de menor preço por unidade de produção. Com isto, frustra a expectativa de se obter maior ganho diário. Este sistema de remuneração acaba por pressionar o trabalhador a obter maior produção diária, sem considerar o esforço exigido, muitas vezes além dos limites de sua capacidade física, que fica exaurida no final da jornada.

O trabalho em excesso de jornada diária ou semanal será sempre desrespeito aos limites constitucionais (art.7º, XIII, CF/88) e legais (art. 58 da CLT), seja para o trabalhador remunerado por unidade de tempo (hora, dia ou mês) seja para aquele remunerado por unidade de produção ou tarefa. Estabelecendo a Constituição um adicional mínimo de 50% por hora de trabalho extraordinário, sem fazer distinção, não pode o intérprete fazer distinguir a pretexto de forma de remuneração. (TRT/SP, 15ª Região, Ac. 47.568/98. Proc. 11.372/97. DOE 26.1.99. p. 27. Rel. José Antônio Pancotti, 2ª T.)

A conclusão a que se chega, então, é a de que o pagamento por produção não deve ser proibido de forma genérica e abstrata, de modo a abranger todos os tipos de trabalhadores. **A proibição, por óbvio, deve ser específica e correlacionada às peculiaridades concernentes aos cortadores de cana, não excluídos outros profissionais que apresentem um quadro inerte de degradação de sua saúde** (tal como os responsáveis pela desossa de coxas de frango nos frigoríficos).

Isso, como é cediço, em razão da situação ofensiva à dignidade humana e ao valor social do trabalho que é criada quando o cortador de cana é estimulado a produzir mais e mais para que consiga garantir o mínimo imprescindível à sua sobrevivência.

Imperioso observar, nessa cadência, que mesmo antes de a OJ n. 173 da SDI – I ser alterada em 14.9.2012, o próprio TST vinha reconhecendo a incidência do adicional de insalubridade por conta da exposição a calor excessivo a que se submetem os cortadores de cana.

Assim, interessante citar as seguintes ementas, salientando que todas foram utilizadas como precedente para impulsionar a adição do item II à OJ n. 173 da SDI – I do C.TST, *in verbis*:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA (...) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CORTADOR DE CANA-DE-ACÚCAR. EXPOSIÇÃO AO CALOR.

Na hipótese, a condição insalubre a que estava submetido o empregado — excesso de calor — encontra-se devidamente prevista nas normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho (NR-15 Anexo 3). Assim, não procede a alegação de contrariedade ao entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial n. 173 da SDI-I do Tribunal Superior do Trabalho, visto que o adicional de insalubridade foi deferido com base no excessivo calor, e não em face da exposição a raios solares. Frise-se que a conclusão do laudo pericial, no sentido de que — o IBUTG medido no local de trabalho chegou a 31,2 °C, sendo que o máximo permitido é 25 °C —, respalda o entendimento sufragado pela Corte de origem. Incólumes, portanto, os dispositivos invocados. De outro lado, não se prestam à demonstração de dissenso jurisprudencial, nos termos do art. 896, “a”, da Consolidação das Leis do Trabalho, arestos provenientes de Turmas deste Tribunal Superior. De igual modo, resultam inservíveis arestos inespecíficos, consoante disposto na Súmula n. 296, I, do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR-123300-59.2008.5.09.0093, 1ª Turma, rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ de 2.9.2011.)

(...) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. TRABALHO EM LAVOURA DE CANA-DE-AÇÚCAR. EXPOSIÇÃO AO CALOR E À UMIDADE. PREVISÃO NOS ANEXOS NS. 3 E 10 DA NR N. 15 DA PORTARIA N. 3.214/78 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. O Regional destacou o laudo pericial, segundo o qual a reclamante prestava serviços no corte de cana-de-açúcar, exposta ao calor e à umidade, que se encontram previstas como insalubres nos Anexos 3 e 10 da NR-15 da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho, conforme consignado no laudo pericial. O Tribunal *a quo* também transcreveu trecho do laudo pericial, em que consta que o uso de EPIs não reduzem a incidência dos agentes agressivos no organismo do trabalhador, em relação às condições de insalubridade de grau médio no ambiente com a presença de Calor – Anexo n. 3, e com a presença de Umidade – Anexo n. 10, todos

da NR-15, a níveis dentro dos limites de tolerância. Não se trata, portanto, de simples exposição do trabalhador a raios solares ou a variações climáticas, havendo previsão na Norma Regulamentadora n. 15, Anexo n. 3, da Portaria n. 3.214/78, quanto à insalubridade pelo trabalho exposto ao calor, quando ultrapassado o limite de tolerância, como ocorreu na hipótese dos autos. Isso sem falar na exposição à umidade prevista no Anexo 10 da citada portaria. Assim, havendo previsão legal para o deferimento do adicional de insalubridade, não há falar em contrariedade à Orientação Jurisprudencial n. 173 da SBDI-1 do TST. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR-151800-91.2005.5.09.0562, 2ª Turma, rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, DJ de 7.10.2011.)

RECURSO DE REVISTA — ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. TRABALHADOR RURAL EM LAVOURA DE CANA-DE-AÇÚCAR. EXPOSIÇÃO A CALOR EXCESSIVO. O empregado que se expõe ao calor excessivo em razão da atividade desempenhada a céu aberto na lavoura de cana-de-açúcar faz jus ao adicional de insalubridade em grau médio, sendo inaplicável, no caso, o disposto na Orientação Jurisprudencial n. 173 da SBDI-1 do TST, porque não se trata de simples exposição a raios solares, mas sim de exposição a agente mais penoso, qual seja, o calor excessivo. Recurso de Revista não conhecido. (RR-93400-66.2005.5.15.0029, 8ª Turma, rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, DJ de 30.9.2011)

RECURSO DE REVISTA. (...) 3. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. EXPOSIÇÃO A CALOR EXCESSIVO. LAVOURA DE CANA-DE-AÇÚCAR. ANEXO 3 DA NR 15 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Dos fundamentos expostos pela Corte *a quo*, não há como entender violados os arts. 5º, II, da CF e 190 e 195 da CLT, tendo em vista que o perito constatou que a atividade desenvolvida pelo reclamante se enquadrava em hipótese de insalubridade prevista em norma regulamentadora do Ministério do Trabalho e Emprego. Ademais, não se trata de aplicação da OJ n. 173 da SBDI-1 do TST, conforme precedentes desta Corte. Recurso

de revista não conhecido. (...) (RR-175200-22.2008.5.09.0242, 8ª Turma, rel.ª. Min.ª. Dora Maria da Costa, DJ de 2.9.2011.)

Evidentemente, a situação dos cortadores de cana é especial, diferenciada. E isso é demonstrado pelo próprio teor da OJ n. 173 da SDI-I. Assim, como regra, o adicional de insalubridade não será devido aos trabalhadores pelo simples fato de realizarem suas atividades a céu aberto. Contudo, caso haja exposição a calor que ultrapasse os limites de tolerância, nesse caso o adicional será devido.

Oportuno lembrar, por oportuno, que a referida orientação jurisprudencial foi modificada justamente para atender aos reclamos dos cortadores de cana, como se infere das ementas transcritas acima e de seu próprio texto, abaixo colacionado:

173. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ATIVIDADE A CÉU ABERTO. EXPOSIÇÃO AO SOL E AO CALOR. (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 – Ausente previsão legal, indevido o adicional de insalubridade ao trabalhador em atividade a céu aberto, por sujeição à radiação solar (art. 195 da CLT e Anexo 7 da NR-15 da Portaria n. 3.214/78 do MTE).

II – Tem direito ao adicional de insalubridade o trabalhador que exerce atividade exposto ao calor acima dos limites de tolerância, inclusive em ambiente externo com carga solar, nas condições previstas no Anexo 3 da NR-15 da Portaria n. 3.214/78 do MTE.

O mesmo raciocínio deve ser utilizado no presente caso. Com efeito, justamente porque a atividade realizada pelo cortador de cana é diferenciada (haja vista sua insalubridade inerente; e, obviamente, sua penosidade incontestada), a remuneração desses trabalhadores por critério de produção deve ser proibida.

Por conta disso, e considerando a especificidade do contexto fático no qual os cortadores de cana estão inseridos, importa transcrever o posicionamento do C. TST no que toca à OJ

n. 235 da SDI-I e sua aplicação aos cortadores de cana, cujo texto foi utilizado de maneira falaciosa pela reclamada a fim de respaldar sua pretensão de ver permitida a remuneração de seus empregados por produção. *In verbis*:

RECURSO DE REVISTA. RURÍCOLA. HORAS *IN ITINERE*. SUPRESSÃO PREVISTA EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. INVALIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 58, § 2º, DA CLT. NORMA DE CARÁTER COGENTE QUE INTEGRA O ROL DE DIREITOS MÍNIMOS DOS TRABALHADORES. REMUNERAÇÃO POR PRODUÇÃO. A Lei n. 10.243/2001, ao acrescentar o § 2º ao art. 58 da CLT, erigiu as horas *in itinere* à categoria de direito indisponível dos trabalhadores, garantido por norma de ordem pública, não se admitindo, portanto, a supressão da parcela mediante negociação coletiva. Precedentes da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte Superior. HORA EXTRA. SALÁRIO POR PRODUÇÃO. DIREITO À REMUNERAÇÃO DA HORA EXTRA INTEGRALMENTE (HORA MAIS ADICIONAL). Por ocasião da vista regimental proferida no julgamento dos recursos de revista – TST-RR-59000-34.2008.5.15.0057 e TST-RR-28700-35.2007.5.15.0151, no qual fui Integralmente acompanhado pelos ilustres pares integrantes desta Turma, tive a oportunidade de proferir entendimento no sentido de que a Orientação Jurisprudencial n. 235 da SBDI-1 desta Corte — embora, não se desconheça que tenha sido firmada a partir de julgados proferidos em processos oriundos da indústria sucroalcooleira, como no caso — não deve ser aplicada aos trabalhadores braçais, como são os cortadores de cana. Isso porque o trabalho remunerado por tarefa é um misto do trabalho por unidade de obra e por unidade de tempo, de forma que não se identifica com o trabalho remunerado por comissão, de que trata a Súmula n. 340 do TST, que constitui a fonte de inspiração da mencionada orientação jurisprudencial. A limitação da jornada de trabalho a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, prevista no inciso XIII deste dispositivo, objetiva a preservação da higidez física e

mental do trabalhador, que, por isso mesmo, mais do que direito social, erige-se como direito individual indisponível por sua própria vontade. Obviamente, se o trabalhador está submetido a estímulo financeiro para trabalhar mais e mais, sem a perspectiva de compensação de jornada, com preservação do mesmo ganho salarial mensal, o maior e único beneficiário é o setor produtivo, que se favorece deste trabalho. Por essa razão a aplicação da Orientação Jurisprudencial n. 235 da SBDI-1 do TST ao trabalho rural somente contribui para a precarização das relações de trabalho no campo, ao desrespeitar a dignidade do trabalhador que tem a valorização do seu trabalho condicionada a maior produtividade, ao limite da exaustão física e psicológica, e, conseqüentemente à redução de sua qualidade de vida. Nesse contexto, não se pode conceber que o trabalho por produção esteja excepcionado da limitação da jornada diária e semanal, tutelada pela Constituição Federal e, conseqüentemente, da remuneração da hora extra integralmente (hora acrescida do respectivo adicional), devendo-se observar o adicional normativo, sempre que mais benéfico ao trabalhador. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 69600-82.2006.5.05.0342. Data de Julgamento: 14/09/2011, relator Ministro: Waldir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23.9.2011.) (grifo nosso)

Nesse acórdão, como se nota, o C. TST mitigou a aplicação da OJ n. 235 da SDI-I quando diante de situações envolvendo cortadores de cana que são remunerados, exclusivamente ou não, por produção. Trata-se de importante decisão que reconhece a situação lúctifera na qual está inserido o cortador de cana.

Interessante ressaltar, mais uma vez, o seguinte trecho constante da ementa transcrita, *in verbis*:

“Por essa razão a aplicação da Orientação Jurisprudencial n. 235 da SBDI-1 do TST ao trabalho rural somente contribui para a precarização das relações de trabalho no campo, ao desrespeitar a dignidade do trabalhador que tem a valorização do seu trabalho condicionada a maior produtividade, ao limite

da exaustão física e psicológica, e, consequentemente à redução de sua qualidade de vida.”
(grifo nosso)

No âmbito do TRT da 15ª Região são inúmeras as decisões que reconhecem as condições degradantes e extenuantes dos cortadores de cana, nesse sentido, podemos citar:

1) Processo n. 0000518-16.2011.5.15.0081, de minha relatoria, tendo como Recorrente: Cambuhy Agrícola Ltda. Recorrido: Juvenal Alves da Silva. 6ª TURMA – 11ª CÂMARA, constando da fundamentação:

“Além disso, notórios os malefícios que podem causar à saúde humana a exposição excessiva ao sol, como: a desidratação, a insolação, danos na retina e na córnea e estresse térmico; e, da radiação ultravioleta (UV-B e UVA) as queimaduras na pele, bronzeamento pigmentar tardio, envelhecimento precoce e o aparecimento do melanoma e o mais terrível dos males, o câncer de pele.

(...)

Literaturas e artigos técnicos afirmam que quando há aumento da temperatura corporal ante o exercício (maratona, por exemplo) sob calor, o sistema cardiovascular torna-se sobrecarregado já que deve transferir alta taxa de fluxo sanguíneo para a área entre a pele e os músculos, deixando as demais órgãos com pouca oxigenação. Negrejou-se.

2) PROCESSO 000456-67.2012.5.15.0104. Recorrente: AGROINDUSTRIAL OESTE PAULISTA LTDA. Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO — PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. 4ª Câmara – Segunda Turma. Rel. Des. Dagoberto Nishina, do qual constou:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA — SUPRESSÃO DOS REPOUSOS — DANO MORAL SOCIAL IN RE IPSA — INDUSTRIALIZAÇÃO DO AÇÚCAR E ÁLCOOL.”

A espécie é exemplo da industrialização do açúcar e álcool, na qual o lucro ascende e suplanta o valor humano.

Os métodos de trabalho continuam irracionais, desiguais, injustos, e os trabalhadores permanecem sem a proteção mínima da gênese da legislação trabalhista (1943), do estatuto do trabalhador rural (1973) e desrespeita-se até a Constituição.

Das Capitanias Hereditárias às Usinas atuais, apenas o arado e o transporte por tração animal foram substituídos pelo trator, moendas circulares deram lugar a máquinas, esteiras, caldeiras, os produtos se diversificaram, os lucros ascenderam, a denominação foi modernizada e alardeada pelo mundo por um arauto falastrão: biocombustível.”

No corpo do v. acórdão foi mencionado:

As práticas da recorrente em relação aos seus empregados são medievais, remontam às dos engenhos do Século XVI – colheita pé a pé por facão, transporte, esmagação, transformação do caldo nas caldeiras e lucro.

(...)

Entretanto, os métodos de trabalho continuam irracionais, desiguais, injustos, e os trabalhadores permanecem sem a proteção mínima da gênese da legislação trabalhista (1943), do estatuto do trabalhador rural (1973) e desrespeita-se até a Constituição.

A espécie é exemplo da industrialização do açúcar e álcool, na qual o lucro ascende e suplanta o valor humano.

3) Nos autos do processo n. 01182-2007-134-15-00-4 (numeração atual 0118200-66.2007.5.15.0134), acórdão publicado em 22.8.2008, rel. Des. JOSÉ PEDRO DE CAMARGO RODRIGUES DE SOUZA, 3ª Câmara – Segunda Turma, consta a seguinte ementa:

“(…) A cada ano que passa a “produtividade/produção” aumenta e o respectivo preço diminui, dele se exigindo cada vez mais trabalho nessa atividade notoriamente penosa e prejudicial à saúde, o que conspira contra o art. 7º, XIII e XVI da Constituição Federal (horas extras

somente em serviços extraordinários) e, também, contra os fundamentos do Estado Democrático de direito (dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa), os princípios gerais da Atividade Econômica (art. 170) e da Ordem Social (art. 193). (...).”

Na fundamentação do v. acórdão constou: “Hão de se ter em conta os princípios de proteção à saúde e higidez física do trabalhador, sem se desprezar o fato — público e notório — de que alguns empregados rurais têm trabalhado até a morte, literalmente.

A este respeito, interessa transcrever os seguintes dados sobre as condições de trabalho da categoria, citados por Francisco José Alves, professor do departamento de engenharia de produção da Universidade Federal de São Carlos, Estado de São Paulo:

A expectativa de vida de um trabalhador cortando 12 toneladas por dia é de 10 a 12 anos, menor que a expectativa de um trabalhador escravo do fim do século XIX, que era de 12 a 15 anos. Mais do que dez safras cortando cana, o trabalhador está incapacitado para o trabalho: está com lordose e uma série de doenças decorrentes do trabalho. A única expectativa que ele tem é pedir aposentadoria. (Pesquisador prega extinção do trabalho por produção, Repórter Brasil, 2007. Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=1139>>).

É incontestado, é público e notório, que a atividade nas lavouras de cana-de-açúcar é extremamente repetitiva, tornando-se estafante e degradante da saúde do obreiro. (...)

Cabe relatar, ainda, que o Ministério do Trabalho, em situação análoga, cuidando de profissão que envolve atividades repetitivas, editou a NR 17, que se refere aos digitadores.

A norma proíbe “qualquer sistema de avaliação dos trabalhadores envolvidos nas

atividades de digitação, baseado no número individual de toques sobre o teclado, inclusive o automatizado, para efeito de remuneração e vantagens de qualquer espécie” (item 17.6.4, “a”).

Ora, se a Norma Regulamentadora busca amparar a integridade física dos digitadores, com muito mais razão deve-se resguardar a saúde dos cortadores de cana, que, além de se submeterem às adversidades do meio ambiente de trabalho, realizam, todos os dias, milhares de movimentos com os braços, pernas e coluna, gerando doenças crônicas e reduzindo sua expectativa de vida.

Sobre a penosidade incontestada do trabalho no corte da cana, tenha-se em conta o que preleciona o Ilustre Procurador Regional do Trabalho, Prof. Dr. Raimundo Simão de Melo, em sua festejada e respeitada obra “Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador”, Editora LTr, São Paulo, 2008, p. 163, o qual sustenta, inclusive, a possibilidade de aplicação de adicional de penosidade, apesar da inércia do Poder Legislativo na regulamentação do inciso XXIII do art. 7º da CF.”

O mesmo relator, nos autos do processo n. 1070-2008-154-15-00-9, assevera que a observância da NR-17 – item 17.6.3 (atividades que exijam sobrecarga muscular estática ou dinâmica do pescoço, ombros, dorso e membros superiores e inferiores) — implica a proibição do pagamento por produção nas lavouras de cana-de-açúcar, uma vez que a remuneração realizada desta forma impossibilita condições sadias de trabalho. E o art. 13, da Lei n. 5.889/73, determina que os estabelecimentos rurais observem as normas de segurança e higiene estabelecidas em Portaria do MTE.

4) PROCESSO TRT/15ª REGIÃO - N. 01339-2008-036-15-00-7. RECURSO ORDINÁRIO DA 1ª VARA DO TRABALHO DE ASSIS. RECORRENTE: APARECIDO RIBEIRO DA CRUZ. RECORRIDA: NOVA AMÉRICA S/A – AGRÍCOLA. Relª. Desª. MARIANE KHAYAT. 1ª TURMA – 2ª CÂMARA.

(...) escolha dos empregadores rurais de utilizar o empregado rural como mero instrumento para obtenção de lucro, mera mercadoria — dissociando a pessoa do trabalhador de sua dignidade — posição esta inaceitável desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1948.

A questão é que se tornou necessário lançar um novo olhar sobre essa “cultura rústica” (fruto da exploração escravagista também aceita como natural durante séculos, reprise-se). Não se autoriza mais a continuidade de práticas incompatíveis com a dignidade humana do trabalhador do campo ou da cidade. E o Judiciário tem um papel fundamental na fixação desses novos rumos, concretizando os princípios entronizados na Carta Constitucional.

Na atual quadra da História, em que se vive em um Estado Democrático de Direito — que numa virada copernicana, tem o ser humano e seus valores como referência de todo sistema jurídico — a dignidade da pessoa humana é uma cláusula supraconstitucional e deve orientar todas as relações humanas (vertical e horizontalmente), inclusive no plano internacional, como preconiza Peter Häberle ao anunciar a necessidade de um Estado Democrático Cooperativo como referência aos demais Estados no plano dos direitos humanos.

O pós-positivismo, que trouxe os valores da ética e da dignidade humana para dentro da disciplina do Direito, como marcas indelévels do sistema jurídico, não absorve mais a justificativa da legalidade estrita.”

Percebe-se, assim, que já passamos da fase do positivismo estrito, caminhamos para o pós-positivismo. Neste, os valores da ética, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade devem nortear a busca da justiça social. A liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato, conforme determina o art. 421 do Código Civil⁽⁴⁰⁾.

(40) Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Diante de todas essas constatações fáticas e construções jurídicas é que se deve analisar o art. 78, *caput*, da CLT, fazendo-se a interpretação conforme a Constituição:

“Art. 78 – Quando o salário for ajustado por empreitada, ou convencionado por tarefa ou peça, será garantida ao trabalhador uma remuneração diária nunca inferior à do salário mínimo por dia normal da região, zona ou subzona.”

Referido dispositivo legal não deve ser aplicado de maneira irrestrita e, o que é mais pernicioso, desatrelado dos Fundamentos da República Federativa do Brasil, especialmente a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (respectivamente, art. 1º, incs. III e IV, da CF).

Da forma como estabelecido originariamente, o art. 78, *caput*, da CLT visava situação de proporcionalidade entre as partes, qual seja: se o interesse da empresa é lucrar, nada mais razoável que pagar mais para o trabalhador que produz mais. Dessa forma todos ganham e a relação capital-trabalho mantém-se em equilíbrio. De fato, essa é uma ideia bastante interessante e que, ao lado da participação nos lucros e resultados, faz com que o trabalhador se insira de maneira mais efetiva na atividade empresária. De maneira mais clara: o trabalhador se sente fundamental na estrutura da empresa, passando a acreditar que o sucesso do empreendimento está diretamente relacionado à sua produtividade. Por conta disso, obviamente, será mais bem remunerado.

Entretanto, esse raciocínio é demasiado genérico, não contemplando situações específicas que fazem com que a equação capital-trabalho se desequilibre de maneira grosseira e injustificável.

Desse modo, o art. 78 da CLT encontra limites bem delimitados e que, certamente, fundamentam-se na sua própria finalidade. Assim, pode-se dizer que a remuneração por produção não é permitida para as atividades

realizadas em situações de penosidade, degradantes, exaustivas etc. Isso porque, nesses casos, somente uma das partes se beneficia do labor excessivo: a empresa.

Isso é o que ocorre, principalmente e nesse caso, com as indústrias sucroalcooleiras (ou sucroenergéticas), haja vista o aumento público e notório de suas margens de lucro e, conseqüentemente e como condição, a dia-metralmente oposta situação do cortador de cana, que jamais será remunerado proporcionalmente ao lucro que ele gera, pois a média da cana cortada saltou de 2 toneladas dia para 12. Contudo, a remuneração desses trabalhadores continua praticamente a mesma das duas toneladas. Esse sistema perverso e nefasto não foi desejado pelo legislador ordinário quando da elaboração do art. 78 da CLT. Despiciendo falar do legislador constituinte.

Por conta disso, pode-se afirmar que o art. 78 da CLT, ao permitir a remuneração por produção, disse mais do que queria, devendo ser interpretado de maneira restritiva. Saliente-se, antevedendo argumentos contrários, que essa restrição é permitida constitucionalmente, haja vista tudo o quanto foi expandido sobre os Fundamentos da República Federativa do Brasil.

Com efeito, o art. 7º, *caput*, da Constituição Federal, ao prever e dar guarida ao princípio da norma mais favorável, permite a criação de situações negativas, isto é, situações que revelam direitos dos trabalhadores por intermédio da abstenção de algumas práticas por parte dos empregadores.

É o que ocorre com a proibição da remuneração por produção no caso dos cortadores de cana. Esse trabalhador, consideradas as peculiaridades de seu labor, tem o direito de não ser remunerado por produção, pois que essa prática acarreta situação contrária à melhoria de sua condição social.

Ora, não se pode admitir, portanto, que a exaustão a que chegam os cortadores de cana, quando não a morte, revela melhoria de sua

condição social unicamente porque passa ganhar poucos reais a mais no final do mês, quantia incomensuravelmente desproporcional ao lucro que ele gera.

Nesse contexto, oportuno transcrever, mais uma vez, a argumentação apresentada pela reclamada, *in verbis*:

“25. Note-se que o estabelecimento de salário por produção, ao contrário do disposto na r. sentença, não tem o condão de erradicar ou reduzir qualquer direito trabalhista; ao reverso, se trata apenas e tão somente da aplicação de um direito regularmente previsto na CLT e que, obviamente, está em plena consonância com a Constituição vigente, pois visa a melhoria das condições sociais dos trabalhadores, como prescreve o art. 7º, *caput*, da CF.” (grifo nosso) (fl. 1543 - verso)

De fato, soa estranha a afirmação de que o estabelecimento de salário por produção, no caso dos cortadores de cana, visa a melhoria de sua condição social. Pergunto-me, toda vez que leio esse trecho, qual seria a melhoria advinda desse contexto(?) Nenhuma, claro.

Como uma atividade reiteradamente reconhecida como de risco pelo C. TST, cuja remuneração geralmente não ultrapassa mil reais, cujo índice de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais é assustador, cujas notícias de mortes causam náusea, cujas frequentes constatações de paradas cardiorrespiratórias são inaceitáveis, cuja funesta desproporção entre lucro gerado e salário auferido causa asco, como essa atividade, admitida sua remuneração por produção, pode revelar melhoria de condições sociais? Não há dúvida de que a condição socioeconômica dos empregadores melhora a cada cana que é cortada. Quanto aos trabalhadores, por outro lado, não se pode fazer essa afirmação, nem sob o mais remoto e ingênuo fundamento.

O Poder Judiciário não pode respaldar esse tipo de prática. A sociedade espera respostas efetivas e justas, mormente da Justiça do Trabalho. O momento pelo qual a sociedade brasileira passa, em que as manifestações populares têm

ocupado importante espaço dos noticiários nacionais e internacionais, deve servir de norte para que o Judiciário profira suas decisões, especialmente quando reveladores da valorização do ser humano por intermédio da realização de um trabalho digno.

Não deve o Brasil, vinte e cinco anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, permitir tremendo retrocesso social. Não deve, sob pena de endossar e fazer crescer a triste estatística mundial, incentivar a *karoshi*, termo japonês criado na década de 1980 e que significa, literalmente, morte por excesso de trabalho.

Ressalte-se que a NR-17 – ERGONOMIA – Portaria GM n. 3.214, de 8.6.1978, em seu item 17.6.4.”a”, prevê:

“Nas atividades de processamento eletrônico de dados, deve-se, salvo o disposto em convenções e acordos coletivos de trabalho, observar o seguinte: a) o empregador não deve promover qualquer sistema de avaliação dos trabalhadores envolvidos nas atividades de digitação, baseado no número individual de toques sobre o teclado, inclusive o automatizado, para efeito de remuneração e vantagens de qualquer espécie;”

Percebe-se, portanto, que o salário por produção encontra limitações no próprio ordenamento positivado, como demonstrou a referida Portaria do MTE.

A referida Portaria tem por escopo a integridade física dos digitadores, portanto, por muito mais razão a saúde dos cortadores de cana deve ser resguardada, vez que desempenham atividades penosas e degradantes, em ambiente de trabalho hostil, como o rural, realizando, todos os dias, milhares de movimentos repetitivos com as mãos, braços, pernas e coluna (risco de lesões osteomusculares), levando a doenças crônicas e reduzindo sensivelmente a sua expectativa de vida. Acresça-se a isso a atividade pesada em ambiente insalubre — calor excessivo — quadros 1 a 3 do Anexo 3 da NR-15)⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾.

(41) Veja quadro constante da f. 32 dos autos.

(42) De acordo com a NR-15, o índice IBTUG máximo deve ser de até 25 °C.

Aliás, entendimento contrário implicaria flagrante ofensa ao princípio da igualdade previsto no art. 5º, *caput*, CF/88.

Diga-se, por outro lado, que se uma Portaria do MTE pode modificar a forma de remuneração dos digitadores, por muito mais razão isso pode ser feito por meio de uma decisão judicial em tutela coletiva — com *status* constitucional — e proferida com a observância das regras processuais e da dialética.

Apesar de as atividades dos cortadores serem desempenhadas sob calor excessivo, (veja-se quadro de fl. 32 da inicial) o PCMSO da ré faz o reconhecimento da necessidade de conforto térmico, como medida de prevenção à fadiga, apenas em favor dos trabalhadores que realizam **atividades intelectuais** (fl. 4 da inicial), fato não contestado, portanto, incontroverso. Constata-se, assim, a ausência de cuidados mínimos com a saúde dos cortadores.

Ora, não existem questionamentos dignos de nota cujo objetivo seja atacar a Portaria GM 3.214/78. E qual o motivo da inexistência? Ele é muito claro: embora os digitadores também se enquadrem num contexto em que o pagamento por produção tem a potência de levá-lo ao adoecimento, seus empregadores ou tomadores de serviço não possuem — nem de muito longe — a capacidade econômica daqueles que empregam os cortadores de cana. Aqui, nova e infelizmente, vem o capital suprimindo o valor social do trabalho.

O art. 78 deve ser interpretado em consonância com o art. 444, que preceitua que as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas **em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho.**

Assim, o artigo em questão sofre restrição das disposições de proteção ao trabalho, especialmente quando se fala em um sistema de remuneração que leva à exaustão, adoecimento e mortes.

Ao contrário do afirmado no recurso (fl. 1.550 – verso), o art. 5º, da LIDB, não agasalha

a sua pretensão, pois, se na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, certamente isso não será alcançado com a manutenção de uma forma de remuneração que coisifica o homem.

Dar razão à recorrente, nesse particular, com efeito, será o mesmo que tornar letra morta alguns dos documentos internacionais — ratificados pelo Brasil — mais importantes da história mundial, dentre os quais é possível mencionar, *in verbis*:

“Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social; Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão de obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à **proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho**, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio “para igual trabalho, mesmo salário”, à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas; Considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios.” — Preâmbulo da Constituição da OIT

“Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a **condições justas e favoráveis de trabalho** e à proteção contra o desemprego. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma

remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses. Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.” (Artigos XXVIII e XXIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos)

“Ninguém poderá ser submetido à escravidão; a escravidão e o tráfico de escravos, em todas as suas formas, ficam proibidos.” (Art. 8 do Pacto Internacional sobre direitos Civis e Políticos, internalizado por intermédio do Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992)

“Os Estados Partes do presente pacto o reconhecem o direito de **toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:** a) **uma remuneração que proporcione**, no mínimo, a todos os trabalhadores: i) um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e receber a mesma remuneração que ele por trabalho igual; ii) **uma existência decente para eles e suas famílias**, em conformidade com as disposições do presente Pacto; b) a segurança e a higiene no trabalho; c) igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade; d) o descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, bem como remuneração nos dias de feriados públicos.” (Art. 7 do Pacto Internacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais)

Ressalte-se que a manutenção da r. sentença encontra razões até de ordem política econômica, pois a manutenção da remuneração por produção, que coisifica o trabalhador, conforme se vê da inicial às f. 60/62, pode acarretar severas sanções internacionais ao país pela prática de

dumping social⁽⁴³⁾. É óbvio que ninguém deseja esse tipo de sanção, até porque o Brasil prega que a indústria sucro-energética produz um combustível limpo (etanol), portanto, esse combustível “limpo” não pode ser manchado com o sangue dos cortadores.

Na hipótese concreta (proibição do trabalho por produção), não se está negando vigência ao princípio da livre-iniciativa ou da legalidade (art. 5º, II). É que na colisão entre princípios constitucionais, diante da necessidade de ponderação (ou sopesamento), os princípios do direito à vida, à saúde, da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana devem prevalecer, em detrimento daqueles e diante das circunstâncias e condições inerentes ao caso concreto. Há uma relação de precedência condicionada, ou seja, o princípio da livre-iniciativa continua válido, muito embora com sua incidência restringida.

Sobre o assunto, sempre interessante trazer à tona as lições de Robert Alexy, *in verbis*:

“Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a

(43) O *dumping social* é caracterizado pela violação, de forma consciente e reiterada, dos direitos fundamentais dos trabalhadores, com o objetivo de conseguir vantagens comerciais e financeiras, aumentando a competitividade, provocando uma concorrência desleal no mercado, em razão do baixo custo da produção de bens ou serviços. Várias são as práticas que podem configurar o *dumping social*, como o pagamento inferior ao legal, o descumprimento da jornada de trabalho, a terceirização ilícita, a inobservância das normas de medicina e segurança do trabalho, entre outras.

aplicação de princípios válidos — caso sejam aplicáveis — é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos.”⁽⁴⁴⁾

Todos os dias, sem exceção, a Justiça do Trabalho se depara com situações de mais alta importância social. Contudo — e essa afirmação pode ser endossada por aqueles que militam de verdade na área —, faz tempo que uma questão de tamanho impacto social, que definitivamente oferece a oportunidade de fazer valer a força normativa da Constituição Federal de 1998, não bate a essas ilustres portas. Muito se fala, principalmente em âmbito teórico, sobre a necessidade de aplicação direta da Constituição Federal, da necessidade de interpretação da lei conforme o Texto Maior. Entrementes, pouco se faz de efetivo nesse sentido. É chegada a hora de abandonar velhas práticas estritamente legalistas e formais. A Justiça do Trabalho tem, nesse caso, oportunidade de fazer real diferença na vida de muitos trabalhadores. E na própria economia, pois o passivo dessa chaga social é para ela canalizada.

Por conta de todo o exposto, acolhidas as razões de decidir apresentadas pelo magistrado de 1ª Instância, acrescidos os fundamentos apresentados anteriormente, com base na interpretação sistemática e conforme a Constituição do nosso ordenamento jurídico, impõe-se a manutenção da brilhante sentença de origem na parte em que determinou à reclamada que se abstenha de remunerar os cortadores de cana por produção.

DA MULTA IMPOSTA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA SENTENÇA

Por derradeiro, a reclamada alega que não existe amparo legal para a imposição judicial

(44) *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117-118.

da multa em caso de descumprimento do quanto decidido. Ademais, alega que a imposição da referida multa acarretará enriquecimento sem causa do recorrido.

Evidentemente, não assiste razão à reclamada.

Primeiramente, no que toca ao argumento de que não existe amparo legal para a aplicação de multa em caso de descumprimento da decisão proferida pelo magistrado de 1ª Instância, parece que a reclamada desconhece o sistema processual vigente. Sua afirmação, nesse particular, causa estranheza.

Com efeito, a Lei da Ação Civil Pública prevê, em seu art. 3º, que a ação poderá ter por objeto o cumprimento de obrigação de não fazer. A seguir, demonstrando verdadeira interação criadora do chamado microsistema de tutela coletiva, seu art. 21 determinada a aplicação do Título III do Código de Defesa do Consumidor às ações civis públicas.

Por conseguinte, o art. 84, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, prevê a possibilidade de o juiz impor, na sentença, multa diária, independentemente de pedido do autor, caso essa medida seja suficiente ou compatível com a obrigação.

Eis, na ordem em que foram citados, os referidos dispositivos legais:

“Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

“Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação,

fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.” (grifo nosso)

Já o art. 11 da LACP prevê: “Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.” (negrejou-se)

Nesse mesmo sentido, aliás, é a lição de Luiz Guilherme Marinoni, *in verbis*:

“Ora, como há um sistema de tutela coletiva dos direitos, integrado, fundamentalmente, pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor — em razão do art. 90 do CDC, que manda aplicar às ações ajuizadas com base nesse Código as normas da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Processo Civil, e do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, que afirma que são aplicáveis às ações nela fundadas as disposições processuais que estão no Código de Defesa do Consumidor —, não há dúvida de que o art. 84 do CDC sustenta a possibilidade da tutela inibitória pura para *qualquer direito difuso ou coletivo.*”⁽⁴⁵⁾

Portanto, absolutamente impossível sustentar a ausência de amparo legal para a imposição, na sentença, de multa cujo objetivo é ver obrigação de não fazer cumprida. Trata-se de medida que torna mais efetiva a imposição judicial.

É evidente que a multa aplicada tem o escopo de fazer prevalecer o aspecto inibitório do mandamento judicial. Não existe processo efetivo — considerado como técnica de solução de conflitos adotada pelo Estado — sem que haja a contrapartida coercitiva em caso de descumprimento da decisão proferida. Na verdade, a irrisignação da reclamada perde

(45) *Tutela inibitória*: individual e coletiva. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 80.

razão de existir se considerarmos que haverá cumprimento da obrigação imposta.

Tanta insatisfação, traduzida pela estranha argumentação no sentido de que não existe previsão legal para o pagamento de multa diária nas ações coletivas, faz presumir que a reclamada pretende não cumprir a imposição que lhe seja desfavorável. Repito: quando se cumpre a lei e as determinações exaradas pelo Poder Judiciário, não existe porque temer a incidência da combatida (e muito útil) multa diária.

Nesse sentido, inclusive, foi o acórdão relatado pelo Desembargador João Batista Martins Cesar nos autos do processo n. 0000984-16.2012.5.150003, cuja ementa segue transcrita, *in verbis*:

EMENTA: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA INIBITÓRIA. PRESERVAÇÃO DA SAÚDE E DA SEGURANÇA DO TRABALHADOR. NÃO CONSTANTAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DA LEI À ÉPOCA DA SENTENÇA. PEDIDOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO JULGADOS IMPROCEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. 1. A ação civil pública tem por finalidade, entre outros, inibir a continuidade ou a repetição de dano comprovado anteriormente. 2. É dever do Ministério Público do Trabalho levar a cabo todas as medidas previstas ou não proibidas pelo ordenamento jurídico a fim de evitar a ocorrência de novos danos. 3. O que se pretende, obviamente, é evitar o dano, haja vista que nenhuma indenização é bastante o suficiente para ‘compensar’ uma vida perdida, mormente quando essa vida se prestava ao trabalho e enriquecimento alheio. 4. Assim, nada impede que comportamentos ilegais aconteçam ou voltem a acontecer. A regra é clara: se a prevenção é possível, não se deve correr o risco. 5. Sentença que deve ser reformada para acolher os pedidos de tutela inibitória realizados em sede de Ação Civil Pública.”

Outro não é o entendimento do C. TST, como demonstra a ementa a seguir transcrita:

RECURSO DE REVISTA — AÇÃO CIVIL PÚBLICA — CONDENAÇÃO DA RÉ EM OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER — CONDUTA REGULARIZADA NO CURSO DO PROCESSO — MULTA COMINATÓRIA — CABIMENTO. A priorização da tutela específica na ação civil pública, que é consectário das previsões contidas nos arts. 3º e 11 da Lei n. 7.437/85, mais do que assegurar às partes o acesso ao bem da vida efetivamente perseguido através do processo, traz consigo valiosa possibilidade por buscar-se tanto a tutela reparatória — aquela que se volta à remoção do ilícito já efetivado — quanto a tutela inibitória, consistente na qualidade da prestação jurisdicional que busca evitar a consumação do ilícito e que, portanto, prescinde do dano. Independentemente da modalidade de tutela específica perseguida, tem-se que a efetividade, e mesmo a autoridade da decisão jurisdicional que a determina, fica condicionada à utilização de meios de coerção que efetivamente constriam o demandado a cumprir a prestação específica que lhe foi imposta. A multa cominatória já prevista no art. 11 da Lei n. 7.437/85, e que também encontrava respaldo no § 4º do art. 84 do CDC, foi generalizada no processo civil pelo § 4º do art. 461 do CPC e revela-se como instrumento pilar da ação civil pública, que hoje se constitui num dos mais efetivos meios de judicialização dos valores consagrados pela ordem constitucional. No caso, a pretensão deduzida pelo Ministério Público do Trabalho compõe-se de pedidos com naturezas jurídicas distintas: foi postulada condenação da ré ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, como forma de reparar a coletividade pela violação da ordem jurídica já consumada, como também foi postulada a imposição, à ré, de obrigação de não fazer consistente na abstenção da exigência de horas extraordinárias de seus empregados fora dos limites legais, mediante tutela específica. Como forma de assegurar a efetividade do comando jurisdicional, cons-tou do pedido da presente ação civil pública a imposição de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 por trabalhador envolvido. Nesse contexto, a constatação de que a reclamada efetivamente violava as regras atinentes à

jornada dos trabalhadores foi suficiente à imposição da obrigação, condenação esta que o juízo de primeiro grau acertadamente subsidiou com a imposição de multa pelo eventual descumprimento. Assim é que a superveniente adequação da ré à conduta imposta na sentença, a uma, não a isenta de responder pelo descumprimento de decisão judicial já verificado, porque aqui já se fez a inadequação processual da conduta da empresa, que em nada se confunde com o acerto ou desacerto de suas práticas econômicas; a duas, não afasta a penalidade abstratamente imposta, uma vez que a adequação atual da conduta da empresa ao comando legal — que, aliás, não foi espontânea, mas resultado da coerção promovida pelo Poder Judiciário, após atuação incisiva do Estado por meio do Ministério do Trabalho e Emprego e do Ministério Público do Trabalho — não pode representar a isenção dos mecanismos de coação estatal a que esta situação regular perdure. Em última análise, a tutela que, num primeiro momento, caracterizava-se como reparatória, a partir da adequação da conduta empresarial converte-se em inibitória, ou seja, preventiva da lesão, que, por isso mesmo, prescinde da demonstração do dano. Impor à ré obrigação de não fazer sem imputar-lhe a multa cabível por eventual descumprimento desse mandamento significativa subtrair força à autoridade das decisões dessa Justiça Especializada e, por consequência, também à atuação do Ministério Público do Trabalho no cumprimento de seu mister constitucional. (Processo: RR – 107500-26.2007.5.09.0513 Data de Julgamento: 14.9.2011, relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23.9.2011.) (grifo nosso)

Como é cediço, a imposição de multa diária para o caso de descumprimento da decisão judicial é a maneira mais fidedigna de sobrelevar, no processo, os princípios da prevenção e o da precaução.

Num primeiro momento, a prevenção deve ser parâmetro para os casos em que existe certeza científica a respeito do evento danoso. Infelizmente, como demonstrado por intermédio

da citação de diversos estudos e informações oficiais (principalmente o NTEP), existe respaldo técnico-científico objetivo no sentido de que a atividade realizada pelos cortadores de cana — mormente porque pago por produção — é causa de acometimento das mais diversas moléstias, sendo que a grande maioria é crônica e acompanhará os trabalhadores pelo resto de suas curtas vidas.

Depois de constatada a existência de certeza científica sobre a ocorrência do dano, imperioso fazer incidir, de maneira conjunta, o princípio da precaução. Isso porque, na eventual e remota hipótese de não existir certeza científica para todas as moléstias, o simples indício ou suspeita fundada faz com que as atitudes potencialmente lesivas sejam evitadas e punidas.

Ora, trata-se da tutela do direito à vida e à saúde, de modo que não existe indenização posterior capaz de, integralmente, reparar a perda de uma vida ou o acometimento por uma das doenças trazidas pelo NTEP. As indenizações são formas jurídicas de criar ‘compensações fictícias’, haja vista que, nesses casos, não se pode retornar ao *status quo ante*. Por isso que a indenização é sempre a última medida jurídica que se pretende. Por isso, ademais, que a multa diária em caso de descumprimento da r. sentença prolatada pelo magistrado de origem deve ser mantida.

Em segundo lugar, a reclamada apresenta irresignação no sentido de que, caso a multa seja aplicada, haverá enriquecimento sem causa do recorrido. Trata-se, logicamente, de argumento falacioso cujo objetivo é apenas causar impacto. Ao menos é assim que deve entender, haja vista que é de conhecimento bastante mediano o fato de que as multas aplicadas em sede de ação civil pública não serão, jamais, revertidas ao Ministério Público do Trabalho, recorrido nesses autos.

É esse o teor do art. 13, *caput*, da Lei de Ação Civil Pública, *in verbis*:

“Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a

um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.”

Embora desnecessário adentrar a questão da destinação da multa, caso seja ela imposta, adoto posicionamento no sentido de que a destinação para o Fundo de Amparo ao Trabalhador — FAT fere a finalidade prevista pelo aludido dispositivo legal. O FAT, a despeito de ser o único fundo existente na Justiça do Trabalho, em nada se relaciona com a reconstituição dos bens lesados e eventualmente tutelados em sede de ações coletivas.

Mais interessante, e condizente com a finalidade da lei, é a conversão do valor arrecadado em obrigação de fazer, por exemplo, consubstanciada na compra de ambulâncias para os postos de saúde que atendem os trabalhadores da região abrangida pelos efeitos da coisa julgada. Nessa hipótese, porque diante de obrigação que se exaure no momento exato de seu cumprimento, não há de se falar em falta de condições materiais do Judiciário para acompanhar o cumprimento efetiva das destinações direcionadas para, por exemplo, entidades beneficentes (que ainda se revela mais consentâneo com a finalidade legal, se comparado com a destinação pura e simples para o FAT).

Portanto, porque existe amparo legal, de um lado, e porque jamais haverá destinação da multa para o recorrido (o Ministério Público do Trabalho), de outro, **nego provimento** ao pleito formulado pela reclamada, **mantendo** a r. sentença nesse ponto específico.

Em que pese todos esses argumentos, o apelo merece acolhimento apenas em um tópico: o prazo para implementação da medida. De fato, o prazo de dez dias revela-se por demais exíguo. Diante disso, a obrigação de se abster de remunerar por produção os trabalhadores envolvidos no corte manual de cana-de-açúcar deve ser implementada no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da intimação do trânsito em julgado.

PREQUESTIONAMENTO

Diante da fundamentação *supra*, tem-se por prequestionados todos os dispositivos legais e matérias pertinentes, restando observadas as diretrizes traçadas pela jurisprudência do STF (Súmula n. 365) e do TST (Súmulas 284 e 297, bem como as OJs SDI-1 n. 118 e 119).

Ressalto, por fim, que não se exige o pronunciamento do Julgador sobre todos os argumentos expendidos pelas partes, bastando os fundamentos que formaram sua convicção, conforme já decidido pelo STF (RE n. 184.347).

DISPOSITIVO

Por todo exposto, resolvo **conhecer** o recurso ordinário interposto pela **Usina Santa Fé S.A.**, para, no mérito, **dar-lhe parcial provimento** apenas para ampliar o prazo de início do cumprimento da obrigação de não fazer para 180 (cento e oitenta) dias a contar da intimação do trânsito em julgado, mantida, no mais, a r. sentença atacada, inclusive o valor arbitrado à condenação, por seus próprios e jurídicos fundamentos e por aqueles acrescentados acima.

HÉLIO GRASSELLI

Relator Designado

Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região

Processo: TRT-RORORA-0000357-02.2012.5.22.0105 – Virtual 2817-2013

Divulgado no Diário da Justiça do Trabalho — DJT do dia 5.12.2013, considerando-se como data da publicação neste juízo o dia 6.12.2013.

Acórdão (Pleno):

- ▶ **AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DO PREFEITO EM DANO MORAL COLETIVO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.** Tratando-se de ação em que não se busca o ressarcimento por parte do gestor de danos materiais causados ao erário, mas o ressarcimento do prejuízo moral causado à coletividade decorrente do suposto fato de o gestor ter contratado cooperativa de trabalho de fachada para prestação de serviços ao município, burlando, dessa forma, direitos trabalhistas, implicando grave lesão ao ordenamento jurídico-trabalhista e manifesto prejuízo aos interesses dos trabalhadores, essa circunstância faz incidir o art. 114, I e IX, da CF, uma vez que o suposto dano moral coletivo decorre de relação de trabalho.

AÇÃO COLETIVA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. LEGITIMIDADE DO MPT. A legitimidade do Ministério Público do Trabalho para o ajuizamento de ação civil pública encontra expressa previsão no art. 83, III, da Lei Complementar n. 75/91, visando à defesa dos interesses coletivos quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente assegurados. Esse comando guarda perfeita sintonia com o art. 129, III, da CF que estabelece como uma das atribuições do Ministério Público da União, do qual é órgão integrante o MPT, a promoção de inquérito civil e ação civil pública “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Ainda, define o art. 82, I, do CDC que o Ministério Público é o órgão legitimado à defesa coletiva dos interesses definidos no art. 81, entre eles, os individuais homogêneos (inciso II, parágrafo único). Na hipótese, a pretensão alcança interesses individuais homogêneos, objetivando o MPT salvaguardar direitos de trabalhadores contratados mediante cooperativa, totalmente desvirtuada dos fins que lhe são específicos. Preliminar rejeitada.

ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. TEORIA DA ASSERTÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Segundo a teoria da asserção, a legitimidade passiva é examinada em conformidade com as alegações formuladas pelo autor na petição inicial, devendo as condições da ação ser aferidas a partir da análise abstrata dos fatos ali aduzidos. Nesse sentido, tendo o MPT ajuizado reclamação em face do gestor municipal, da Cooperativa e de quatro de seus membros, visando à condenação solidária em dano moral coletivo por suposta contratação de cooperativa fraudulenta para prestação de serviços ao município, essa circunstância é suficiente para configurar a legitimação de todos aqueles que foram indicados pelo autor. Preliminar rejeitada.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR COOPERATIVA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. CONFIGURAÇÃO. No âmbito da Administração Pública, a terceirização possui função única de facilitar a execução dos deveres do Estado perante a sociedade. Porém, é crescente a prática ilícita de contratação de mão de obra para atender à atividade-fim de serviços estatais. Mais grave ainda quando a arrematação de mão de obra se faz através de pseudocooperativa, em total desacordo com o ordenamento jurídico e com a finalidade de sonegar direitos assegurados constitucionalmente aos trabalhadores, acobertados pelo disposto no parágrafo único do art. 442 da CLT. No caso, não houve instituição de cooperativa para atender aos interesses de todos os cooperados, visando à melhoria de suas condições de trabalho, mas sim o proveito pessoal de quatro sócios, à custa da sonegação de direitos trabalhistas básicos de quantidade significativa de trabalhadores que, inocentemente, com o único intento de assegurar um posto de trabalho com o qual pudessem garantir a subsistência precária de suas famílias, aderiram a uma cooperativa de fachada que mascara verdadeiras relações de emprego. Desta feita, correta a sentença ao reconhecer a terceirização ilícita por meio de contratação de cooperativa fraudulenta.

COOPERATIVA FRAUDULENTA. PROVA DA ATUAÇÃO DE SÓCIO COMO DIRIGENTE. RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA. Provada a participação de associado indicado pelo autor como um dos dirigentes de cooperativa fraudulenta, conforme depoimento do próprio presidente da falsa cooperativa, tendo, dessa forma, participado dos atos fraudulentos cometidos pela cooperativa, não há dúvida que deve responder solidariamente, nos termos da sentença.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA DE SERVIÇOS. CULPA IN VIGILANDO E CULPA IN ELIGENDO. OBSERVÂNCIA DA DECISÃO DO STF NA ADC N. 16. ESPECIFICIDADES QUE JUSTIFICAM A RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA. O art. 71 da Lei n. 8.666/93 tem por objetivo exonerar a Administração Pública da responsabilidade principal, atribuída ao contratado, levando em conta a situação de normalidade e regularidade de procedimento do contratado e do próprio órgão público contratante, afastando eventual vinculação empregatícia em desconformidade com o art. 37, II, da CF. Não a exime, no entanto, da responsabilidade subsidiária quando configurado o inadimplemento do contratado em decorrência das culpas *in vigilando* e *in eligendo*. Não se trata de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, mas tão somente de uma interpretação conforme a Constituição Federal, notadamente o estatuído no art. 37, § 6º, que fixa a responsabilidade da administração pública direta e indireta e de seus prestadores de serviços públicos, obrigando-a a reparar os danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros. Esse entendimento harmoniza-se com o decidido pelo STF em 24.11.2010 na ADC n. 16, ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, na medida em que o TST, ao editar a Súmula n. 331, não declarou a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, mas apenas o considerou inaplicável ante as peculiaridades do caso concreto.

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. DANO MORAL COLETIVO CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. O dano moral coletivo consubstancia-se na transgressão de interesses metaindividuais, de princípios, valores e fins caros à coletividade e, nesse sentido, amparados pela ordem jurídica positiva. Assim, violados os direitos

metaindividuais por meio de terceirização ilícita intermediada por cooperativa de fachada, devida a indenização por dano moral coletivo, visto que a conduta provoca repulsa da sociedade e instaura um sentimento coletivo de indignação, configurando prejuízo jurídico e social que atinge toda a sociedade, adquirindo o dano um caráter amplo e genérico, notadamente do que diz respeito aos direitos trabalhistas. Reconhecendo a gravidade do ilícito, importando violação ao ordenamento jurídico e atingindo interesses metaindividuais de toda uma coletividade, bem como considerando a capacidade de pagamento dos responsáveis solidários, que se organizaram como verdadeira empresa exploradora de atividade econômica lucrativa, razoável e proporcional a condenação em dano moral coletivo no valor de R\$ 100.000,00 arbitrado pela sentença.

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO GESTOR. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA POR DANO MORAL COLETIVO. Quando o administrador contrata sem concurso ou mediante terceirização ilícita, caracterizado está o dolo, exatamente pela vontade genérica de fazer o que a lei veda ou de não fazer o que a lei determina. O dolo existe quando o agente tem a intenção de obter o resultado, sabendo conscientemente o que deseja e toma a decisão de conseguir. No caso, as provas dos autos demonstram que o gestor estava ciente da contratação irregular, uma vez que, por intermédio de pessoas ligadas a ele, indicava trabalhadores para a falsa cooperativa, e mais, influenciava na demissão de outros trabalhadores, a configurar não só a culpa estrito senso, mas também o dolo, pela vontade livre e consciente de conseguir, no mínimo, proveito político, através de contratação de cooperativa fraudulenta, instituída com o propósito único de enriquecer seus dirigentes, mediante a apropriação de direitos trabalhistas dos trabalhadores supostamente tidos por cooperados. Assim, evidenciado que a conduta do gestor concorreu para o resultado danoso à coletividade, deve responder de forma solidária com a cooperativa e seus dirigentes, pelo pagamento da indenização por dano moral coletivo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário, TRT-RO-0000357-02.2012.5.22.0105, em que são recorrentes COOPERATIVA DE TRANSPORTE E SERVIÇOS LTDA. — CTS, GLAUBO LIMA DE FREITAS, ANTÔNIO JERRIVAN FILHO, MARCOS AURÉLIO MARQUES RODRIGUES, JOSÉ GLEDSON ARAÚJO DA SILVA, MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E MUNICÍPIO DE BATALHA e recorridos COOPERATIVA DE TRANSPORTE E SERVIÇOS LTDA. – CTS, GLAUBO LIMA DE FREITAS, ANTÔNIO JERRIVAN FILHO, MARCOS AURÉLIO MARQUES RODRIGUES, JOSÉ GLEDSON ARAÚJO DA SILVA, MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, MUNICÍPIO DE BATALHA E AMARO JOSÉ DE FREITAS MELO.

Trata-se de recursos ordinários e adesivo interpostos em face da sentença (*seq.* 110), complementada em sede de embargos de declaração (*seq.* 121), que acolhe a preliminar de incompetência material da Justiça do Trabalho em relação ao reclamado Amaro José de Freitas Melo (prefeito do município de Batalha), rejeita a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do reclamado Antônio Jerrivan Filho e a preliminar de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido e julga parcialmente procedente o pedido objeto da ação civil pública para conceder, em parte, a tutela pretendida, para condenar a CTS — Cooperativa de Transporte e Serviços Ltda., sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 até o limite de R\$ 200.000,00, a se abster da prestação de quaisquer serviços a empresas ou entes públicos, no

Estado do Piauí, quando os serviços, por sua própria natureza, demandarem execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, quer em relação à fornecedora dos serviços.

Determina o juízo *a quo* sejam rescindidos, no prazo máximo de 120 dias, todos os contratos, atualmente em vigor no Estado do Piauí, para a prestação de quaisquer serviços a empresas ou entes públicos, quando os serviços, por sua própria natureza, demandarem execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, quer em relação à fornecedora dos serviços (CTS). Condena, ainda, mantendo a antecipação da tutela e de forma definitiva, a COOPERATIVA DE TRANSPORTE E SERVIÇOS LTDA. a formalizar os contratos de trabalho e a pagar todos os trabalhadores que, por seu intermédio e na condição de sócios-cooperados, laboraram na limpeza pública do Município de Batalha as verbas trabalhistas sonegadas durante o período trabalhado, de 13º salário, férias acrescidas de um terço, aviso-prévio, salário-família, indenização do seguro-desemprego, multa do art. 477 da CLT, recolhimento do FGTS e multa de 40%, condenando, solidariamente, os sócios dirigentes e, subsidiariamente, o município de Batalha.

Em caráter solidário, condena a CTS, GLAUBO LIMA DE FREITAS, ANTÔNIO JERRIVAN FILHO, MARCOS AURÉLIO MARQUES RODRIGUES e JOSÉ GLEDSON ARAÚJO DA SILVA, a pagarem indenização por dano moral coletivo no valor de R\$ 100.000,00, reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), determinando a GLAUBO LIMA DE FREITAS, ANTÔNIO JERRIVAN FILHO, MARCOS AURÉLIO MARQUES RODRIGUES e JOSÉ GLEDSON ARAÚJO DA SILVA a se absterem de, pessoalmente ou por intermédio de terceiros, fomentar, criar, constituir, administrar ou gerenciar sociedades de cooperativas que tenham por objeto a intermediação ilícita de mão de obra, sob pena de multa no valor de R\$ 100.000,00, por cada cooperativa fraudulenta constituída.

Nas razões recursais (seq. 116), ratificadas após julgamento de embargos de declaração (seq. 125), a CTS e seus sócios Glaubo Lima de Freitas, Antônio Jerrivan Filho, Marcos Aurélio Marques Rodrigues e José Gledson Araújo da Silva renovam a preliminar de ilegitimidade passiva de Antônio Jerrivan Filho, ao argumento de que este nunca foi diretor da Cooperativa, tendo atuado apenas como membro do conselho fiscal no exercício de 2008.

No mérito, defendem a regularidade da cooperativa. Assevera que nenhuma das acusações foi provada, sustentando que todos os associados participam das decisões da entidade, observado o *quorum* mínimo para deliberações, que há proveito comum a ser buscado, que todos os associados procuraram a cooperativa e assinaram termos de adesão de livre e espontânea vontade, que nenhum dos trabalhadores era subordinado ou dependente e que todos receberam dividendos proporcionalmente e de acordo com a operações realizadas pela cooperativa durante o exercício.

Sustentam a inexistência de vínculo de emprego entre a cooperativa e os cooperados, e sim cooperativismo com fins a um proveito comum a ser buscado. Rebatem a afirmação do MPT no sentido de que os trabalhadores foram obrigados a se associarem, como forma de conseguir trabalho, alegando que o *parquet* confunde subordinação com planejamento e fiscalização, pois não havia subordinação entre a CTS e os cooperados e nem entre estes e o município de Batalha que, como tomador dos serviços da cooperativa, cumpria seu dever legal de fiscalizar os serviços prestados pelos cooperados, bem como planejar a execução da atividade de limpeza pública.

Aduzem que o fato de os cooperados perceberem quantias fixas mensais não desvirtua o cooperativismo e nem configura relação empregatícia mediante pagamento de salário, mas apenas participação nos lucros da cooperativa.

Sustentam a legalidade da contratação, pelo poder público, de cooperativas de trabalho,

nos termos da Lei n. 12.349/10, sob a forma de terceirização de serviços, como ocorre no caso em que a CTS foi contratada pelo município de Batalha para prestação de serviços de limpeza pública, atividade-meio.

Insurgem-se contra a condenação em indenização por danos morais, ao argumento de que a CTS consubstancia uma verdadeira cooperativa que sempre agiu em estrita conformidade com a legislação que rege a matéria. Não sendo esse o entendimento, que seja arbitrado o valor da indenização proporcionalmente aos danos causados, fato que não teria sido evidenciado na sentença.

Asseguram que houve julgamento contrário à prova dos autos, fundamentado em depoimentos de cooperados inativos e descontentes politicamente com o prefeito do Município de Batalha e influenciados por terceiros de má-fé, e que o fato de haver a figura do coordenador dos cooperados e de horários fixos para realização dos serviços não configura vínculo de emprego.

O Ministério Público do Trabalho, em suas razões (*seq.* 131), insurge-se contra a sentença no ponto em que acolheu a preliminar de incompetência em relação ao reclamado Amaro José de Freitas Melo, argumentando que a Justiça do Trabalho é competente para julgar o pedido de condenação solidária de Amaro José de Freitas Melo, prefeito de Batalha, ao pagamento de dano moral coletivo, uma vez que sua conduta, aliada à dos demais diretores da cooperativa fraudulenta, implicou grave lesão ao ordenamento jurídico trabalhista e manifesto prejuízo aos interesses dos trabalhadores. Esclarece que a condenação pessoal do prefeito em pagamento de indenização por danos morais coletivos, no caso, não pressupõe a prática de crime de improbidade administrativa, sendo essa a razão pela qual o juízo *a quo* afastou a competência da Justiça do Trabalho. Pugna pelo acolhimento da competência e exame do mérito, com base no art. 515, § 3º, do CPC.

O município de Batalha recorre adesivamente (*seq.* 141), sustentando a ausência de responsabilidade subsidiária da Administração pelos encargos trabalhistas em caso de terceirização de serviços, por força do disposto no art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 e do decidido pelo STF na ADC n. 16.

O MPT (*seq.* 144) manifesta-se pelo retorno dos autos à origem para que seja exercido o juízo de admissibilidade em relação ao recurso adesivo do município de Batalha. Retornados os autos à origem, houve juízo positivo de admissibilidade do recurso adesivo (*seq.* 152) e apresentação de contrarrazões por parte do MPT (*seq.* 156).

O MPT (*seq.* 160), a título de parecer, reporta-se ao recurso ordinário e às contrarrazões que interpôs.

Relatados.

VOTO

1. CONHECIMENTO

Recursos ordinários e adesivo cabíveis e tempestivo (*seq.* 135, 152). Partes regularmente representadas (*seq.* 70, p. 643). Depósito recursal efetivado e custas recolhidas (*seq.* 127). Legitimidades e interesses configurados. Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, conhece-se dos recursos.

2. MÉRITO DOS RECURSOS

Em face da implicação recíproca das questões e matérias tratadas nos recursos, as mesmas serão analisadas e decididas conjuntamente.

2.1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DO PREFEITO EM DANO MORAL COLETIVO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A sentença acolheu a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho em relação ao reclamado Amaro José de Freitas Melo, prefeito do município de Batalha, ao fundamento de

que a pretendida condenação teria que estar fundamentada em possível crime de improbidade do gestor público na condução do município, não sendo, assim, nos termos do art. 114 da CF, da competência da Justiça do Trabalho condenar pessoalmente o gestor no pagamento de indenização por dano moral coletivo.

A tese do MPT é que a Justiça do Trabalho é competente para julgar o pedido de condenação solidária do gestor municipal ao pagamento de dano moral coletivo, ao argumento de que a condenação pessoal do prefeito não pressupõe a prática de crime de improbidade administrativa.

Sabe-se que a administração pública é responsável pelos atos que seus agentes pratiquem no exercício de suas funções (CF, art. 37, § 6º), assegurado o direito de regresso contra os agentes públicos que atuem com dolo ou culpa. Em face disso, os entes públicos têm sido condenados diretamente ao pagamento dos direitos salariais dos trabalhadores irregularmente contratados de forma direta, ou condenados subsidiariamente nos casos de terceirização de serviços quando evidenciada a sua culpa na escolha do prestador dos serviços ou na execução do contrato.

Ocorre que em ambas as situações, os gestores, verdadeiros responsáveis pelos prejuízos causados ao erário e à sociedade, têm permanecido impunes no âmbito da Justiça do Trabalho, ao entendimento de que esta Justiça não tem competência para apreciar demandas que visem à condenação pessoal do gestor, a exemplo do precedente do TST no RR-0051200-81.2008.5.16.0005, referido na sentença, no qual consta como fundamento o fato de a relação de direito travada entre o Estado e seus agentes políticos ser de natureza jurídico-administrativa, o que exclui a competência da Justiça do Trabalho.

Ocorre que na hipótese, não busca o MPT o ressarcimento por parte do prefeito de danos materiais causados ao erário, que configuraria relação de direito administrativo entre o gestor

e o ente público, mas ressarcimento do prejuízo moral causado à coletividade decorrente do suposto fato de o administrador ter contratado cooperativa de trabalho de fachada para prestação de serviços ao município, burlando, dessa forma, direitos trabalhistas, implicando grave lesão ao ordenamento jurídico-trabalhista e manifesto prejuízo aos interesses dos trabalhadores, o que faz incidir o art. 114, I e IX, da CF, uma vez que o suposto dano decorre de relação de trabalho.

Não se comunga, pois, do entendimento contido na sentença no sentido de que a condenação do gestor na reparação de dano moral coletivo pressupõe a prática de crime de improbidade administrativa que só poderia ser apurado em ação de improbidade administrativa, o que afastaria a competência da Justiça do Trabalho. É que, no caso, não se trata de saber se o gestor incorreu ou não em ato tipificado como improbidade administrativa, nos termos da Lei n. 8.429/92.

O que importa é saber se a conduta lesiona ou não a ordem jurídico-trabalhista, o que atrai a competência da Justiça do Trabalho para a demanda, condenando o gestor a reparar o dano, se for o caso.

Enfatiza-se que no caso a pretensão não é de condenar o gestor no ressarcimento ao erário, hipótese expressamente prevista na lei de improbidade administrativa, e nem mesmo de pagamento de parcelas trabalhistas pelo prefeito aos trabalhadores, mas de condenação solidária do gestor no pagamento de indenização por danos morais coletivos e de condenação subsidiária do ente público pelos encargos trabalhistas inadimplidos pelo prestador do serviço, situação na qual não há dúvida quanto à competência da Justiça do Trabalho, visto que a lesão decorre de relações de trabalho entre a cooperativa contratada pelo município e seus supostos cooperados.

Assim, dá-se provimento ao recurso do MPT para afastar a incompetência pronunciada pelo juízo *a quo* e passa-se à análise das

demais questões relacionadas ao tema, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, visto que a causa está madura, iniciando o exame pelas preliminares arguidas pelo prefeito na sua peça de defesa (*seq.* 66).

2.2. AÇÃO COLETIVA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. LEGITIMIDADE DO MPT

A legitimidade do Ministério Público do Trabalho para o ajuizamento de ação civil pública encontra expressa previsão no art. 83, III, da Lei Complementar n. 75/91, visando à defesa dos interesses coletivos quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente assegurados.

Esse comando guarda perfeita sintonia com o art. 129, III, da CF que estabelece como uma das atribuições do Ministério Público da União, do qual é órgão integrante o MPT, a promoção de inquérito civil e ação civil pública “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Ainda, define o art. 82, I, do CDC que o Ministério Público é o órgão legitimado à defesa coletiva dos interesses definidos no art. 81, entre eles, os individuais homogêneos (inciso II, parágrafo único).

Na hipótese, a pretensão alcança interesses individuais homogêneos, objetivando o MPT salvaguardar direitos de trabalhadores contratados mediante cooperativa, totalmente desvirtuada dos fins que lhe são específicos, tratando-se de interesse coletivo, no seu conceito lato, conforme definição do art. 81 do CDC. Por objetivar, ainda, defender o cumprimento de normas de tutela do trabalho, combatendo a terceirização ilícita, visa, a ação, também, à defesa de interesse de natureza transindividual.

Na matéria, existem reiterados precedentes do STF e TST reconhecendo a legitimidade ativa do MPT. De fato, “O Supremo Tribunal Federal possui sólida jurisprudência sobre o cabimento da ação civil pública para proteção de interesses difusos e coletivos e a respectiva

legitimação do Ministério Público para utilizá-la, nos termos dos arts. 127, *caput*, e 129, III, da Constituição Federal. No caso, a ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público com o objetivo de proteger não apenas os interesses individuais homogêneos dos profissionais do jornalismo que atuam sem diploma, mas também os direitos fundamentais de toda a sociedade (interesses difusos) à plena liberdade de expressão e de informação” (STF, RE n. 511961/SP – rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 12.11.2009).

O TST reitera afirmando que “Tem legitimidade o Ministério Público do Trabalho para propor ação civil pública, com vistas a tutelar interesses coletivos e individuais homogêneos”. Isso porque “é incontestável que a matéria se encontra inserida naqueles direitos que visam à defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, com repercussão social, na medida em que defende a própria ordem jurídica prevista no texto consolidado e no capítulo dos direitos sociais constitucionalmente garantidos, o que torna legítima a atuação do Ministério Público para propor esta demanda” (AIRR – 59300-87.2005.5.01.0025, rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 9.3.2012).

Rejeita-se a preliminar.

2.3. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. TEORIA DA ASERÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO

Sustenta o prefeito que, em face do princípio da impessoalidade, é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, devendo a ação ser ajuizada em face do município.

Por seu turno, a Cooperativa renova também a preliminar de ilegitimidade passiva do associado Antônio Jerrivan Filho, ao argumento de que este nunca foi diretor da Cooperativa, tendo atuado apenas como membro do conselho fiscal no exercício de 2008.

Segundo a teoria da asserção, a legitimidade passiva é examinada em conformidade com

as alegações formuladas pelo autor na petição inicial, devendo as condições da ação ser aferidas a partir da análise abstrata dos fatos ali aduzidos. Nesse sentido, tendo o MPT ajuizado reclamação em face do gestor municipal, da Cooperativa e de quatro de seus membros, visando à condenação solidária em dano moral coletivo por suposta contratação de cooperativa fraudulenta para prestação de serviços ao município, essa circunstância é suficiente para configurar a legitimação de todos aqueles que foram indicados pelo autor.

Rejeita-se a preliminar.

2.4. MÉRITO DA CAUSA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR COOPERATIVA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. CONFIGURAÇÃO

A controvérsia está centrada na contratação de mão de obra especializada, organizada em cooperativa, para prestação de serviços a ente integrante da administração pública direta, no caso o município de Batalha.

O modelo clássico de relação de emprego admitida no ordenamento jurídico brasileiro é o bilateral. De um lado figura o hipossuficiente que oferece sua força de trabalho em troca da obtenção de recursos para seu sustento e, de outro, a parte mais forte, que, para desenvolver certa atividade econômica, gerencia o serviço prestado pela primeira, mediante salário.

A desigualdade naturalmente existente na relação estimulou violência contínua à dignidade do trabalhador ao longo da história que, após aguerridas lutas da classe, culminou na formalização de normas dirigidas unicamente à sua proteção, bem como na criação de braço do Poder Judiciário, especializado nas matérias que lhe digam respeito.

Na Constituição Federal de 1988, o constituinte originário conferiu ao trabalho o *status* de direito fundamental, salvaguardando àquele que o desempenhe um leque de direitos (arts. 6º ao 11), inarredáveis em absoluto. Na mesma linha estão as legislações infraconstitucionais.

Na contramão desses importantes avanços sociais, surgiu o fenômeno da terceirização, modalidade de prestação de serviços na forma trilateral, em que se incrusta um terceiro o qual se apresenta como fornecedor de mão de obra ao tomador de serviços, separando-se a relação econômica da relação trabalhista. Em outras palavras, objetiva a dissociação da prestação de serviço para o desenvolvimento da atividade econômica da contraprestação trabalhista que dela adviria por subsunção legal.

O fim último da terceirização não é outro senão a fuga do real empregador de arcar, ao menos diretamente, com os encargos decorrentes da prestação pessoal, habitual, onerosa e subordinada de serviços, na tentativa de que a presença de uma terceira empresa disfarce a relação de emprego configurada. Aquele se apresenta, então, como mero tomador dos serviços, a empresa interposta como responsável pelas despesas, cujo pagamento é viabilizado pelos repasses remuneratórios feitos pelo primeiro, e a mão de obra fornecida como efetiva prestadora dos serviços.

Atentas aos dois lados da mesma moeda, isto é, às pretensões escusas do fenômeno e à flexibilização das relações de trabalho com vistas ao desenvolvimento econômico, a lei, a jurisprudência e a doutrina pacificaram o entendimento quanto às possibilidades lícitas de terceirização, limitadas ao “trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.1974)”, aos “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” (Súmula n. 331, I e III, do TST). Todas as demais situações, *a contrario sensu*, são consideradas como transgressoras dos direitos trabalhistas e, por força do princípio da primazia da realidade, impõem o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços, como justa solução para o problema.

Quanto à Administração Pública, diante da exigência constitucional de investidura em

cargo ou emprego público apenas mediante prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (CF, art. 37, II e § 2º), a Súmula n. 331 disciplinou que “A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Direta, Indireta ou Fundacional”.

A exceção à regra do concurso público encontra-se inserta no próprio art. 37 ao dispor que “as obras, os serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (inciso XXI).

O termo “serviços” a que se refere o dispositivo constitucional limita-se às atividades externas à dinâmica própria e permanente da administração, não podendo incluir-se nesse permissivo a contratação, mediante empresa interposta, de trabalhadores para desempenharem uma atividade-fim.

No âmbito da Administração Pública, a terceirização possui função única de facilitar a execução dos deveres do Estado perante a sociedade. Porém, é crescente a prática ilícita de contratação de mão de obra, que a despeito de atender à atividade-meio dos serviços estatais, realiza-se através de pseudocooperativa, em total desacordo com o ordenamento jurídico, inclusive com sonegação de direitos assegurados constitucionalmente aos trabalhadores, acobertados pelo disposto no parágrafo único do art. 442 da CLT.

O art. 3º da Lei n. 5.764/71 dispõe que celebram contrato de cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com os bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro, tendo forma e natureza jurídica próprias.

Consiste, pois, a cooperativa na união de esforços de forma coordenada, visando a atingir um determinado fim comum. Trata-se de uma “associação autônoma de pessoas unidas voluntariamente para satisfazer suas necessidades e aspirações econômicas, sociais e culturais em comum através da criação de uma empresa de propriedade conjunta e gerida de forma democrática” (OIT, Recomendação n. 193).

A cooperativa instituída nos moldes legais, para atender aos interesses de seus associados visando à melhoria de suas condições de trabalho, apoia-se em dois princípios que lhe dão sustentáculo, o da dupla qualidade e o da retribuição diferenciada. O primeiro informa que “a pessoa filiada tem de ser, ao mesmo tempo, em sua cooperativa, cooperado e cliente, auferindo as vantagens dessa duplicidade de situações. Isso significa que, para tal princípio, é necessário haver efetiva prestação de serviços pela Cooperativa diretamente ao associado – e não somente a terceiros. Essa prestação direta de serviços aos associados/cooperados é, aliás, conduta que resulta imperativamente da própria Lei de Cooperativas (art. 6º, I, Lei n. 5.764/70)” (*Curso de Direito do Trabalho*, Mauricio Godinho Delgado. 8. ed. p. 315).

E, pelo princípio da retribuição diferenciada, a cooperativa possibilita ao cooperado receber uma retribuição superior àquela obtida isoladamente. Há um controle democrático de seu capital que permite a formação de reservas e um retorno aos sócios na proporção de suas transações.

No caso, informa o MPT que em inquérito civil, constatou que o município de Batalha, não obstante tivesse firmado compromisso em sentido contrário, contratou cooperativa para execução de serviços de limpeza pública municipal e de transporte de estudantes e de profissionais de saúde e, de acordo com as provas obtidas na investigação, os serviços de limpeza pública prestados pela cooperativa ao Município de Batalha eram realizados exclusivamente por trabalhadores sem vínculo

empregatício e sem direitos trabalhistas básicos, embora trabalhassem com pessoalidade, subordinação, não eventualidade e mediante remuneração mensal fixa.

A sentença reconheceu a ilicitude da terceirização, concluindo que a cooperativa não passava de uma intermediadora de mão de obra, tendo mantido com os trabalhadores uma relação de emprego mascarada sob a forma de cooperativismo, reconhecendo, pois os vínculos de emprego com a cooperativa.

A cooperativa e seus sócios dirigentes recorrem, defendendo a licitude da contratação e do exercício regular da cooperativa. Sustentam que nenhuma acusação levada a efeito pelo MPT foi provada, que todos os associados participam das decisões da entidade, que há proveito comum a ser buscado, que os associados aderiram livremente à cooperativa, que o serviço não era prestado com subordinação, e que todos os cooperados receberam dividendos proporcionalmente e de acordo com as operações realizadas pela cooperativa. Contudo, não é o que se extrai das provas dos autos.

Inicialmente, a contratação da cooperativa no ano de 2009 já seria irregular pelo só fato de haver Termo de Ajustamento de Conduta desde o ano de 2001 pelo qual o município assumiu o compromisso de não contratar cooperativa de trabalho (p. 28), a despeito da permissão legal contida na Lei n. 8.666/93, ratificada pela Lei n. 12.349/2010. Além disso, jamais o município poderia ter contratado a Cooperativa de Transporte e Serviços Ltda. (CTS), por ser prestador de serviço sem a mínima experiência no ramo da atividade, como revela o próprio presidente da CTS, ao afirmar que nunca tinha prestado serviço de limpeza pública (p. 472).

O farto acervo probatório revela que os trabalhadores no serviço de limpeza urbana no Município de Batalha, no período da contratação da CTS, foram compelidos a se associarem à cooperativa, como forma de garantir oportunidade de trabalho, abrindo mão

dos mais elementares direitos trabalhistas, tais como férias, 13^o e FGTS.

O próprio presidente da CTS, em depoimento pessoal (p. 471) afirmou literalmente que os “cooperados” foram “arregimentados” no município de Batalha, após a CTS ter vencido uma licitação no município para prestação de serviços de limpeza e de transporte escolar. Refere-se o presidente, ainda, a uma reunião que aconteceu na sede da Câmara Municipal, para a qual os trabalhadores foram convocados, sob promessa de trabalho, mas para tanto, deveriam formalmente se associarem à cooperativa.

Até então, a cooperativa, com sede na cidade de Fortaleza-CE, não tinha nenhuma atuação e nenhum associado no município de Batalha.

Os trabalhadores, muitos não alfabetizados ou semialfabetizados, como demonstram as fichas de associação (p. 281/338), não tinham a mínima noção do que seria uma cooperativa de trabalho, tanto que a única testemunha da CTS, apesar de se dizer cooperada, referiu-se ao presidente da CTS como sendo o “dono” da cooperativa (p. 482).

Tudo isso revela que não partiu dos trabalhadores a iniciativa de, espontaneamente, se organizarem sob a forma de uma cooperativa, de onde se conclui que não aderiram de forma livre, como poderia dar a entender os termos de adesão juntados pela CTS (*seq.* 71) e sim por força da necessidade de conseguir trabalho, ainda que abrindo mão de direitos de trabalhistas.

Do depoimento do presidente da CTS extrai-se, ainda, que o princípio da dupla qualidade não foi atendido, pois não conseguiu demonstrar de que forma o cooperado era beneficiado enquanto cliente da cooperativa, isto é, que serviços a CTS prestava diretamente ao associado que trabalhava no serviço de limpeza pública.

Não procede, também, a alegação de que havia proveito comum e de que todos os cooperados receberam dividendos proporcionalmente e

de acordo com as operações realizadas pela cooperativa. Isso porque o presidente da CTS, conforme dito por ele mesmo, chegava a receber até R\$ 6.000,00 (p. 472), enquanto que os “cooperados” que trabalhavam nos serviços de limpeza recebiam quantias fixas mensais, uns no valor de R\$ 518,00 (p. 475), outros no valor de 413,00 (p. 479). Ora, não justifica tamanha disparidade de remuneração entre cooperados, ainda que se diga que a remuneração era na proporção da quantidade de horas trabalhadas, como querem fazer crer em seu recurso a CTS e seus dirigentes.

A CTS e seus dirigentes contradizem-se ao justificar que a remuneração era fixa e correspondia à participação de cada cooperado nos lucros pelo fato de receberem valor fixo do município e ser constante a quantidade de cooperados trabalhando. Se esse argumento fosse verdadeiro, os dirigentes também deveriam receber quantias fixas, no entanto, não era o que ocorria, como afirmado pelo próprio presidente da cooperativa (p. 472).

Além disso, jamais haveria sobra de dividendos no final de cada exercício para ser distribuída aos cooperados, no entanto, a título de distribuição de sobras, a cooperativa, conforme recibos de p. 281/317, teria repassado as quantias de R\$ 80,00 e R\$ 85,00 a alguns trabalhadores no mês de fevereiro/2011. Esse fato não demonstra que se trata de verdadeira cooperativa porque, além dessas quantias serem irrisórias, não compensando, assim, a supressão dos diversos direitos trabalhistas, não houve sequer apresentação de balanço financeiro a demonstrar quanto a CTS arrecadou durante o exercício, quanto foi distribuído a cada cooperado e o valor que cada um deveria receber a título de distribuição de sobras.

Além desses míseros R\$ 80,00 ou R\$ 85,00 anuais que nem se sabe ao certo se de fato foram pagos, pois há relatos de trabalhadores afirmando que nada recebiam além da remuneração fixa mensal (*seq.* 474), que, como se viu, girava em torno do salário mínimo, nenhuma

outra vantagem ou benefício recebiam os trabalhadores ditos cooperados. Disso se conclui que a situação dos trabalhadores que aderiram à cooperativa, ao invés de melhorar, piorou, já que passaram a auferir ganhos que sequer se aproximavam dos direitos trabalhistas dos quais abriram mão em troca de trabalho. Portanto, demonstrado que também o princípio da retribuição diferenciada não restou atendido.

Logo, não houve instituição de cooperativa para atender aos interesses de todos os cooperados visando à melhoria de suas condições de trabalho, mas sim o proveito pessoal de quatro sócios, à custa da sonegação de direitos trabalhistas básicos de quantidade significativa de trabalhadores que, inocentemente, com o único intento de assegurar um posto de trabalho com o qual pudessem garantir a subsistência precária de suas famílias, aderiram a uma cooperativa de fachada que mascara verdadeiras relações de emprego.

Relações de emprego que restaram sobejamente provadas, ante a presença de todos os elementos configuradores, dos quais se sobressai a subordinação, elemento que a CTS e seus dirigentes insistem em dizer que se encontra ausente com base no singelo argumento de que não havia supervisores e sim a figura de um coordenador, necessário à organização da atividade cooperativada, e também no irrelevante fato de que se o trabalho fosse subordinado o horário fixo não seria das 7 h às 11 h e das 13 h às 17 h, mas das 8 h às 12 h e de 14 h às 18 h, a indicar que o horário teria sido definido pelos próprios cooperados, quando em verdade não foi, conforme relato das testemunhas do autor (*seq.* 102).

Não houve apenas subordinação jurídica do art. 3º da CLT, mas mais do que isso. Com efeito, houve verdadeira submissão dos trabalhadores às diretrizes determinadas pelos dirigentes e até pelo prefeito, pois em conformidade com os depoimentos colhidos em audiência (*seq.* 102), alguns trabalhadores foram demitidos

simplesmente porque resistiram em aceitar cavaletes contendo fotos de candidatos a cargos políticos apoiados pelo prefeito em frente às suas residências. Ou seja, não foram afastados da cooperativa por deliberação dos cooperados, como deveria ocorrer se se tratasse de verdadeira cooperativa.

Também se faltassem sem apresentar atestado médico, não havia nenhuma deliberação por parte dos demais cooperados sobre que medida tomar em relação ao cooperado faltoso, mas este era sumariamente afastado do trabalho, sem direito de defesa, e posto outro em seu lugar, como dá a entender a CTS e seus dirigentes nas razões de seu recurso. Tal prática, certamente, também não é condizente com o verdadeiro cooperativismo e sim com relação de emprego autoritária, em que está presente o medo de perder o posto de trabalho em razão de uma simples falta não justificada.

Sem respaldo, assim, a alegação de que a sentença foi proferida em contrariedade à prova dos autos, fundamentada em depoimentos de cooperados inativos e descontentes politicamente com o prefeito do município de Batalha e influenciados por terceiros de má-fé e ainda, em depoimento de pessoas que sequer foram cooperadas, como seria o caso da testemunha Maria Cristina Plácido.

Ora, a CTS e seus dirigentes sequer indicam e muito menos provam quem seriam esses terceiros de má-fé e o simples fato de haver depoimento nos autos de cooperados inativos ou que não teriam sido cooperados não torna frágil essa prova. Além disso, conforme fundamentação acima, não foi com base apenas no depoimento dessas testemunhas que se concluiu tratar-se de cooperativa de fachada, não sendo demais afirmar que até mesmo o depoimento da única testemunha da CTS, em certos trechos, confirma a tese acolhida pela sentença de que houve desvirtuamento do verdadeiro cooperativismo e terceirização ilícita de mão de obra, que não deve prevalecer, em face do princípio da primazia da realidade,

inerente ao Direito do Trabalho, que retira da formalidade o que efetivamente acontece sob o rótulo de cooperativa.

A realidade que emerge dos autos é a mais dura verdade atual que permeia esse processo de flexibilização das relações, em sua maioria, contrária aos princípios da dignificação do cidadão trabalhador, do pleno emprego, dos valores sociais do trabalho, da dignidade da pessoa humana (CF, arts. 1º e 170). No caso, compete ao Judiciário a preservação dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito para, em conjunto com o MPT e associações legitimadas para tal fim, combaterem fraudes dessa natureza e evitarem danos potenciais aos direitos sociais dos trabalhadores.

Mantém-se, pois, a sentença que reconhece a ilicitude da terceirização de mão de obra.

COOPERATIVA FRAUDULENTA. PROVA DA ATUAÇÃO DE SÓCIO COMO DIRIGENTE. RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA

Ainda que o associado Antônio Jerrivan Filho tivesse atuado apenas como membro do conselho fiscal, como argumentado nas razões recursais, isso já seria suficiente para o incluir entre os responsáveis pelos atos irregulares praticados pela CTS.

Ademais, há elementos nos autos que demonstram a sua atuação como dirigente, pois solicitadas as fichas de filiação pelo MPT, o presidente da Cooperativa forneceu entre os termos de adesão dos quatro cooperados diretores da CTS, conforme ofício de p. 85, o do Sr. Antônio Jerrivan Filho, acompanhado da ficha de filiação (p. 98/103), a indicar que este era dirigente. E resta incontroverso de que eram quatro pessoas que estavam à frente da CTS, entre elas o Sr. Antônio Jerrivan, conforme depoimento do próprio presidente da CTS (ata de audiência, p. 471).

Assim, não há dúvida quanto à responsabilização solidária do Sr. Antônio Jerrivan Filho pelos atos fraudulentos cometidos pela

Cooperativa na qual figurava como um dos dirigentes, nos termos da sentença.

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.
TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA DE SERVIÇOS.
CULPA IN VIGILANDO E CULPA
IN ELIGENDO. OBSERVÂNCIA DA
DECISÃO DO STF NA ADC N. 16.
ESPECIFICIDADES QUE JUSTIFICAM A
RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA**

Pretende o município eximir-se do pagamento dos encargos trabalhistas inadimplidos pela Cooperativa de Transporte e Serviços Ltda., invocando o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações) e a ADC n. 16 do STF. Questiona o entendimento dado à matéria pelo Colendo TST, por meio da Súmula n. 331, que reconhece a responsabilidade subsidiária do ente público.

O art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 não exige a Administração Pública da responsabilidade subsidiária quando configurado o inadimplemento contratual em decorrência das culpas *in vigilando* e *in eligendo*. Nessas circunstâncias, não se vislumbra no item V da Súmula n. 331 do TST declaração expressa de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, mas tão somente de lhe conferir interpretação conforme a Constituição Federal, notadamente quanto ao art. 37, § 6º, que fixa a responsabilidade da Administração Pública direta e indireta e de seus prestadores de serviços públicos, obrigando-os a reparar os danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros.

Diz respeito, portanto, a qualquer dano, inclusive a responsabilidade trabalhista. Logo, não há como negar que o tomador de serviços da Administração Pública possa, em tese, responder subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo prestador dos serviços, posto que é dever legal contratar serviços de quem possui idoneidade técnica e econômico-financeira.

No caso, tendo o município contratado cooperativa para prestação de serviços de limpeza

pública, quando havia Termo de Ajustamento de Conduta em sentido contrário (p. 28), resta configurada a sua culpa *in eligendo*. Ademais, trata-se de cooperativa de fachada, conforme evidenciado em tópico anterior, que acabou por sonegar o pagamento de direitos trabalhistas básicos. Assim, tivesse o município agido com um mínimo de diligência, teria constatado facilmente durante a execução do contrato que se tratava de situação em que a relação de emprego estava sendo mascarada por uma ilícita intermediação de mão de obra, por meio de uma falsa cooperativa, a configurar, também, a culpa *in vigilando*. Não há, pois, provas de que tenha fiscalizado o contrato, limitando-se a fiscalizar a execução dos serviços, o que é coisa diversa.

Ora, é dever da Administração fiscalizar de forma eficaz e continuamente o contrato de prestação de serviços quanto ao cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados (art. 58, II, da Lei n. 8.666/91, c/c a IN n. 2/2008, alterada pela IN n. 3/2009, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão).

Ademais, o art. 67, § 1º, da Lei n. 8.666/91 dispõe que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, devendo anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

Infere-se, então, que no exercício da atividade de fiscalizar, cabe à Administração exigir, dentro outros, documentos relativos ao registro de empregados e cópia das páginas da CTPS na qual conste o registro do contrato; atestado de saúde ocupacional comprovando a realização dos exames médicos obrigatórios; comprovante de cadastramento do trabalhador no regime do PIS/PASEP; cartão, ficha ou livro de ponto, assinado pelo empregado, onde constem as horas trabalhadas normais e extraordinárias, se for o caso; e recibo de pagamento, atestando o recebimento de salários e demais verbas.

E como a fiscalização deve constar de registro próprio, segundo a lei, caberia à Administração, para se eximir da responsabilidade, apresentar cópia desse registro demonstrando que, efetivamente, exigiu da contratada o fiel cumprimento dos direitos trabalhistas de seus empregados, ônus do qual não se desincumbiu.

Não exime o município de exigir aqueles documentos o fato de ser a contratada cooperativa, pois, nesse caso, cabia ao município averiguar, se de fato, tratava-se de verdadeira cooperativa, o que não fez.

Dessa forma, ainda que a cooperativa tenha sido contratada mediante procedimento licitatório, deve o município responder de forma subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas, visto que, no caso, sequer se trata de terceirização lícita.

Esse entendimento harmoniza-se com o decidido pelo STF em 24.11.2010 na ADC n. 16, ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, na medida em que o TST, ao editar a Súmula n. 331, não declarou a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, mas apenas o considerou inaplicável ante as peculiaridades do caso concreto.

Além disso, durante o julgamento da ADC n. 16, restou assentado que pode haver a responsabilização da Administração Pública pela inadimplência de encargos trabalhistas em caso de omissão culposa em relação à fiscalização dos contratos, detectada em cada caso, o que se configurou pela contratação de cooperativa quando havia TAC em sentido contrário e a ausência de prova de fiscalização efetiva do contrato, quando então poderia o município detectar que se tratava de cooperativa de fachada e assim rescindir o contrato, e não esperar determinação do MPT nesse sentido.

Logo, evidenciada a conduta culposa da Administração Pública no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações legais da prestadora de serviço como empregadora e não como cooperativa, impende

reconhecer sua responsabilidade subsidiária em relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas (TST, Súmula n. 331, V).

Por outro lado, enquanto pessoa jurídica integrante da Administração Pública, o responsável subsidiário reúne melhores condições para demandar em ação regressiva contra a instituição irregularmente contratada, para se ressarcir dos prejuízos decorrentes da contratação infrutífera. Em consequência, a responsabilização subsidiária favorece a efetividade da tutela judicial, conferindo concretude aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Mantém-se, pois, a sentença.

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. DANO MORAL COLETIVO CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. QUANTUM INDENIZATÓRIO

A CTS e seus dirigentes sustentam a inexistência de danos morais coletivos. No entanto, caso prevaleça esse entendimento, pugnam pela redução do valor da indenização, ao argumento de que o valor arbitrado na sentença não teria sido proporcional ao dano.

No caso, a questão envolve interesses individuais homogêneos de determinada categoria, cuja prestação de serviços a ente da administração pública constitui verdadeira afronta a direitos trabalhistas, assegurados constitucionalmente e, ainda, o cumprimento de normas de tutela do trabalho, combatendo a terceirização ilícita, visando a ação, também, à defesa de interesse de natureza transindividual.

A contratação irregular infringe normas de ordem pública, afetando valores e bens fundamentais da sociedade. Configurado o fornecimento ilícito de mão de obra, nasce o dever de indenizar posto que demonstrado o dano, bem como o nexo de causalidade (arts. 186 e 927, CC).

Portanto, houve dano coletivo causado aos interesses dos trabalhadores da CTS, ora reconhecidos como verdadeiros empregados, na medida em que esta, fraudulentamente,

forneceu mão de obra a ente público, sem assinatura de CTPS e pagamento dos mais elementares direitos trabalhistas, conduta essa que causou prejuízo não só aos trabalhadores que com ela mantiveram vínculo jurídico, mas aos potenciais trabalhadores que poderiam vir a ser arregimentados pela falsa cooperativa, e, ainda, dano geral causado a toda a coletividade em razão da contratação irregular de trabalhadores por meio de terceirização ilícita, provocando a repulsa da sociedade à conduta praticada, instaurando um sentimento coletivo de indignação. Trata-se de prejuízo jurídico e social de que foi alvo toda a sociedade, adquirindo o dano um caráter amplo e genérico, notadamente do que diz respeito aos direitos trabalhistas.

Não é porque o dano não é palpável, aparente, mensurável, que não tenha se concretizado. O dano moral coletivo consubstancia-se na transgressão de interesses metaindividuais, de princípios, valores e fins caros à coletividade e, nesse sentido, amparados pela ordem jurídica positiva.

Nesse sentido:

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FRAUDE NA INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. PATAMAR CIVILIZATÓRIO MÍNIMO INSTITUÍDO PELA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL DO BRASIL (ARTS. 1º, III e IV, 3º I, III e IV, e 170, CAPUT DA CF). INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. O fenômeno da terceirização traz graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho. Nesse sentido, cabe aos operadores do ramo justralhista submeter o processo sociojurídico da terceirização às direções essenciais do Direito do Trabalho, de modo a não propiciar que ele se transforme na antítese dos princípios, institutos e regras que sempre foram a marca civilizatória e distintiva desse ramo jurídico no contexto da cultura ocidental. Destaque-se que a Constituição Federal de 1988 traz

limites claros ao processo de terceirização laborativa na economia e na sociedade, embora não faça, evidentemente — como não caberia —, regulação específica do fenômeno. Os limites da Carta Magna ao processo terceirizante situam-se no sentido de seu conjunto normativo, quer nos princípios, quer nas regras assecuratórios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da valorização do trabalho e especialmente do emprego (art. 1º, III, combinado com art. 170, *caput*), da busca da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), do objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III), da busca da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). Tais fundamentos (art. 1º, *caput*) e também objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, *caput*), encorajados em princípios e regras constitucionais, todos com inquestionável natureza e força normativa, contingenciam fórmulas surgidas na economia e na sociedade de exercício de poder sobre pessoas humanas e de utilização de sua potencialidade laborativa. A partir desse decidido contexto principiológico e normativo é que a Constituição estabelece os princípios gerais da atividade econômica (Capítulo I do Título VII), fundando-a na valorização do trabalho e da livre-iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (*caput* do art. 170). Por essa razão é que, entre esses princípios, destacam-se a função social da propriedade (art. 170, III), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII), a busca do pleno emprego (art. 170, VIII). Na mesma linha de coerência, a Carta Máxima estabelece a disposição geral da ordem social (Capítulo I do Título VIII), enfatizando que esta tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193). Nessa moldura lógica e sistemática da Constituição, não cabem fórmulas de utilização do trabalho que esgarcem o patamar civilizatório mínimo instituído pela ordem jurídica constitucional e legal do país, reduzindo a valorização do trabalho e do emprego,

exacerbando a desigualdade social entre os trabalhadores e entre este e os detentores da livre-iniciativa, instituindo formas novas e incontornáveis de discriminação, frustrando o objetivo cardeal de busca do bem-estar e justiça sociais. Para a Constituição, em consequência, a terceirização sem peias, sem limites, não é compatível com a ordem jurídica brasileira. As fronteiras encontradas pela experiência jurisprudencial cuidadosa e equilibrada para a prática empresarial terceirizante, mantendo esse processo disruptivo dentro de situações manifestamente delimitadas, atende o piso intransponível do comando normativo constitucional. Nessa linha, posiciona-se a Súmula n. 331 do TST, não considerando válidas práticas terceirizantes fora de quatro hipóteses: trabalho temporário (Lei n. 6.010/1974); serviços de vigilância especializada (Lei n. 7.102/1983); serviços de conservação e limpeza (Súmula n. 331, III); serviços ligados à atividade-meio do tomador (Súmula n. 331, III). Note-se que, na audiência pública sobre o tema, realizada no TST na primeira semana de outubro de 2011, ficou claro que a terceirização, se realizada sem limitações, provoca inevitável rebaixamento nas condições de trabalho, quer economicamente, quer no tocante ao meio ambiente do trabalho, devendo ser acentuado o acerto da Súmula n. 331, I e III, do TST. Portanto, a utilização da terceirização ilícita implica afronta aos princípios e regras essenciais que regem a utilização da força do trabalho no País. Nesse sentido, o fenômeno extrapola o universo dos trabalhadores diretamente contratados de forma irregular para produzir impacto no universo social mais amplo, atingindo uma gama expressiva de pessoas e comunidades circundantes à vida e espaço laborativos. A lesão extrapola os interesses dos empregados envolvidos na lide para alcançar os trabalhadores em caráter amplo, genérico e massivo. Nesse contexto, configura-se o dano moral coletivo. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. (TST, RR – 16400-34.2006.5.02.0023, rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, 6ª T., DEJT 9.12.2011.)

Reconhecida a gravidade do ilícito, implicando violação ao ordenamento jurídico e

atingindo interesses metaindividuais de toda uma coletividade, bem como considerando a capacidade de pagamento dos responsáveis solidários, que se organizaram como verdadeira empresa exploradora de atividade econômica lucrativa, razoável e proporcional a condenação em dano moral coletivo no valor de R\$ 100.000,00 arbitrado pela sentença.

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO GESTOR. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA POR DANO MORAL COLETIVO

O MPT defende a condenação solidária do prefeito no pagamento de danos morais coletivos, uma vez que sua conduta, aliada à dos demais diretores da cooperativa fraudulenta, implicou grave lesão ao ordenamento jurídico trabalhista e manifesto prejuízo aos interesses dos trabalhadores.

A investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público na administração pública direta, indireta ou fundacional, excetuadas apenas as nomeações para cargos em comissão, assim declarados em lei (art. 37, II, da CF). A via democrática do concurso é instituída com a finalidade de assegurar igualdade de condições para todos os candidatos, evitando-se favorecimentos ou discriminações, presentes, muitas vezes, até nos casos de terceirizações de serviços, quando o poder público interfere na contratação de trabalhadores pela empresa prestadora do serviço, indicando trabalhadores que devem ser contratados ou dispensados segundo a conveniência pessoal do gestor.

Em se tratando de ação visando à condenação pessoal do gestor, a administração pública é responsável pelos atos que seus agentes pratiquem no exercício de suas funções (CF, art. 37, § 6º), assegurado o direito de regresso contra os agentes públicos que atuem com dolo ou culpa. Em face disso, os entes públicos têm sido condenados diretamente, quando irregularmente contratam servidores ou subsidiariamente, nos casos de terceirização de serviço quando

evidenciada a culpa na escolha do contratado ou na execução dos serviços. Mas em ambos os casos os verdadeiros responsáveis permanecem impunes.

O prejuízo patrimonial em contratações ilegais existe, na medida em que quase sempre essas contratações são feitas de apadrinhados políticos e implicam eliminação ou restrição do direito de todos de concorrer às vagas, com violação a direitos constitucionais dos cidadãos e prejuízos à qualidade dos serviços contratados, com lesão a direitos dos outros potenciais interessados de concorrerem em igualdade de condições, inclusive nos casos de terceirizações de serviços em que os empregados terceirizados são indicados por políticos.

Quando o administrador contrata sem concurso ou mediante terceirização ilícita, já aí está caracterizado o dolo, exatamente pela vontade genérica de fazer o que a lei veda ou de não fazer o que a lei determina. É que o dolo existe quando o agente tem a intenção de obter o resultado, sabendo conscientemente o que deseja e toma a decisão de conseguir. Ao contratar sem concurso ou contratar cooperativa fraudulenta, por exemplo, o administrador conhece a vedação legal e ainda assim pratica o ato com o propósito deliberado de favorecer alguém em detrimento do interesse público.

A falta de responsabilização dos prefeitos não decorre de ausência de instrumentos legais. A Constituição estabelece a responsabilidade do administrador que contrata servidor sem concurso (art. 37, § 2º). Decorre do ato ilícito a obrigação de indenizar patrimonialmente os danos causados ao erário público, sujeitando-se o administrador à responsabilidade penal e também sob o enfoque político deve ser responsabilizado com a decretação da perda dos direitos políticos e o reconhecimento de sua inelegibilidade. Disso resulta que, em se tratando de contratações irregulares, aí incluídas as advindas de terceirizações ilícitas, o administrador deve responder pelo menos civilmente.

Sendo responsável o agente público, e como forma de aumentar as garantias ao recebimento dos créditos, as ações trabalhistas poderiam ser propostas contra o Prefeito ou contra o Município. Ao acionar o Prefeito, o trabalhador teria mais facilidade de executar o débito porque seriam expropriados diretamente os bens particulares. Para não correr risco da insolvência do devedor, poderia acionar o Município e o responsável pela contratação, que, condenados solidariamente, permitiria a excussão de bens do prefeito ou seria realizada a execução através de precatório.

Ainda, ajuizada a demanda exclusivamente contra o Município, poderia este denunciar à lide o prefeito responsável para obter o reconhecimento de seu direito de regresso nos próprios autos da ação trabalhista, tornando desnecessária a propositura de nova ação para demonstrar a responsabilidade do agente público (Código de Processo Civil, art. 70, III). Citado para se defender, o Prefeito ao final seria condenado solidariamente. Se a administração pagasse a obrigação, poderia depois pedir o ressarcimento contra o administrador.

No caso, a ação foi ajuizada em face do município, do prefeito, da cooperativa e de seus dirigentes pessoalmente, pretendendo-se, em relação à pessoa do prefeito, apenas a sua responsabilização solidária por danos morais coletivos pelo fato de ter contratado cooperativa, ainda que por licitação, quando existente Termo de Ajustamento de Conduta dispondo em sentido diverso, o que configura, no mínimo, a conduta culposa, admitindo-se que o prefeito realmente desconhecia a existência do TAC, pois tem o dever de conhecer as normas, os acordos e os termos que balizam a sua conduta enquanto administrador.

Além disso, jamais o município poderia ter contratado a Cooperativa de Transporte e Serviços Ltda., uma vez que se trata de prestador de serviço sem a mínima experiência no ramo da atividade, como revela o próprio presidente da CTS, ao afirmar que nunca tinha prestado serviço de limpeza pública (p. 472).

Mas ainda que assim não fosse, a culpa do gestor restou evidenciada por não ter fiscalizado a execução do contrato a contento, pois se assim tivesse procedido, facilmente detectaria que se tratava de cooperativa fraudulenta, instituída com o propósito único de enriquecer seus dirigentes, mediante a apropriação de direitos trabalhistas dos trabalhadores supostamente tidos por cooperados.

No entanto, as provas dos autos demonstram que o gestor assim não agiu porque estava ciente da contratação irregular, tanto que, por intermédio de pessoas ligadas a ele, indicava trabalhadores para a falsa cooperativa e, mais, influenciava na demissão de outros trabalhadores, como demonstra o depoimento das testemunhas do autor (*seq.* 102), a configurar não só a culpa *stricto sensu*, mas também o dolo, pela vontade livre e consciente de conseguir, no mínimo, proveito político.

Assim, evidenciado que a conduta do gestor concorreu para o resultado danoso à coletividade, deve responder de forma solidária com a CTS e seus dirigentes, pelo pagamento de dano moral coletivo, no valor fixado na sentença, independentemente de responsabilização subsidiária do município pelo adimplemento dos direitos trabalhistas concretamente sonegados pela CTS.

ISTO POSTO

ACORDAM os Desembargadores da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, por unanimidade, conhecer dos recursos ordinários e, no mérito, dar provimento ao recurso do MTP para afastar a incompetência da Justiça do Trabalho arguida em defesa pelo prefeito do município de Batalha, rejeitar as preliminares de ilegitimidade ativa do MPT e passiva do prefeito e de sócio da cooperativa e, por maioria, condenar solidariamente o prefeito do município de Batalha, Sr. Amaro José de Freitas Melo, no pagamento de dano moral coletivo no valor de R\$ 100.000,00, e, por unanimidade, negar provimento ao recurso da Cooperativa de Transporte e Serviços Ltda. e ao recurso do Município de Batalha. Custas solidariamente pelas partes sucumbentes, no valor contido na sentença, à exceção do Município, que é isento. Vencidos, parcialmente, os Excelentíssimos Desembargadores Liana Chaib (Vice-Presidente) e Wellington Jim Boavista que negavam provimento ao recurso ordinário do MPT.

Teresina, 27 de novembro de 2013.

Desembargador **ARNALDO BOSON PAES**
Relator

Sentençtas

4ª Vara do Trabalho de Curitiba – PR

Processo: 0000666-32.2011.5.09.0004 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA (15385-2011-004-09-00-07)

Autor: Ministério Público do Trabalho

Réu: Bergerson Jóias e Relógios Ltda.

Relatório

Nos presentes autos de ação civil pública, o Ministério Público do Trabalho postula: a condenação do Réu na obrigação de, em três meses, contratar e manter em seu quadro de empregados, trabalhadores com deficiência habilitados, nos termos do arts. 3º e 4º do Decreto n. 3.298/99, com a redação dada pelo Decreto n. 5.296/2004, ou reabilitados da Previdência Social, em número suficiente para o preenchimento da cota legal a que está obrigada, nos termos do art. 93 da Lei n. 8.213/91 e art. 36 do Decreto n. 3.298/99, sob pena de pagamento de multa de R\$ 10.0000 (dez mil reais), por empregado que faltar para o integral cumprimento da cota, sendo o valor dessa pena pecuniária revertido ao FAT — Fundo de Amparo do Trabalhador; observar o disposto no § 1º do art. 93 da Lei n. 8.213/91 e no § 1º do art. 36 do Decreto n. 3.298/99, sob pena de pagamento de multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por empregado dispensado sem a observância dessa providência, reversível ao FAT — Fundo de Amparo do Trabalhador; indenizar o dano moral e material coletivo decorrente de sua conduta ilícita, reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), no montante de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Deu à causa o valor de R\$ 250.000,00.

O réu Bergerson Joias e Relógios Ltda. apresentou sua defesa na forma de contestação escrita, nos termos das fls. 79/104. Arguiu em

preliminar a ilegitimidade “*ad causam*” do Ministério Público do Trabalho, a restrição do âmbito de eficácia da sentença a ser proferida, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85. No mérito, pugnou pela total improcedência da pretensão deduzida na petição inicial.

Foram juntados documentos por ambas as partes.

Diversas audiências foram promovidas para tentativa de composição, com esboço de projeto apresentado pelo Réu às fls. 306 e com resposta pelo MPT às fls. 335/337. As tratativas restaram frustradas.

Por iniciativa do Juízo foi realizada audiência pública, retratada em registro audiovisual, conforme termo de audiência de fl. 496. O Réu requereu oitiva de testemunha, o que ocorreu também por registro audiovisual, conforme termo de audiência de fl. 713.

Não houve conciliação.

Razões finais por memoriais.

Fundamentação

1. Preliminar

1.1. *Ilegitimidade “ad causam” do Ministério Público do Trabalho*

O Réu arguiu a ilegitimidade “*ad causam*” do Ministério Público do Trabalho sob o argumento da ausência de interesse difuso ou coletivo a ser defendido no tocante à pretensão de condenação por danos morais coletivos.

Sustenta também que não existe lesão ao patrimônio moral coletivo, razão da falta de legitimidade.

A arguição apresentada pelo Réu não prospera, pois confunde a legitimidade assegurada ao Ministério Público pela Lei n. 7.347/85 para postular em Juízo, na defesa de direitos metaindividuais, com a possibilidade de obtenção do provimento judicial postulado. Eventual existência de lesão, por outro lado, não comporta análise de ordem meramente processual.

Rejeito.

2. Mérito

2.1. O conceito jurídico da pessoa com deficiência e as disposições normativas em questão de trabalho e emprego

A análise do problema exige a eleição de pontos fundamentais, em especial, o estabelecimento de conceitos e a compreensão da matriz constitucional que orienta a temática dos direitos da pessoa com deficiência.

Dentre as diversas disposições contidas em Tratados e Pactos internacionais de Direitos Humanos, muitos dos quais ratificados pelo Brasil, destaca-se a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque em 30 de março de 2007. O texto da referida Convenção e seu Protocolo Facultativo foi aprovado pelo Congresso Nacional, por intermédio do Decreto Legislativo n. 186, de 2008, conforme o art. 5º, § 3º, da Constituição da República.

Importante insistir que o § 3º do art. 5º é fruto da Emenda Constitucional n. 45, de 2004 e dispõe:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, por se tratar de emenda constitucional e definidora de direitos e garantias fundamentais,

as disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da Constituição da República).

Sobre definições e conceitos, ARAUJO⁽¹⁾ aponta que o ornamento jurídico brasileiro adotou nova expressão: “pessoa com deficiência” e chama atenção para a simbologia importante do novo tratamento.

A deficiência passa a ser parte da pessoa, integrando-se a ela, e não algo que estava perto em virtude de posse ou portabilidade. Ela não carrega; ela é. Mas, antes de tudo, é uma pessoa. Logo, houve um ajuste de contemporaneidade à expressão empregada no Texto Constitucional.

Em seu preâmbulo, a Convenção (Emenda Constitucional) reconhece que a deficiência:

(e) é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Significa dizer que atitudes e condições do ambiente são capazes de produzir deficiência, o que acontece quando não é possível à pessoa com deficiência participar de maneira plena e efetiva na sociedade, com igualdade de oportunidades em relação às demais pessoas. Como corolário, ela deixará de existir quando também aqueles obstáculos (atitudes e condições do ambiente) são eliminadas.

FONSECA⁽²⁾ assinala:

Os impedimentos de caráter físico, mental, intelectual e sensorial são, a meu sentir,

(1) ARAUJO, Luiz Alberto David. A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e seus reflexos na ordem jurídica interna no Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 52-60.

(2) FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19-32.

atributos, peculiaridades ou predicados pessoais, os quais, em interação com as diversas barreiras sociais, podem excluir as pessoas que os apresentam da participação na vida política, aqui considerada no sentido amplo. As barreiras de que se trata são os aspectos econômicos, culturais, tecnológicos, políticos, arquitetônicos, comunicacionais, enfim, a maneira como os diversos povos percebem aqueles predicados. O que se nota culturalmente é a prevalência da ideia de que toda pessoa surda, cega, paraplégica, amputada ou com qualquer desses impedimentos foge dos padrões universais e por isso tem um “problema” que não diz respeito à coletividade. É com tal paradigma que se quer romper.

A Convenção (Emenda Constitucional) estabelece cinco definições em seu art. 2º que, analisadas no conjunto, demonstram quais os pontos a ser atingidos para superação dos obstáculos ou deficiências que produzem a discriminação ou a exclusão: comunicação, língua, discriminação por motivo de deficiência, adaptação razoável e desenho universal. A propósito, a definição de “desenho universal” contribui para a clareza daquilo que se pretende, pois sugere que produtos, ambientes, programas e serviços sejam utilizados por todos sem necessidade de adaptação ou de projeto específico, sem exclusão de ajuda para situações específicas.

FONSECA sustenta, a partir dessas e de outras considerações, que as pessoas cegas, surdas, paraplégicas e tetraplégicas possuem atributos equiparados aos demais atributos humanos (gênero, raça, idade, etc.). Esses atributos não contêm a deficiência, a qual é encontrada nas barreiras sociais que impedem o acesso aos direitos humanos básicos⁽³⁾.

O autor assevera:

O novo conceito de pessoa com deficiência, constitucionalmente adotado pelo Brasil por força da ratificação da Convenção

Internacional da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, transcende o aspecto meramente clínico e assistencialista que pautava a legislação anterior. Ressalta o fator político para que se reconheça a necessidade de superarem-se as barreiras sociais, políticas, tecnológicas e culturais.

A leitura do Art. 1 da Convenção demonstra ênfase da deficiência em relação ao ambiente e não na patologia.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

A rigor, o novo conceito, de ordem constitucional, revoga ou, no mínimo, exige leitura diferenciada das disposições contidas no Decreto n. 5.296/2004, em seu art. 5º e no Decreto n. 3.298/99, arts. 3º e 4º, exigindo adoção daqueles critérios. Nesse sentido e em consonância com a diretriz constitucional, a atual redação do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742/93, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, incorporou o novo conceito.

Ao discorrer sobre trabalho e emprego, em seu Art. 27, a Convenção reconhece o “direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”, em “ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência”.

A respeito, a já mencionada Lei n. 8.742/93, recebeu o art. 21-A, incluído pela Lei n. 12.470/2011, influenciada pela Convenção e em sintonia com seus princípios, cujo texto aponta importante inovação para incentivar o acesso das pessoas com deficiência ao mundo do trabalho.

Art. 21-A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual. (Incluído pela Lei n. 12.470, de 2011)

(3) *Op. cit.*, p. 27.

§ 1º Extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora de que trata o *caput* deste artigo e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão previsto no *caput* do art. 21. (Incluído pela Lei n. 12.470, de 2011).

§ 2º A contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício.

Dessa maneira, o benefício de prestação continuada não deixará de ser pago na hipótese do desemprego posterior, condição que certamente inibia a opção pelo trabalho e o posterior risco do desemprego.

Finalmente e de modo fundamental para o caso dos autos, deve ser apontada a disposição do art. 93 da Lei n. 8.213/91⁽⁴⁾, que obriga a contratação de pessoas com deficiência por parte de empresas com mais de 100 empregados, estabelecendo os percentuais de seus quadros a serem preenchidos.

(4) 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.

§ 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.

Obviamente, a leitura desse comando infraconstitucional deve considerar a reconfiguração do ordenamento jurídico, trazida com a Emenda Constitucional/Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, especialmente no que diz respeito aos conceitos já apontados daquilo que vem a ser o deslocamento da localização da deficiência e a própria pessoa com deficiência.

Significa dizer, de outro modo, que não basta à empresa o oferecimento daquelas vagas, mas deve também atuar na eliminação das deficiências do seu próprio ambiente de trabalho, com vistas à concretização dos direitos estampados no texto da Convenção.

2.2. A realidade socioeconômica do acesso ao trabalho da pessoa com deficiência

As demandas judiciais que tratam da inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho usualmente contêm referências a respeito de algumas dificuldades no preenchimento da cota prevista no art. 93 da Lei n. 8.213/91.

Para contribuir na análise do presente caso, a partir do último Censo Demográfico publicado pelo IBGE⁽⁵⁾, em 2010, ao tratar das características da população e incluindo as pessoas com deficiência, três aspectos serão destacados: o percentual da população com tais atributos; a alfabetização e escolaridade; o nível de emprego.

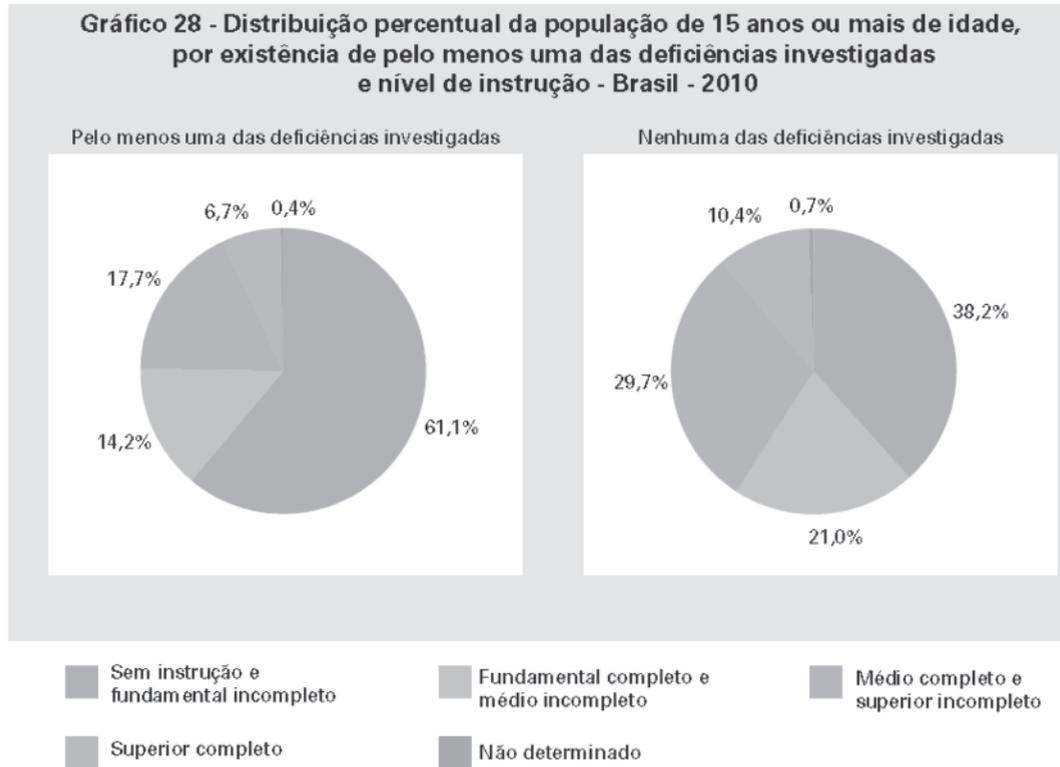
A pesquisa já considerou o novo conceito da pessoa com deficiência tratado na presente decisão.

O conceito de deficiência vem se modificando para acompanhar as inovações na área da saúde e a forma com que a sociedade se relaciona com a parcela da população que apresenta algum tipo de deficiência. Dessa forma, a abordagem da deficiência evoluiu

(5) IBGE. Censo Demográfico 2010: *Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência*. Rio de Janeiro: 2010. p. 71-88.

do modelo médico — que considerava somente a patologia física e o sintoma associado que dava origem a uma incapacidade — para um sistema como a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade

mas o nível de instrução, quando comparado com a população sem deficiência, mostra uma maior diferença, especialmente dentre aqueles sem instrução e ensino fundamental incompleto.



Fonte: IBGE. Censo Demográfico 2010.

e Saúde — CIF, divulgada pela Organização Mundial da Saúde — OMS (*World Health Organization* — WHO) em 2001, que entende a incapacidade como um resultado tanto da limitação das funções e estruturas do corpo quanto da influência de fatores sociais e ambientais sobre essa limitação.⁽⁶⁾

Conforme a investigação do IBGE, o percentual de pessoas com pelo menos uma das deficiências investigadas (visual, auditiva e motora, mental ou intelectual), na faixa entre 15 e 64 anos, que interessa para o presente caso, compreende 24,9% da população. No Sul do Brasil, 88,1% do referido grupo é alfabetizada,

O Censo aponta que o nível de ocupação dentre aqueles que foram identificados com algum tipo de deficiência é de 46,2%, ou seja, mais de 50% da população nessas condições está desempregada.

Quando se compara essa realidade com o dispositivo legal que trata das cotas exigidas para contratação das pessoas com deficiência, inegável reconhecer que não há qualquer exagero. Além disso, a proporção alcança maior evidência quando existir exigência por trabalhadores com menor qualificação, decorrente do seu grau de escolaridade.

Apesar do consenso quanto à necessidade de mais políticas públicas nessa área, por exemplo, educacional (formação e orientação)

(6) *Op. cit.*, p. 71.

e infraestrutura urbana para eliminação de obstáculos (deficiências ambientais), a realidade estatística deixa evidente que a atuação dos empregadores não ocorre como deveria.

2.3. O tratamento do tema pelos Tribunais do Trabalho

Os Tribunais do Trabalho têm analisado inúmeros casos que tratam do cumprimento do art. 93 da Lei n. 8.213/91, com decisões que variam desde o reconhecimento da ausência de cumprimento da obrigação e imposição de multa ou indenização por dano moral coletivo, até outras que terminam por afastar a pretensão, reconhecendo os esforços do empregador e a ausência de candidatos ao emprego.

As ementas a seguir servem para indicar tais situações:

INDENIZAÇÃO POR DANO IMATERIAL COLETIVO — RESPONSABILIDADE CIVIL — EVOLUÇÃO JURÍDICA — DESENVOLVIMENTO DE CATEGORIAS APTAS A LIDAR COM VIOLAÇÕES DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS — REPARAÇÃO DE LESÃO OFENSIVA AOS VALORES FUNDANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 — NÃO PREENCHIMENTO DAS VAGAS RESERVADAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA — ART. 93 DA LEI N. 8.213/91 — OFENSA A DIREITO DIFUSO — DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE MATERIAL — EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. A evolução das concepções jurídicas acerca da responsabilidade civil, que caminha desde o reconhecimento restrito do dano material, passando pela admissibilidade do dano moral individual, até o reconhecimento, à luz dos marcos da Constituição Federal de 1988, da necessidade de reparação da coletividade, quando atingidos, por meio de conduta ilícita, valores assentados na Carta de 1988 e que detém titularidade transindividual, torna imperativa a afirmação do direito à reparação por dano imaterial coletivo, que, de forma tecnicamente inadequada vem sendo denominado dano moral coletivo. É importante que se ressalte que, assim como a denominação, que se refere aos direitos de

natureza individual, os pressupostos para o reconhecimento da responsabilidade em razão dessa espécie de dano são diversos, revelando a insuficiência dos paradigmas do direito liberal clássico para lidar com as novas categorias jurídicas transindividuais. Nesse contexto, resulta incabível perquirir, na conduta da ré no caso concreto, a existência de incômodo moral com gravidade suficiente a atingir não apenas o patrimônio jurídico dos trabalhadores envolvidos, mas o patrimônio de toda a coletividade. O que releva investigar, no caso em tela, é a gravidade da violação infligida pela ré à ordem jurídica. A coletividade é tida por ofendida, imaterialmente, a partir do fato objetivo da violação da ordem jurídica. Assim, verificado nos autos que a ré, não obstante instada pelo Ministério Público do Trabalho a firmar termo de ajuste de conduta, resistiu por quatro anos em não cumprir a cota de portadores de deficiência prevista no art. 93 da Lei n. 8.213/91, descumprindo, injustificadamente, norma garantidora do princípio da igualdade material e da não discriminação das pessoas portadoras de necessidades especiais e, por conseguinte, furtando-se à concretização de sua função social, é devida a reparação da coletividade pela ofensa aos valores constitucionais fundamentais. Recurso de revista não conhecido. Processo: RR - 65600-21.2005.5.01.0072, Data de Julgamento: 6.6.2012, relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22.6.2012. TRT-PR-19-03-2010 AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. ÔNUS DA PROVA QUANTO AO DESCUMPRIMENTO VOLUNTÁRIO E INJUSTIFICADO DA OBRIGAÇÃO LEGAL PREVISTA NO Art. 93 DA LEI N. 8.213/1991. Cabe à empresa que possui cem ou mais empregados ofertar no mercado de trabalho a quantidade de vagas necessárias ao cumprimento da cota legal mínima prevista no art. 93 da Lei n. 8.213/1991, não lhe sendo lícito obrigar o portador de necessidades especiais habilitado ou reabilitado a aceitar o trabalho. Nunca é demais lembrar que a Constituição Federal veda a imposição de trabalho forçado, consoante interpretação que se extrai do seu art. 5º, incisos II (“ninguém será

obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), III (liberdade de exercício profissional, aí compreendido o direito de não trabalhar) e XLVII, alínea “c” (proibição de pena de trabalho forçado), além de tal fato constituir crime tipificado no Código Penal (art. 149 – “Redução a condição análoga à de escravo”). Diante desse contexto, demonstrado pela reclamada a sua atuação diligente na busca em cumprir a determinação prevista no art. 93 da Lei n. 8.213/1991, inclusive com implementação de projetos de capacitação e inclusão dos portadores de necessidades especiais no mercado de trabalho, caberia ao Ministério Público do Trabalho o ônus de indicar e comprovar especificamente ao menos uma hipótese em que a reclamada teria sido recalcitrante em cumprir sua obrigação legal negando, injustificadamente, a contratação de portador de necessidades especiais habilitado ou reabilitado que tenha se candidatado a uma vaga de emprego ofertada pelas cotas estabelecidas no aludido comando legal. Somente assim poderia se configurar a negligência voluntária da reclamada em cumprir a determinação legal, de modo a justificar a intervenção do Poder Judiciário para impor o cumprimento de obrigação de fazer conforme postulado. Recurso ordinário conhecido e desprovido. TRT-PR-00912-2008-669-09-00-8-ACO-08606-2010 – 3ª TURMA. Relator: Altino Pedrozo dos Santos. Publicado no DJPR em 19.3.2010.

O que se observa nestas decisões tipo ou *standards* é a análise do caso a partir da conduta das partes, tão somente, limitando-se à entrega de uma solução de viés ressarcitório que atua voltada para o passado. Vale dizer, a empresa pode ser condenada ao pagamento de uma multa por não ter cumprido a legislação indicada ou pode ser absolvida da multa por demonstrar a impossibilidade de cumprir a mesma legislação. Todavia, o que importa analisar é a melhor maneira de dar efetividade ao comando legal, mormente quando amparado em norma constitucional, com franca motivação para efetividade dos direitos fundamentais.

Dito de outro modo, a decisão que absolve determinado empregador, apenas analisa sua

conduta pretérita e não inibe outras ações dos órgãos de fiscalização ou tem o poder de oferecer salvo-conduto para o futuro. No sentido inverso, a decisão que impõe multas, apenas oferece punição por conduta já demonstrada, mas não atua de modo a propor soluções para depois. Claramente há necessidade de se também perseguir tutelas mais específicas, independentemente das decisões tipo mencionadas, que continuam sustentáveis quando analisam a conduta do responsável pela obrigação, entretanto, a questão de fundo continua sem resposta.

2.4. A audiência pública

Nos termos do despacho de fl. 339 foi convocada audiência pública com o objetivo de serem ouvidas pessoas com experiência e reconhecida autoridade na matéria posta em discussão. O objetivo era o esclarecimento de questões fáticas, técnicas (não jurídicas), científicas, econômicas e sociais relativas ao fenômeno da inclusão no ambiente de trabalho das pessoas com deficiência, e especialmente em relação à alegação da falta de trabalhadores que preencham as exigências do art. 93 da Lei n. 8.213/91 e art. 36 do Decreto n. 3.298/99.

As partes foram instadas a indicar os atores sociais que entendessem necessários e diversos convites foram enviados pelo próprio Juízo (fl. 393/493), além de ampla divulgação realizada na página deste Tribunal na Internet⁽⁷⁾ e em outros canais de notícias⁽⁸⁾. Foram ouvidas nove pessoas que atenderam ao convite⁽⁹⁾, comparecendo em nome próprio ou na condição de representantes de entes privados e públicos,

(7) Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/noticia_crudman.do?evento=Editar&chPlc=2484490> Acesso em: 28 jun. 2013.

(8) Exemplo, disponível em: <<http://economia.terra.com.br/terra-da-diversidade/justica-discute-inclusao-de-deficientes-em-vagas-de-trabalho,b888b920548da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>> Acesso em: 28 jun. 2013.

(9) Notícia sobre o resultado da audiência, disponível em: <<http://www.amatra9.org.br/?p=4195>> Acesso em: 28 jun. 2013.

cujas declarações constam de registro audiovisual indicado nos autos digitais.

São elas:

1. Ana Maria Machado da Costa: Auditora Fiscal do trabalho — Ministério do Trabalho e Emprego e Coordenadora do Projeto Inclusão de Pessoas com Deficiência no Trabalho — SRTE/FS.
2. Benildes Vieira: Gerente de Recursos Humanos do Grupo Risotolândia.
3. Diego de Lima: estudante.
4. Elianes Klein: representante da Epheta — Instituição Especializada na área da surdez/deficiência Auditiva.
5. Neide Tsukamoto: representante da Epheeta — Instituição Especializada na área da surdez/deficiência Auditiva.
6. Miguel Gualano de Godoy: Assessor Especial para Integração da Pessoa com Deficiência da Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos.
7. Ivy Karla Abadde: representante da UNILEHU — Universidade Livre para Eficiência Humana.
8. Flávia Cintra Campillo: jornalista.
9. José Simão Stczaukoski: Supervisor Técnico do Programa de Inclusão à Pessoa com Deficiência da Secretaria de Estado do Trabalho, Emprego e Economia Solidária.

Os depoimentos trouxeram rica contribuição para melhor compreensão social do tema e deixaram evidentes algumas questões. Os destaques ficaram por conta do ainda grande desconhecimento da temática, seja no âmbito jurídico, seja na âmbito social propriamente dito, de modo a resultar em discriminação e contribuir para a exclusão. Embora existam importantes políticas públicas voltadas à inclusão da pessoa com deficiência, não foi possível reconhecer atuação maciça dos poderes públicos com esse objetivo.

Importante material contido no relato de fls. 502/510 e que foi objeto do depoimento

da auditora fiscal do trabalho, Ana Maria Machado da Costa, expõe o Projeto de inclusão de pessoas com deficiência na Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Rio Grande do Sul. O documento aponta para a complexidade do tema e elege de maneira clara os dois pilares para atuação das empresas na contratação de pessoas com deficiência: promoção da acessibilidade e combate à discriminação.

A acessibilidade é comumente associada às adequações arquitetônicas, entretanto envolve várias outras dimensões. A comunicação acessível, por exemplo, é um elemento indispensável para o processo de inclusão laboral e, para tanto, os procedimentos internos da empresa (integração, manuais, murais, sistemas de alerta, entre outros) precisam ser adequados de forma a contemplar todos os tipos de deficiência. A língua de sinais é indispensável para o trabalhador surdo, assim como o material em Braille, a comunicação tátil, os caracteres ampliados e o leitor de telas são fundamentais para os deficientes visuais. Os dispositivos de multimídia são importantes para várias das pessoas com deficiência física com comprometimento de fala e motor. A acessibilidade na comunicação também supõe a linguagem simples, escrita e oral, para a inclusão de pessoas com deficiência intelectual.

Acessibilidade, além disso, significa o emprego de procedimentos especiais, tais como a adoção de jornada de trabalho flexível, e a utilização de apoios especiais como a orientação, a supervisão e as ajudas técnicas. Esses procedimentos são essenciais para a compensação das limitações funcionais, motoras, sensoriais ou mentais do trabalhador deficiente.

Sem essas adaptações, não se pode falar de ambientes de trabalho seguros e igualitários. Na ausência da acessibilidade, é a pessoa que deve se adaptar ao perfil da empresa,

o que sem dúvida exclui grande parte das pessoas com deficiência e se contrapõe à razão de ser da Lei de Cotas.

Em momento algum foi possível deduzir que não existam pessoas com deficiência desempregadas, mas que sua exclusão do mundo do trabalho decorre fundamentalmente das dificuldades de acesso aos ambientes de trabalho e da discriminação, produzida principalmente pelo desconhecimento da realidade social e jurídica que orienta o tema. As positivas experiências de empresas (exemplo Risotolândia) e de entidades não governamentais (exemplo UNILEHU e EPHETA), demonstram que uma postura adequada e proativa faz toda diferença na solução do problema.

2.5. O caso concreto e sua decisão sobre as cotas

O Réu sofreu fiscalização da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego, na qual constatou-se que possuía 501 empregados e apenas 03 com deficiência ou reabilitados. Conforme a petição inicial (fl. 3):

O Ministério Público do Trabalho instaurou a Representação n. 000647.2010.09.000/4 para apurar a prática, pela empresa ré, de discriminação consistente no não cumprimento da legislação referente à cota para trabalhadores com deficiência e reabilitados, com base no relatório de inspeção da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Paraná, encaminhado a esta Procuradoria pelo Ofício n. 0223/2010/SEIT/SRTE/PR.

De acordo com tal documento, a empresa possuía, na época da fiscalização, 501 empregados, sendo apenas 03 com deficiência ou reabilitados. Para cumprimento da cota, esse número deveria ser de 20 trabalhadores. Na ocasião da fiscalização, a ré negou-se a aceitar prazo para regularização do ilícito.

O Autor também informa que o Réu negou-se a formalizar termo de ajustamento de conduta sob o argumento de realizar todos os esforços para cumprir a cota legal, mas não

tem obtido sucesso. O auto de infração foi elaborado em 8.10.2009 (fl. 28).

Em sua defesa, o Réu argumenta ser ônus do INSS demonstrar a existência de pessoas aptas às funções existentes na empresa e atribui ao Ministério Público a mesma responsabilidade. Sustenta, com fundamento no já mencionado art. 93 da Lei n. 8.213/1991, na Portaria MPAS n. 4.677/1998, Resolução INSS n. 630/1998 e pela OS-Conjunta INSS/DAF/DSS n. 90/1998, que não restaram comprovadas as seguintes situações (fls. 86):

- 1) A demonstração de quais funções do quadro da empresa podem ser preenchidas por trabalhadores reabilitados ou portadores de deficiência física ou mental, habilitados para desempenho de atividade laboral;
- 2) A indicação de que a empresa efetivamente vem preenchendo essas vagas com trabalhadores que não possuem deficiência;
- 3) A indicação de como o provimento judicial pode resguardar situações futuras, ou seja, quais as funções que, desocupadas, deveriam ser providas apenas por trabalhadores com deficiência e como haveria de ser feito o recrutamento desses trabalhadores; e,
- 4) A prévia participação administrativa da Previdência Social no processo investigativo realizado pelo Ministério Público do Trabalho, assim como na presente ação civil pública.

Enfatiza que tem ofertado vagas para trabalhadores com deficiência, mediante solicitação formal junto à Secretaria Estadual do Trabalho, Emprego e Promoção Social, agência de empregos, além de contatos com as entidades que atuam na área. Menciona que existe alta demanda por trabalhadores com deficiência habilitados e há falta de candidatos para preencher as exigências da lei. Cita o caso de uma empregada sua que conseguiu recolocação profissional em situação salarial mais vantajosa, justamente em razão da situação da demanda.

O Réu também sustenta que atua em segmento que exige grande especialidade, a maioria vendedores, não encontrados nas entidades que trabalham com pessoas com deficiência. Sustenta que não tem condições de admitir pessoas sem as mínimas qualificações. A defesa sugere que o Ministério Público do Trabalho postula, mas não indica como alcançar o número informado no texto legal.

A síntese desses argumentos está na fl. 88 dos autos:

Como acima referido e comprovado pelos documentos anexos, a ré não vem logrando cumprir o determinado pela legislação, não por sua deliberada intenção, não tendo tampouco assumido comportamento recalcitrante ou discriminatório, mas sim pela impossibilidade material de preencher a cota mínima necessária.

Assim, reitera a ré que não por sua vontade, mas por notória dificuldade que as empresas, de um modo geral, têm encontrado no cumprimento do propósito estabelecido pela lei, em face da escassez da mão de obra qualificada por parte dos portadores de deficiência, não tem alcançado sucesso no preenchimento das demais vagas disponibilizadas.

Ora bem, na forma em que se apresenta a Lei n. 8.213/1991, não é possível simplesmente inserir o trabalhador na empresa, mas sim, observar a devida inserção, ou seja, alocá-los em atividade e local adequados ao efetivo desempenho de sua atividade, resguardada a peculiaridade da sua deficiência.

Por fim, o Réu entende que cumpre ao Estado ofertar a criação de programas de qualificação profissional para facilitar a inserção de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, nos termos dos arts. 208, III e 227, § 1º, II, da Constituição da República.

A prova documental demonstra que o Réu celebrou contrato de prestação de serviços de recrutamento e seleção para preenchimento de quadro funcional com a Associação dos

Deficientes Físicos do Paraná (fl. 131), datado de 17.9.2009, entretanto, não apresenta qualquer evidência de que tal parceria tenha produzido resultados.

No período compreendido entre janeiro de 2006 e setembro de 2007 o Réu encaminhou correspondências em frequência praticamente mensal à Secretaria do Trabalho (agência do trabalhador) ofertando vagas (fls. 134/174). O mesmo ocorreu entre julho e outubro de 2010 (fls. 175/178). Nesse último período havia seis candidatos para vagas de auxiliar de estoque e auxiliar de administração, mas a informação é de que nenhum compareceu (fl. 176). No primeiro período mencionado, uma das vagas ofertadas, recepcionista, indica que o candidato “não poderá utilizar cadeira de rodas, não ter dificuldade de manuseio, ter boa dicção” (fl. 160).

No curso do processo o Réu apresentou novos documentos indicando que continuou ofertando vagas no ano de 2012 (fls. 514, 593 e 624). No mesmo período também ocorreram contratações (fls. 562/581, 593 e 641), bem como a redução do número de empregados, conforme o CAGED, para 497 (fl. 592). Com tais documentos, o Réu busca demonstrar que não tem medido esforços na busca das contratações, mas que existem dificuldades para concretizá-las e escassez de mão de obra.

O Réu também ouviu uma testemunha, Jéssica Freitag de Mello, que ratificou os esforços na contratação de empregados com deficiência, por intermédio de ofícios ao SINE (agência do trabalhador), a busca de currículos no banco nacional de currículos, contatos com o INSS na área de reabilitados e uma escola específica (Escola Primavera).

Narrou a testemunha que recebiam candidatos, sem grande volume, mas de modo constante. A falta de interesse dos candidatos, conforme a testemunha, decorria da ausência de interesse pela vaga, especialmente no tocante aos salários e horários, pois para algumas vagas é necessário trabalhar até a noite e em

domingos. Disse também que o Réu mudou sua postura a partir de 2010, com a contratação de nova pessoa responsável pela área de RH, que adotou uma proposta “pro ativa”.

Em razão de sua experiência na área, afirmou que existem dificuldades para contratação em razão da qualificação exigida e certa rotatividade por conta de propostas para melhores salários. Quanto à qualificação para o trabalho no Réu, a testemunha disse que os requisitos exigidos eram mínimos, em razão do tipo de vaga ofertada.

Quanto às condições para o trabalho das pessoas com deficiência, a testemunha afirmou que não houve proposta de mudança, por exemplo, para supressão dos domingos. Além disso, mencionou que o espaço de trabalho na área de produção não está adaptado para cadeirantes.

A análise dos documentos também tornou evidentes algumas questões: quando o Réu intensificou seus esforços para contratação, no curso do processo, efetivamente isso ocorreu, embora sem atingimento da cota legal; há casos curiosos de não aceitação do candidato em razão do preenchimento da vaga, mas não existe informação de que tivesse sido preenchida por alguém em condições semelhantes ou verificado alcance efetivo da cota, o que efetivamente não ocorreu (ex. fls. 545 e 551); em caso de preenchimento de cargo de auxiliar de almoxarifado, há informação de não preenchimento da vaga por não atendimento das exigências da empresa, mas não se sabe quais seriam (ex. fl. 550); finalmente, conforme documentos de fls. 671/712, há indicação do recebimento de currículos de 13 candidatos que não compareceram e um outro que não se interessou pois já estava trabalhando.

Diante dos argumentos trazidos pelo Réu e da prova produzida, observo que o caso dos autos é um retrato próximo da realidade social mostrada na audiência pública e na pesquisa demográfica. Resta evidente a dificuldade de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Não será possível alcançar

êxito nessa área sem uma atuação efetiva do Estado, não apenas da produção de políticas públicas adequadas, mas de modo firme na busca por medidas que levem as empresas a efetivamente contribuírem com sua parcela de responsabilidade.

A livre-iniciativa não está dissociada do valor social do trabalho, na condição de fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV, da Constituição da República). São esses fundamentos que permitem o alcance dos objetivos da República, dentre eles a solidariedade, a redução de desigualdades sociais e a promoção do bem comum sem discriminação (art. 3º, I, III e IV, da Constituição da República). O Judiciário, como um dos poderes, não está imune a tais fundamentos e objetivos, razão pela qual não pode furtar-se de decidir conforme tais parâmetros.

Quanto aos argumentos traçados pelo Réu, inicialmente observo que as disposições contidas na Portaria MPAS n. 4.677/1998, Resolução INSS n. 630/1998 e pela OS-Conjunta INSS/DAF/DSS n. 90/1998, não ensejam a conclusão proposta, especialmente quando afirma que o INSS deveria ter participação administrativa no processo investigativo do Ministério Público do Trabalho. Referidas regras tratam unicamente de procedimentos a serem adotados pela própria autarquia, em situações de fiscalização, sem qualquer vinculação ao Autor da demanda, que tem a legitimidade e autonomia para o inquérito civil e para a ação civil pública. Não cabe ao Ministério Público do Trabalho indicar quais vagas devem ser preenchidas ou a melhor maneira de fazê-lo, mas efetivamente exigir o cumprimento da legislação acerca do tema.

A alegação de que o segmento de atuação exige grande especialidade não restou evidenciada, pois não é essa a realidade estampada nas correspondências que ofertam as vagas. Quanto à ausência de pessoas com a qualificação profissional exigida, o depoimento da testemunha do Réu e as referidas correspondências

demonstram que não há grande exigência de experiência para os cargos pretendidos. Não se pode confundir qualificação profissional com grau de escolaridade. Por essa razão, não é motivo para deixar de cumprir a previsão legal a mera invocação das disposições dos arts. 208, III e 227, § 1º, II, da Constituição da República.

Sobre o procedimento adotado pelo Réu para a oferta de vagas, duas questões restaram evidentes: a intensificação de seu trabalho para atender tal demanda nem sempre foi evidente, limitando-se a mero envio de correspondências ao órgão estatal que trata do oferecimento de vagas; o aumento das contratações, mas sem o alcance efetivo da cota mínima, ocorreu após atuação da Fiscalização do Trabalho, do Ministério Público e da existência da presente demanda. Os procedimentos adotados pelo Réu também deixam claro que os candidatos com deficiência concorrem às vagas em condições de desigualdade, pois os espaços de trabalho não estão todos preparados para recebê-los adequadamente.

Por fim, considero que o número de vagas ofertadas e a ausência de candidatos ou suas desistências não favorecem a tese do Réu.

Conforme evidenciado na audiência pública realizada e na pesquisa estatística, a exclusão do mercado de trabalho é marcada pela ausência de um ambiente socialmente preparado para acolher as pessoas com deficiência. O próprio ambiente contém deficiências que impedem o acesso ao trabalho. Não se trata apenas do alcance de um certo número mínimo escolhido pelo legislador, mas da efetiva ausência de atuação para tornar o meio ambiente de trabalho livre de obstáculos físicos e sociais.

A significativa alteração trazida pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, elevada ao *status* de Emenda Constitucional, exige nova postura no cumprimento da legislação ordinária. Para o caso dos autos é importante repetir a disposição de seu art. 27, que reconhece o “direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades

com as demais pessoas”, em “ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência”. Dito de outro modo, a empresa deve agir na promoção da acessibilidade e combate à discriminação.

Diante dessas evidências, considero que a atuação do Réu tem sido limitada e insuficiente, não apenas para cumprir a legislação, mas também no sentido de transformar seus ambientes de trabalho em espaços inclusivos e acessíveis às pessoas com deficiência. A contratação será um corolário do preenchimento dessas condições. De igual modo, restou evidente que sua postura recalcitrante apenas foi alterada quando instada pela atuação estatal.

Considerando a disposição contida no Art. 4, item 1, alínea “e” da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que impõe ao Estado o compromisso de “assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência” e nesse sentido tomarem as medidas “apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada”.

Considerando o disposto nos arts. 287 e 461 e parágrafos do CPC, especialmente quanto à orientação do *caput* desse último, que implica a busca pelo “resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

Decido:

1) O Réu deverá tornar sua estrutura totalmente acessível às pessoas com deficiência, com a eliminação de barreiras que impeçam tal condição, ou seja, com a retirada das suas próprias deficiências. Para tanto, observará como parâmetros as definições contidas no art. 2º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: comunicação, língua, não discriminação, adaptação razoável e desenho universal. O cumprimento dessa determinação compreenderá os seguintes aspectos:

a) Adaptar ou reformular, no que tange às barreiras físicas, todos os seus espaços de trabalho, tais como, áreas administrativas, lojas, área de produção, bem como equipamentos. Prazo: 24 meses;

b) Promover campanha interna direcionada a todo o seu quadro funcional e fornecedores com vistas a superar preconceitos e esclarecer os objetivos da referida Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Prazo: 6 meses;

c) Tornar a página de acesso na Internet e material promocional acessíveis às pessoas com deficiência visual e compreensível para linguagem dos sinais. Prazo: 6 meses;

d) Deixar de promover a concorrência de vagas entre pessoas com e sem deficiências, especialmente quando seus ambientes de trabalho e as condições ofertadas não favorecem àquelas, de modo a efetivamente existir condições de emprego sem discriminação. Prazo: imediatamente;

e) Elaborar e implementar plano para efetiva contratação de empregados com deficiência que atenda às mínimas exigências para tanto, especialmente nos aspectos relacionados à locomoção e horários de trabalho diferenciados, quando sua condição assim exigir. Prazo: 3 meses.

Para cumprimento dessas determinações, com o trânsito em julgado da presente decisão, o Réu deverá apresentar projeto detalhado no prazo de 60 dias, quanto às determinações dos itens a, b, c, e. Os prazos fixados terão início após a homologação do projeto pelo Juízo. A análise da pertinência do projeto e de seu cumprimento serão promovidos por um ou mais profissionais a serem nomeados pelo Juízo, conforme critérios a serem definidos no momento do cumprimento da sentença.

O não atendimento de quaisquer das determinações implicará na imposição de multa diária no valor de R\$ 1.000,00. Conforme os §§ 4º e 6º do art. 461 do CPC, a qualquer tempo a multa

poderá ser revista tanto no seu valor como na sua periodicidade, sem prejuízo de outras medidas que visem o resultado útil pretendido para a obrigação, nos termos do § 5º e do *caput* do mesmo art. 461.

As características das ações coletivas de tal natureza não se submetem completamente à regra do art. 460, parágrafo único do CPC, pois visam precipuamente fixar condutas para o futuro e, portanto, estabelecem algum tipo de condição, como bem demonstram as disposições do art. 461 do mesmo código.

As multas impostas, quando cobradas, reverterão em favor do Fundo de Amparo do Trabalhador — FAT.

2.6. Manutenção do nível de emprego

Sobre a pretensão que trata da vedação de dispensa de empregado com deficiência sem a contratação de substituto, nos termos do § 1º, do art. 93 da Lei n. 8.213/91, o Réu argumenta que a regra não trata de estabilidade no emprego, como pretende o Ministério Público do Trabalho. Argumenta que a pretensão é condicional, o que seria vedado pelo ordenamento jurídico, nos termos do art. 460, parágrafo único do CPC. Invoca para tanto, o poder potestativo que o empregador tem de resilir o contrato de trabalho e autonomia da vontade dos próprios empregados, no sentido de não ser constrangido a manter vínculos de empregos.

Sobre as características da ação civil pública e o objeto tutelado, inegável a possibilidade de pronunciamento do Juízo, conforme já salientado no tópico anterior.

Diz o §1º do art. 93 da Lei n. 8.213/91:

§ 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 clareza da disposição legal é inegável. Somente ocorrerá a dispensa do empregado

com deficiência na hipótese de contratação de substituto em condição semelhante. Nesse sentido, o Réu deve abster-se de tal prática.

O não atendimento de tal regra implicará em multa diária no valor de R\$ 1.000,00, até a efetiva contratação de substituto, revertida em prol do Fundo de Amparo do Trabalho – FAT.

2.7. Âmbito de eficácia da sentença.

Art. 16 da Lei n. 7.347/85

O Réu sustenta que os limites da presente decisão devem observar a atual redação do art. 16 da Lei n. 7.347/85, dada pela Lei n. 9.494/97. Conforme indica sua página na Internet⁽¹⁰⁾, o Réu possui lojas em algumas cidades do Estado do Paraná e na cidade de Joinville, no Estado de Santa Catarina. Sua tese, entretanto, não deve prevalecer, por vários motivos.

Do ponto de vista lógico a disposição invocada deve ser afastada, pois o art. 93 da Lei n. 8.213/91 não estabelece qualquer divisão de estabelecimentos para o empregador e dispõe de modo genérico para o atendimento da cota. A tutela coletiva não pode ser dividida, sob o risco de tornar a sua concretude algo impossível.

A redução dos efeitos da tutela coletiva afronta o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição da República, pois impede o controle jurisdicional para além dos limites de determinada jurisdição territorial. Com efeito, a coisa julgada não está restrita à competência territorial do prolator da decisão, pois esta tem o mero efeito de organização da atividade judiciária que não se confunde com o pleno exercício da jurisdição.

Assim, os efeitos da presente decisão devem atingir todos os estabelecimentos do Réu, independentemente de sua localização.

2.8. Dano moral coletivo

Por conta da conduta do Réu, no sentido de não dar efetividade à legislação que trata do

(10) Disponível em: <<http://www.bergerson.com/empresa/>> Acesso em: 28 jun. 2013.

acesso ao trabalho da pessoa com deficiência, o Ministério Público do Trabalho postula pagamento de indenização para reparação de dano moral coletivo.

O dano moral coletivo ocorre quando são lesados interesses de indivíduos enquanto membros de um grupo determinado e está fundado no art. 1º, da Lei n. 7.347/85 e art. 6º, VI e VII, do CDC. A jurisprudência, por sua vez, tem caminhado no sentido de pacificar o conceito ou possibilidade de reconhecimento da existência de dano a interesses transindividuais.

No caso em tela, o comportamento do Réu até antes do ajuizamento da presente demanda mostrou-se ineficiente e com descaso à legislação que trata do tema objeto da lide, deixando de atuar no sentido de permitir o acesso de pessoas com deficiência ao mercado de trabalho.

A ofensa implica violação aos princípios contidos no texto da Constituição, amplamente mencionados no corpo da presente decisão e também à organização do trabalho.

Cabível para o caso dos autos, desse modo, a condenação no pagamento de indenização para reparação de dano moral coletivo, cujo critério é o preventivo-precautório⁽¹¹⁾ e deve corresponder ao montante de R\$ 100.000,00.

Os critérios de incidência da atualização monetária e juros devem considerar o entendimento da Súmula 439 do TST.

O valor deverá ser destinado ao Fundo de Amparo ao Trabalhador — FAT, com fundamento no art. 13, da Lei n. 7.347/85.

Defiro nestes termos.

Dispositivo

Rejeito a preliminar arguida e, no mérito acolho a pretensão deduzida pelo Ministério Público do Trabalho para condenar o Réu,

(11) MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 263.

Bergerson Joias e Relógios Ltda. no cumprimento das obrigações deferidas nos termos da fundamentação, integrante deste dispositivo para todos os fins de direito.

Os critérios para cumprimento das obrigações também constam da fundamentação.

Cumpra-se.

Custas pelo Réu, calculadas sobre o valor arbitrado à condenação de R\$ 300.000,00, no importe de R\$ 6.000,00.

Intimem-se as partes.

Curitiba, 28 de junho de 2013.

Bráulio Gabriel Gusmão

Juiz Titular de Vara do Trabalho

1ª Vara do Trabalho de Rio Verde – GO

Processo: 0002212-39.2012.5.18.0101

Autores: Gustavo Lopes Couto (Rep. Ivone Lopes da Costa)

Maycon Lopes Couto (Rep. Ivone Lopes da Costa)

Antônio Uiris do Couto

Requeridas: Agropecuária Primavera Ltda.

Vale do Verdão S/A. Açúcar e Álcool

Aos 25 (vinte e cinco) dias do mês de agosto de 2013, às 17h05min, na sede da 1ª Vara do Trabalho de Rio Verde-GO o MM Juiz do Trabalho Substituto Celismar Coêlho de Figueiredo realizou audiência de julgamento da ação de reparação por danos decorrentes de acidente do trabalho proposta por Gustavo Lopes Couto, Maycon Lopes Couto, ambos representados por sua genitora, Sra. Ivone Lopes da Costa, e Antônio Uiris do Couto em face de Agropecuária Primavera Ltda. e Vale do Verdão S/A. Açúcar e Álcool, ocasião em que foi proferida a seguinte SENTENÇA:

I – Relatório

Gustavo Lopes Couto, Maycon Lopes Couto, ambos representados por sua genitora, Sra. Ivone Lopes da Costa, e Antônio Uiris do Couto, qualificados na petição inicial, propõem ação de reparação de danos decorrentes de acidente do trabalho em face de Agropecuária Primavera Ltda. e Vale do Verdão S/A. Açúcar e Álcool, alegando que as pretensões são originárias do acidente de trabalho que levou a óbito Adilon Rodrigues do Couto, pai do 1º e 2º Requerentes e irmão do 3º Autor.

Narram os Autores que o *de cujus* foi admitido pelo grupo empresarial demandado em 7.1.2011, para exercício da função de borracheiro, percebendo como salário mensal médio o valor de R\$ 1.063,85.

Afirmam que no dia 07.09.2011, por volta das 17h30min, Adilon Rodrigues do Couto, pais dos dois primeiros Requerentes e irmão do terceiro Demandante, foi, por determinação das Requeridas averiguar a notícia de que semoventes estariam morrendo em um dos locais onde são depositados resíduos de caldeira. Afirmam que o *de cujus* caiu e foi sorvido pelo material, sofrendo queimaduras de 3º grau em quase todo o corpo, causando-lhe, em 14.9.2011, a morte.

Acrescem que os resíduos são tóxicos e estão depositados sem autorização ambiental, sem placas de advertência para o perigo que oferecem à vida dos trabalhadores, dos habitantes da região e ao meio ambiente.

Discorrem os Autores acerca dos riscos do local do acidente, bem como afirmam ser a 1ª Requerida culpada pelo acidente que vitimou o *de cujus*. Sustentam ainda que a empregadora não prestou assistência ao empregado falecido, após o funesto evento (fls. 18/20).

Vindicam a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, lastreada na teoria do risco criado, fundada em princípio de equidade, segundo a “*premissa de que todo aquele que lucra com uma determinada situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens de decorrentes*” (fls. 21).

Asseveram ser aplicável ao caso os comandos do art. 927, Parágrafo único do CC/2002 por exigir do empregado falecido “a prestação de serviços em ambiente que oferece um risco superior àquele inerente à vida moderna, ao qual está submetida a generalidade dos trabalhadores, exatamente porque o seu regular desenvolvimento, além dos riscos comum a todos, oferece ainda riscos específicos não presentes no cotidiano de trabalho da maioria dos trabalhadores [...]” (fls. 24). Destacou a inicial.

Sucessivamente asseveram que “pesa sobre a reclamada o peso da culpa, na modalidade NEGLIGÊNCIA, na medida em que restou incontroverso que obreiro sofreu acidente de trabalho no desempenho de suas funções, tendo à reclamada concorrido para o evento danoso com as seguintes condutas, omissivas ou comissivas” (fls. 23). Destacaram os autores.

Em decorrência, requer sejam as Requeridas condenadas solidariamente a pagar, aos autores, filhos do *de cuius*: a) pensão mensal vitalícia, a título de lucros cessantes, a ser paga de uma só vez (art. 950, Parágrafo único) ou, sucessivamente, na forma mensal, com a constituição de patrimônio para tal fim; b) indenização por danos morais; c) seja determinada às Requeridas a apresentação da apólice de seguro de vida e acidentes pessoais obrigatório, ou, o pagamento de indenização substitutiva. Ao irmão: a) indenização por dano material, decorrente do custeio das despesas de funeral que teve com o irmão; e b) indenização por danos morais (fls. 32/33).

Postulam, por fim, sejam comunicados os fatos aos órgãos competentes, para a apuração das infrações na forma do art. 653, da CLT, em especial ao Órgão ambiental.

Requerem os benefícios da justiça gratuita, além de honorários advocatícios sucumbenciais.

Deram à causa o valor de R\$ 1.112.378,60 (um milhão, cento e doze mil, trezentos e setenta e oito reais e sessenta centavos).

Juntaram instrumentos de mandatos e documentos (fls. 54/81 e 83/84).

Intimação eletrônica do Ministério Público do Trabalho — MPT (fls. 86).

As Requeridas foram regularmente notificadas (fls. 87/88, 89/90 e 91).

Manifestação do MPT, deduzindo requerimentos (fls. 92/93).

As Requeridas compareceram ao Núcleo de Conciliação (fls. 130/131), sendo a sessão adiada ante a ausência dos Autores pelas razões consignadas às fls. 130/131.

As Demandadas apresentaram contestação conjunta (fls. 145/167), alegando, inicialmente ilegitimidade passiva da 2ª Demandada.

Prosseguindo, sustentam a impossibilidade de inversão do ônus da prova e narram que “*no dia 7 de setembro de 2011, deixou o trabalho às 16.20 horas*” (fls. 147).

Alegam ainda que “*por volta das 16.40 horas, encontrou-se com GEFERSON SILVA DE OLIVEIRA e foram até a casa do colega de trabalho RAFAEL na cidade de Maurilândia, onde beberam duas cervejas. Em seguida, foram para a casa de uma prima de GEFERSON, onde tomaram mais duas cervejas*” (fls. 147).

Afirmam que “*na hora noticiada na inicial, ADILON não estava verificando a morte de semoventes. Estava bebendo com seus amigos*” (fls. 147). Destaques da defesa.

Acrescentam que “*por volta das 18.00 horas, ADILON saiu com destino a Santa Helena de Goiás, informando a GEFERSON que, por não ser habilitado, iria pela estrada de terra*” (fls. 148).

Asseveram que “*por volta das 18.12 horas parou sua moto no trevo de Turvelândia e entrou em uma fazenda à procura de um lugar para fazer suas necessidades fisiológicas*” (fls. 148).

Sustentam também que “*andando pelo local, desequilibrou-se (talvez pelo efeito do álcool), caiu no local em que se encontrava depositada torta de filtro, nela afundando seu corpo*” (fls. 148).

Asseveram que “*por volta das 18.20 horas, ele saiu do local em que se acidentara e entrou em contato por celular com GUSTAVO GOMES*”

DA SILVA narrando-lhe o sinistro, o qual, por sua vez, chamou o SAMU, que por volta das 18.30 horas socorreu ADILON, conduzindo-o ao Hospital de Urgências de Santa Helena de Goiás onde foi assistido por médicos competentes e de lá encaminhado para Goiânia, para atendimento especializado” (fls. 148).

Nessa quadra negam a ocorrência de acidente do trabalho e sustentam que o *de cujus*, no momento do acidente não estava a serviço das Requeridas.

Afirmam que a jornada de trabalho do falecido já havia sido encerrada havia duas horas e o que o acidente ocorrera por culpa exclusiva do *de cujus* que “embrenhou-se no mato à procura de um local para defecar, caindo na torta de filtro em processo de queima interna” (fls. 149).

Negam a ocorrência de morte de semoventes no local do acidente.

Refutam a natureza tóxica dos resíduos industriais, afirmando que estes são utilizados como adubo orgânico, sendo que se encontravam depositados na propriedade da 2ª Requerida, “invadida pelo trabalhador acidentado em busca de um local para sua defecção” (fls. 149).

Recham a aplicação da responsabilidade objetiva, asseverando não estarem presentes os requisitos legais de tal espécie de responsabilização, destacando que o *de cujus* era borracheiro pelo que “não pressupõe a existência de risco potencial à integridade física ou psíquica do obreiro” (fls. 150).

Refutam que o Autor estivesse a serviço das requeridas, sustentando que o litígio em apreço deve ser dirimido sob a óptica da responsabilidade civil subjetiva.

Sustentam não se encontrarem presentes no caso os requisitos do dever de indenizar, quais sejam: a) o ato ilícito; b) o dano; c) o nexo de causalidade entre o ato e o dano; d) o dolo ou culpa do agente causador do dano.

Avançando, alegam que “o trabalhador vitimado deu causa ao dano que sofreu, invadindo a propriedade da segunda reclamada à procura

de um local para defecar, depois de haver ingerido bebida alcoólica que por certo contribuiu para o seu desequilíbrio e queda sobre o material ali depositado” (fls. 154).

Combatem os valores pretendidos pelos Autores, alegando serem estes exagerados.

Postulam em eventual condenação a observância da idade máxima de 18 (dezoito) anos ou, antes de tal idade, caso ocorra alguma das causas de emancipação dos filhos do *de cujus*. Admitem, todavia, o pensionamento até os 25 anos, se tiver matriculado em curso superior, caso, comprovadamente, não possuírem condições de prover a subsistência com seu trabalho.

No que se refere à base de cálculo de eventual pensionamento invocam a adoção do salário do *de cujus*, deduzido de 1/3, com a qual, em vida, provia suas próprias necessidades. Impugnam o valor postulado de R\$ 608.522,20.

Asseveram que a pretensão de pagamento de eventual pensionamento, na forma do art. 950, Parágrafo único, do CC/2002 ocorre por arbitramento judicial, não pela soma das pensões mensais vincendas.

Refutam o requerimento de constituição de capital, sob o argumento de que “não há necessidade de imobilização de capital para assegurar o cumprimento da obrigação, posto que as reclamadas são empresas sólidas, pessoas jurídicas de direito privado com capacidade econômica, bastando, para o cumprimento de condenação (o que só se admite para argumentação) a inclusão dos beneficiários nas suas folhas de pagamento, nos termos do art. 475-Q, § 2º, do CPC” (fls. 164/165).

Combatem o pleito de ressarcimento de despesas apresentados pelo terceiro requerente por ausência de comprovação. Afirmam ainda que “as notas fiscais que instruem a inicial comprovam um gasto de R\$ 3.490,85, sendo de se observar que o documento de fl. 79 refere-se à mesma despesa quitada pelo recibo de fl. 81” (fls. 165).

Rebatem o requerimento de pagamento de seguro de vida, escudando-se no inciso II, do art. 22, da Lei n. 8.213/91.

Impugnam a pretensão de pagamentos de honorários advocatícios sucumbenciais, invocando a incidência das Súmulas ns. 219 e 329 e OJ n. 305, todas do C. TST.

Juntou instrumento de mandato, carta de preposição e documentos (fls. 169/225 e 227/248).

Os Autores depositaram em secretaria um CD com gravações de fotos e vídeos do local do acidente (fls. 254/262).

Os Requerentes impugnaram a defesa e documentos (fls. 263/285).

Realizada a audiência de instrução (fls. 286/288) adiada em razão de proposta de conciliação apresentada pelo Juízo, aceita pelos Autores, porém, não autorizada pelas Diretorias das Demandadas.

Na audiência de instrução em prosseguimento foi colhido o interrogatório do 3º Requerente, bem como o depoimento pessoal do preposto das Requeridas, além da inquirição de duas testemunhas apresentadas pelas Demandadas.

Não havendo outras provas a produzir, com razões finais por memoriais (fls. 299/308) pelas Requeridas, oportunidade em que as Requeridas arguíram a incompetência material desta Especializada para processar e julgar o feito.

Os Autores apresentaram suas razões finais (fls. 309/317).

Encerrada a fase probatória com a última proposta conciliatória prejudicada (fls. 318).

É este um sucinto relatório do feito. Decido.

II. – Fundamentos

2.1. – Das Preliminares

2.1.1. – Da Incompetência Material da Justiça do Trabalho

Ao apresentar suas razões finais, por memoriais, as Requeridas argüem a incompetência

material desta Especializada, sob o fundamento de que “o falecido, no momento do acidente NÃO ESTAVA A SERVIÇO DA EMPRESA, como alegado na inicial, E NEM ESTE SE DEU NO RETORNO DO TRABALHO PARA A CASA, como alegou o reclamante ANTÔNIO em seu depoimento pessoal, violando às escâncaras o art. 264 do CPC” (fls. 306). Realces das Requeridas.

Acrescentam que “NÃO ATRAI a competência da Justiça do Trabalho o fato de ADILON ter se acidentado em terras arrendadas pelas reclamadas, nelas adentrando por sua livre e espontânea vontade, sem atentar para a placa anunciadora de perigo no local em que se encontravam depositados os resíduos de caldeira”. Destaques das Demandadas.

Sem razão, todavia, as Requeridas.

Analisando a inicial, tem-se que foram postulados direitos dos filhos e do irmão (danos em ricochete), mas relativamente a fatos ocorridos em vida do *de cujus* e na constância de seu contrato de trabalho com a 1ª Demandada (CTPS, fls. 66).

De plano, esclareço que, ao morrer, o trabalhador brasileiro, normalmente, não deixa quase nenhum patrimônio, porque trabalhou para viver e consumiu o que ganhou, consigo e com a sua família. A sua fonte de receita costuma ser única e exclusivamente o trabalho, do tipo da mão para a sua boca e de sua família.

Se esse trabalhador detinha a condição de empregado, o respectivo contrato era o seu bem maior, isto é, o mais precioso patrimônio de ordem material e econômica para si e para a sua família.

Em regra, os direitos trabalhistas nascem, edificam-se e se consomem quando ainda em vida o empregado, no âmbito da própria relação de emprego, facilitando a fixação da competência trabalhista.

Com o seu falecimento, todos os bens e direitos transferem-se para os seus herdeiros, nos quais se inclui o direito de ação, que pode

ser exercido pelos filhos e demais herdeiros, visando ao eventual recebimento de todos os direitos de índole trabalhista, inclusive as indenizações por dano moral e por dano material em face do ex-empregador.

A natureza da pretensão de recebimento de indenização é fruto de responsabilidade trabalhista do ex-empregador e possui natureza jurídica nitidamente trabalhista. A ação é oriunda da relação de emprego.

Ela nasce e decorre da relação empregatícia, enquadrando-se nas hipóteses previstas nos incisos I, VI e IX do art. 114, da Constituição Federal.

A titularidade do direito e a legitimidade para a ação, transferida à viúva e aos herdeiros, por morte do empregado, não desnaturam a natureza da indenização, que continua sendo, *intèrieurement et sous la peau*, trabalhista, puramente trabalhista, fruto que é de eventual prática de ato ilícito trabalhista, no âmbito de uma relação de emprego ou mesmo de uma relação de trabalho, agora similares para fins competenciais.

A nova competência trabalhista não está mais alicerçada apenas em aspectos de ordem subjetiva “trabalhador e empregador”, mas em critério objetivo: relação de trabalho.

Tudo que nela nasce ou dela decorre sem amarras aos sujeitos titulares da relação jurídica, é da competência da Justiça do Trabalho, aparelhada que está para dar uma célere resposta às questões que lhe são submetidas, mesmo porque possui um processo simples e informal, com operadores especializados para tal mister.

A estrutura existe e deve ser aproveitada sem grandes filigranas jurídicas, mesmo porque o Direito é dialética; é argumentação, ambas baseadas em valores e em escolhas.

Dessa forma, se o direito reivindicado tem origem ou decorre do contrato de trabalho, a sua natureza é trabalhista, e assim continua diante das vicissitudes da vida, da qual a morte pode ser uma delas, pelo que a competência

para conciliar, instruir e julgar esses litígios é da Justiça do Trabalho, pouco importando se ação foi proposta pelos filhos ou irmão do empregado falecido, como no caso.

Destarte, ainda que se entenda que os filhos e o irmão postulem direitos próprios, eles decorrem do contrato de trabalho do falecido empregado com a 1ª Demandada, sendo indubitável a competência desta Especializada.

O ajuizamento da ação de indenização pelos herdeiros ou sucessores não altera a competência da Justiça especializada.

No particular, merece trazer à colação arestos do Excelso Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS, DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO AJUIZADA OU ASSUMIDA PELOS DEPENDENTES DO TRABALHADOR FALECIDO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESPECIAL. *Compete à Justiça do Trabalho apreciar e julgar pedido de indenização por danos morais e patrimoniais, decorrentes de acidente do trabalho, nos termos da redação originária do art. 114 c/c inciso I do art. 109 da Lei Maior.* Precedente: CC 7.204. *Competência que remanesce ainda quando a ação é ajuizada ou assumida pelos dependentes do trabalhador falecido, pois a causa do pedido de indenização continua sendo o acidente sofrido pelo trabalhador.* Agravo regimental desprovido. (STF – 1ª T. – Processo RE-AgR 503043/SP – Relator: Ministro Carlos Ayres Britto – DJ 1º.6.2007.) Destaquei.

EMENTA: I. Embargos de declaração convertidos em agravo regimental. II. Competência. Justiça do Trabalho. Ação de indenização por danos resultantes de acidente do trabalho, proposta contra o empregador perante a Justiça estadual, que pendia de julgamento de mérito quando do advento da Emenda Constitucional n. 45/04. 1. Ao julgar o CC 7.204, 29.06.2005, Britto, Inf. STF n. 394, o Supremo Tribunal, revendo a entendimento anterior, assentou a competência da Justiça do

Trabalho para julgar as ações de indenização por danos, morais ou materiais, decorrentes de acidente de trabalho, ajuizadas após a EC 45/04. 2. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito (v.g. AI n. 506.325-AgR, 23.5.2006, 1ª T., Peluso; e RE n. 461.925-AgR, 4.4.2006, 2ª T., Celso), o que ocorre na espécie. 3. Irrelevante para a questão da competência que se cuide de ação proposta por viúvo de empregada das embargantes, falecida em decorrência do acidente de trabalho: trata-se de direito patrimonial, que, com a morte do trabalhador, se transmitiu aos sucessores. 4. Agravo regimental desprovido. (STF-1ª T.-RE-ED 509353/SP. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 17.8.2007.) Destaquei.

Dessa forma, considerando que ao STF compete dar a palavra final sobre a interpretação da Constituição — e aqui a questão é tipicamente constitucional, pois envolve juízo sobre competência estabelecida no art. 114 da Constituição — é importante a adoção do entendimento por ele assentado, até mesmo para evitar que a matéria acabe provocando recursos desnecessários.

Destaco ainda que até mesmo o Superior Tribunal de Justiça que adotava o entendimento avocado pelas Demandadas, alterou seu entendimento, cancelando seu verbete sumular de n. 366, em observância às reiteradas decisões das Turmas e do Pleno do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Nesse sentido, transcrevo a ementa do Conflito de Competência em que o STJ, por sua seção especializada, alterou seu entendimento, com o cancelamento da Súmula n. 336. Observe:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ACIDENTE DE TRABALHO. EMPREGADO PÚBLICO MUNICIPAL. VÍNCULO CELETISTA. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PROPOSTA POR VIÚVA DO EMPREGADO ACIDENTADO. Reiterada Jurisprudência das Turmas e do Plenário do STF afirmando a Competência da Justiça do

Trabalho. Entendimento diferente da Súmula 366/STJ. Conflito conhecido para, cancelando a Súmula, declarar a competência do Juízo Suscitante. (Conflito de Competência n. 101.977-SP – 2008/0281066-7. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Autor: Cícera da Silva Barbosa. Réu: Município de Guarujá-SP. Suscitante: Juízo da 3ª Vara do Trabalho de Guarujá-SP. Suscitado: Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Guarujá-SP. Data de Julgamento: 16.9.2009. Data de Publicação: DJe de 5.10.2009 – Corte Especial.) Destaques adicionados.

Perfilha também de tal entendimento o Tribunal Superior do Trabalho (Ag em RR 362/2007-205-08-41, 8ª T., Minª. Dora Maria da Costa, DJ de 4.5.2009; RR n. 393/2006-102-18-00, 5ª T., Min. João Batista Brito Pereira, DJ de 17.4.2009; RR 800/2006-019-12-00, 4ª T., Minª. Maria de Assis Calsing, DJ de 27.3.2009).

O Egrégio Regional da 3ª Região adota o mesmo entendimento, conforme se infere do aresto do RO 00871-2005-071-03-00-7, publicado em 15.6.2009, DJMG, p. 66, de relatoria do Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault.

De igual modo, o Enunciado n. 36, da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, havido em Brasília-DF, em novembro/2007. Confira:

36. ACIDENTE DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. AÇÃO AJUIZADA POR HERDEIRO, DEPENDENTE OU SUCESSOR. Compete à Justiça do Trabalho apreciar e julgar ação de indenização por acidente de trabalho, mesmo quando ajuizada pelo herdeiro, dependente ou sucessor, inclusive em relação aos danos em ricochete. Realcei.

Ora, sendo a causa de pedir originária do contrato de trabalho, firmado pelo *de cujus* com a 1ª Demandada, integrante do grupo empresarial requerido, atraída está a competência da Justiça do Trabalho para o processamento e julgamento da lide (art. 114, incisos VI e IX, CF). Entendimento pacificado no âmbito do E. STF e, recentemente, também no STJ. Reitere-se.

2.1.2. – Da Ilegitimidade Passiva *ad causam* da 2ª Requerida

Invocam as Requeridas a ilegitimidade passiva *ad causam* da 2ª Demandada, porquanto esta não foi a empregadora do *de cujus* (fls. 146).

Não prospera a prefacial.

Quando a parte recorre ao Estado-juiz buscando prevenir ameaça ou reparar lesão a seu direito, está em pleno exercício do direito de ação constitucionalmente consagrado (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88). No entanto, a pronúncia do juiz sobre o mérito da causa — pedido — reclama a prévia constatação da presença das condições da ação, agora, no plano infraconstitucional.

No direito pátrio, a legitimidade das partes — para a causa —, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido (afastada na doutrina moderna — LIEBMAN) são as três condições que, se presentes, autorizam o prosseguimento do julgamento.

Necessária, pois, a distinção entre as condições da ação e o mérito: ausente quaisquer uma daquelas não haverá pronunciamento sobre este, extinguindo-se o processo prematuramente.

Lançadas tais premissas, conclui-se, com a melhor doutrina, que: a legitimidade *ad causam* das partes se revela na pertinência subjetiva da ação — um autor determinado está legitimado em relação a um, também determinado, réu —; o interesse processual se revela diante da necessidade, utilidade e adequação da via eleita; e a possibilidade jurídica do pedido consiste na ausência de vedação do manejo da ação intentada – pertinência objetiva, isto é, do pedido, em tese, com o ordenamento jurídico.

A aferição das referidas condições se dá com base nos fatos descritos pelos Autores na peça de abertura. Entretanto, quando a situação fática descrita não corresponde à realidade (objeto de prova), a questão estará afeta ao mérito da ação.

Assim, no plano prático, as condições da ação são abstratamente analisadas, ainda que não encontre correspondência no plano concreto. No caso em exame, a legitimidade da 2ª Requerida para compor o polo passivo da ação está assentada nessas premissas.

Dessa forma, não se pode confundir a relação jurídica material com a processual. Nesta, a legitimidade e as demais condições da ação são aferidas de forma abstrata. **Rejeito.**

2.2. – Mérito

2.2.1. – Do Acidente do Trabalho de Trajeto

Narram os Autores que em 7.9.2011 o *de cujus*, Sr. Adilon Rodrigues do Couto, à época empregado da 1ª Requerida, fora vítima de acidente do trabalho típico.

Afirmam os Demandantes que “o acidente ocorreu no dia **7.9.2011 aproximadamente às 17h30min**” (fls. 17). Destaques da inicial.

Sustentam que “Neste fatídico dia, o obreiro Adilon Rodrigues do Couto, a pedido da 1ª Reclamada foi averiguar a notícia de que semoventes estariam morrendo em um dos locais onde a empresa Reclamada criminosamente deposita os Resíduos de Caldeira, [...]” (fls. 17). Destaques da peça de ingresso.

Acrescem que “a fazer a conferência, o trabalhador por não ter sido instruído sobre o risco daquele local, bem como, por não encontrar placas indicando o perigo do lugar, caiu em um dos montes de resíduos de caldeira, momento em que foi sorvido pelo material, razão pela qual teve queimaduras de 3º Grau em todo o corpo, com exceção das pontas dos pés, conforme constatado no laudo de exame médico e atestado de óbito anexado aos autos” (fls. 17).

Aduzem que “começou então uma via crucis do trabalhador, que mesmo, estando literalmente ardendo em fogo, conseguiu com muito custo sair do monte de resíduos que o havia sugado, por conseguinte, foi resgatado às margens da estrada e levado ao posto médico de Maurilândia – Goiás” (fls. 17).

Afirmam que “o sinistro então foi comunicado ao Reclamante/irmão que saiu desesperado de Goiânia – Goiás, onde reside, chegando a Maurilândia, providenciou a transferência de seu irmão, para o Hospital de Santa Helena – Goiás, onde foi informado que seu irmão precisaria ser transferido para o Hospital de Queimaduras da capital, o Reclamante entrou em contato com a empregadora para tentar receber algum suporte financeiro, mas foi-lhe negado assistência sobre a fundamentação de que a empresa “não tinha nada haver com o acidente”, então não podendo deixar o seu irmão naquelas condições, providenciou a transferência para a capital, o trabalhador ali permaneceu até o funesto dia 14.9.2011, onde não mais resistiu às lesões e veio a óbito” (fls. 18). Realces da peça póstica.

Discorrem os Autores acerca dos riscos do local do acidente, bem como afirmam ser a 1ª Requerida culpada pelo acidente que vitimou o *de cujus*. Sustentam ainda que a empregadora do *de cujus* não prestou assistência ao empregado falecido, após o funesto evento (fls. 18/20).

Lado outro, as Requeridas defendem-se em contestação conjunta (fls. 145/167), alegando que o *de cujus* “no dia 7 de setembro de 2011, deixou o trabalho às 16.20 horas” (fls. 147).

Alegam ainda que o falecido “por volta das 16.40 horas, encontrou-se com GEFERSON SILVA DE OLIVEIRA e foram até a casa do colega de trabalho RAFAEL na cidade de Maurilândia, onde beberam duas cervejas. Em seguida, foram para a casa de uma prima de GEFERSON, onde tomaram mais duas cervejas” (fls. 147).

Afirmam que “na hora noticiada na inicial, ADILON não estava verificando a morte de semoventes. Estava bebendo com seus amigos” (fls. 147). Destaques da defesa.

Acrescentam que “por volta das 18.00 horas, ADILON saiu com destino a Santa Helena de Goiás, informando a GEFERSON que, por não ser habilitado, iria pela estrada de terra” (fls. 148).

Asseveram que “por volta das 18.12 horas parou sua moto no trevo de Turvelândia e entrou

em uma fazenda à procura de um lugar para fazer suas necessidades fisiológicas” (fls. 148).

Sustentam também que o *de cujus* “andando pelo local, desequilibrou-se (talvez pelo efeito do álcool), caiu no local em que se encontrava depositada torta de filtro, nela afundando seu corpo” (fls. 148).

Alegam “como a torta encontrava-se em processo de queima interna, ADILON, em contato com ela, sofreu queimaduras em grande parte de seu corpo” (fls. 148).

Asseveram que “por volta das 18.20 horas, ele saiu do local em que se acidentara e entrou em contato por celular com GUSTAVO GOMES DA SILVA narrando-lhe o sinistro, o qual, por sua vez, chamou o SAMU, que por volta das 18.30 horas socorreu ADILON, conduzindo-o ao Hospital de Urgências de Santa Helena de Goiás onde foi assistido por médicos competentes e de lá encaminhado para Goiânia, para atendimento especializado” (fls. 148).

Nessa quadra negam a ocorrência de acidente do trabalho e sustentam que o *de cujus*, no momento do acidente não estava a serviço das Requeridas.

Afirmam que a jornada de trabalho do falecido já havia sido encerrada havia duas horas e o que o acidente ocorrera por culpa exclusiva do *de cujus* que “embrenhou-se no mato à procura de um local para defecar, caindo na torta de filtro em processo de queima interna” (fls. 149).

Segundo o art. 19 da Lei n. 8.213/91:

“Acidente do Trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que causa a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.”

Portanto, o acidente de trabalho típico se caracteriza pelo evento ocorrido em decorrência da prestação dos serviços pelo trabalhador à empresa.

Nada obstante, os acidentes de percurso, ocorridos quando o trabalhador se desloca de

casa para o trabalho e vice-versa, são equiparados pela Lei n. 8.213/91, no art. 21, IV, alínea “d”, como acidentes do trabalho. Observe:

“Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

(...)

IV – o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:

(...)

d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.” Realcei.

De fato, a caracterização desta espécie de acidente exige o nexos topográfico e cronológico citado pelas Requeridas, todavia, apreciando o conjunto probatório, não vislumbro o rompimento de nenhum dos dois.

Muitos diriam que não se caracteriza o acidente do trabalho se o empregado, por interesse pessoal, tiver interrompido ou alterado o percurso.

O menos avisado pode pensar que, por isso, o empregado é obrigado a ir ao local do trabalho ou deste à residência com o tempo exíguo de vencer esse percurso sempre pelo caminho habitual.

Não é bem assim.

Pode ir mais ou menos depressa, por um ou outro caminho.

A jurisprudência, ainda quando a competência era da Justiça Estadual Comum já vinha decidindo que, “em matéria infortúnica, pequenos desvios no trajeto de volta do trabalho não ferem o espírito da lei, de cunho eminentemente social, e não descaracterizam o sinistro em detrimento do mais necessitado” (Ap. Sum. n. 179.635-SP, 184.331-SP, 186.451-SP e 186.817-SP; JTACSP, 80:286). Destaques do Juízo.

Com relação ao tempo e à interrupção do trajeto, também a jurisprudência já àquela época havia se manifestado: “O acidente in itinere não fica descaracterizado pela simples

interrupção do trajeto por motivo de interesse particular, nem pela participação dolosa de terceiro.” (Ap. Sum. n. 145.311-SP, JTACSP, 59:347, 63:261, 73:327 e 76:275.) Realcei.

A interpretação em prol do empregado é elástica, com base no aforismo *in dubio pro misero*.

Avanço e indago: e se ele, desviando do caminho, entrar num bar? “O fato do obreiro, no percurso do trabalho para a residência, ingressar em um bar, onde é agredido e morto, não descaracteriza o acidente in itinere.” (Ap. Sum. n. 179.635-SP, JTACSP, 80:286.) Destaques ausentes no original.

E se sair mais cedo do serviço? “*Vindo o obreiro a acidentar-se no trajeto de retorno do trabalho para a residência, caracteriza-se o acidente in itinere, sendo irrelevante a circunstância de ter ele saído mais cedo do emprego.*” (Ap. Sum. ns. 169.795-SP, 165.548-SP, 164.221-SP, 154.193-SP, 168.943-SP, 150.124-SP, 138.423-SP, 169.150-SP e 152.096-SP; JTACSP, 83:320, 73:327 e 81:248.)

Registre-se, no particular que dado ao relevo do tema, há em tramitação na Câmara dos Deputados, proposição (Projeto de Lei n. 1.279, de 2011), no sentido de se acrescentar o § 3º, ao art. 21, da Lei n. 8.213/91, conferindo, via positividade a compreensão já abraçada pela jurisprudência, ou seja, maior proteção social ao empregado acidentado.

Veja a proposta de redação:

“§ 3º Equipara-se ao acidente de trabalho o acidente de qualquer natureza sofrido pelo segurado, no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, mesmo em caso de interrupção ou alteração de percurso habitual, desde que haja compatibilidade entre o tempo de deslocamento e o percurso do referido trajeto.” (NR)

Infere-se das provas dos autos que tanto os Autores quanto as Requeridas não possuem condições de precisar a dinâmica do acidente que vitimou o *de cujus*.

Não convence o Juízo a história narrada pelos Autores na inicial de que o *de cujus*, na

função de borracheiro teria, a mando da 1ª Demandada, se deslocado até o local do acidente para “averiguar a notícia de que semoventes estariam morrendo em um dos locais onde a empresa criminosamente deposita resíduos de caldeira” (fls. 17).

Ressalto que as declarações do 3º Requerente, irmão do *de cuius*, em interrogatório, repetindo tais fatos, não tem o condão de comprovar as alegações da inicial.

Por outro lado, a história narrada pela defesa não se apresenta crível, porquanto chega a mencionar com precisão de segundos, o trajeto e a ocorrência do acidente que vitimou o empregado falecido, embora ninguém, efetivamente, tenha presenciado o acidente.

Trata-se de meras especulações, porquanto o acidente, do qual fora vítima o *de cuius*, não foi presenciado por ninguém, reitera-se. Aliás, até mesmo o preposto das Requeridas admitiu tal circunstância em depoimento pessoal. Observe:

“[...] que ninguém presenciou o acidente, pois o falecido estava sozinho; que não era função do falecido informar da ocorrência de incêndio em lavouras da reclamada; que o falecido normalmente fazia o trecho Santa Helena de Goiás Usina e vice-versa utilizando o ônibus da reclamada; que o Sr. Gustavo é o chefe do setor VV6, parte de borracharia, onde trabalhava o falecido (fls. 292). Realcei.

De igual modo, a conclusão de que o *de cuius* fora fazer ‘necessidades fisiológicas’ no local do acidente foi pura dedução dos encarregados da Requerida pela apuração do acidente, eis que ninguém esteve presente no momento de nefasto acidente.

A propósito, observe as declarações, da testemunha, Sr. Gustavo Gomes da Silva, arrolada pelas Demandadas, única pessoa a falar com o *de cuius*, logo após este ter sofrido o infortúnio:

“[...] que o falecido, no momento em que o depoente chegou no local do acidente, não disse o que estava fazendo quando se queimou; que no local dos resíduos costumava ter cerca; que não chegou a ir ao local do acidente

antes da data do acidente nem mesmo após a data do acidente; que sabe que no local dos resíduos costuma ter cerca porque lhe disseram, isto após o acidente, quando da apuração do evento; que chegaram a ‘conclusão’ que o falecido teria ido ao mato fazer suas necessidades fisiológicas porque pela dedução das pessoas que apuraram o acidente não teria forma de ser outra coisa; [...] (fls. 293) Destaquei.

De igual modo, as alegações defensivas de que o *de cuius* fora a dois locais e que nestes tivesse ingerido bebida alcoólica apenas foram atestados por ‘ouvir dizer’.

Não há provas efetivas de tais alegações — impeditivas à pretensão dos Requerentes —, ônus que competia às Demandadas, a teor do art. 818, da CLT c/c art. 333, II, por sustentar culpa exclusiva da vítima.

Não se sustenta de igual modo, a alegação das Requeridas de que o empregado falecido fora beber com seus amigos, festejar. Sabe-se há muito, ordinariamente, que a prova de embriaguez faz-se pelo exame de teor etílico, inexistente nos autos.

As testemunhas ouvidas em Juízo, a convite das Requeridas, reitera-se, não estavam presentes nos locais em que o *de cuius* estaria a ingerir bebida alcoólica.

Assim, não há provas que, efetivamente, o falecido bebera quatro latinhas de cervejas narradas na peça de resistência. E, ainda, se as cervejas foram consumidas exclusivamente pelo *de cuius*, eis que este, conforme narra a defesa, estava na companhia de outros colegas de trabalho.

Ora, se verdadeira a história narrada na peça de resistência — de que o *de cuius* veio a cair sobre os resíduos em decorrência da embriaguez pergunto: como teria ele conseguido ultrapassar a alegada cerca que ‘protegia’ o local e impedia às pessoas de acessar a ‘torta de filtro’ (resíduos de caldeira)?

Acresça-se, ainda, como teria o *de cuius*, conseguido percorrer, em uma motocicleta,

aproximadamente 18 km que separa a cidade de Maurilândia-GO do local do acidente?

O que de fato ocorreu e isso é incontrovertido nos autos, foi que o *de cuius* saiu do trabalho e sofreu acidente em 7.9.2011, no percurso de retorno que habitualmente fazia para sua residência e em decorrência veio a óbito, em 14.9.2011.

E, mesmo que se admita a ocorrência do desvio de trajeto, invocado pelas Demandadas, a ocorrência não se revelou desproporcional. Logo, insuficiente para descaracterizar o acidente de trabalho de percurso.

Isto porque, infere-se do cartão de ponto, relativo ao período de 21.8.2011 a 20.9.2011 (fls. 218) que mesmo considerando que o *de cuius* deixou o trabalho, na data do acidente, às 16h18min, conforme o registro de ponto, não há como afastar o acidente itinerante.

Improvável que o *de cuius* tenha se deslocado até dois locais na cidade de Maurilândia, ingerido quatro latas de cervejas e ainda percorrido cerca de 18 Km até o local do acidente. Isto no interregno de aproximadamente 1h30min, já que conforme afirma a testemunha Gustavo, “*recebeu a ligação do falecido poucos minutos após as 18 h*”.

Registre-se, ainda, que a Demandada não conduziu a Juízo seus empregados, Sr. Gefferson Silva de Oliveira, sua prima ou, ainda, o Sr. Rafael, todos mencionados no procedimento de apuração do infausto acidente (fls. 220/221).

Pretenderam tão somente utilizar como prova a apuração produzida *interna corporis*, sem o crivo do contraditório o que, a toda evidência, é inservível como meio probatório, dado que desprovido de isenção.

Tanto assim que se pode verificar às fls. 222 dos autos a expressão, no canto superior direito do documento: “*acidente de trabalho descaracterizado*”, lançado pelo Engenheiro

de Segurança do Trabalho, José Eduardo Pereira da Silveira, datado do dia do óbito do Sr. Adilon Rodrigues do Couto.

Portanto, irrelevante se o *de cuius* tenha se deslocado até o local do acidente, a requerimento de prepostos das Requeridas, para a configuração de acidente do trabalho de percurso à luz do art. 21, inciso IV, alínea “d”, da Lei n. 8.213/91.

Além disso, importa esclarecer às Requeridas que, o empregado pode, *sponte propria*, atuar para evitar prejuízos a seu empregador, sem o requerimento deste que a Lei Previdenciária lhe alberga proteção (art. 21, inciso IV, alínea “b”): “*na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito*”.

Claro, no caso, que o *de cuius*, sofreu acidente no percurso que ordinariamente fazia quando retornava do trabalho, embora utilizado de condução própria o que admitido pela parte final do dispositivo legal mencionado quando afirma: “*qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado*.”

Provado o acidente de trabalho por equiparação, impende perquirir sobre a existência ou não de responsabilidade das Requeridas por sua ocorrência.

2.2.2. – Da Responsabilidade das Demandadas

Postulam os Autores a aplicação ao caso da teoria da responsabilidade civil objetiva, lastreada na teoria do risco criado, fundada em princípio de equidade, segundo a “*premissa de que todo aquele que lucra com uma determinada situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens de decorrentes*” (fls. 21).

Asseveram ser aplicável ao caso os comandos do art. 927, Parágrafo único do CC/2002 por exigir do empregado falecido “*a prestação de serviços em ambiente que oferece um risco superior àquele inerente à vida moderna*, ao

qual está submetida a generalidade dos trabalhadores, exatamente porque o seu regular desenvolvimento, além dos riscos comum a todos, oferece ainda riscos específicos não presentes no cotidiano de trabalho da maioria dos trabalhadores [...]” (fls. 24). Destacou a inicial.

Sucessivamente asseveraram que “*pesa sobre a reclamada o peso da culpa, na modalidade NEGLIGÊNCIA, na medida em que restou incontroverso que obreiro sofreu acidente de trabalho no desempenho de suas funções, tendo a reclamada concorrido para o evento danoso com as seguintes condutas, omissivas ou comissivas*” (fls. 23). Destacaram os autores.

Defendem-se as Requeridas, rechaçando a aplicação da responsabilidade civil objetiva, asseverando não estarem presentes os requisitos legais de tal espécie de responsabilização, destacando que o *de cuius* era ‘borracheiro’ pelo que “*não pressupõe a existência de risco potencial à integridade física ou psíquica do obreiro*” (fls. 150).

Sustentam que o litígio em apreço deve ser dirimido sob a óptica da responsabilidade subjetiva, invocando as regras do art. 7º, XXVIII, da Constituição da República, complementada pelos comandos do art. 186, do CC/2002 e ressaltam que “*não cometeram ato ilícito e não tiveram qualquer participação no evento danoso*” (fls. 152).

Afirmam que não se encontram presentes, no caso, os requisitos do dever de indenizar, quais sejam: a) o ato ilícito; b) o dano; c) o nexo de causalidade entre o ato e o dano; d) o dolo ou culpa do agente causador do dano.

Negam a natureza tóxica dos resíduos industriais, afirmando que estes são utilizados como adubo orgânico e se encontravam depositados na propriedade da 2ª Requerida, “*invadida pelo trabalhador acidentado em busca de um local para sua defecção*” (fls. 149).

No particular afirmam que a ‘torta de filtro’ “*conhecido como cinzas de caldeira, não é químico, não é tóxico, não agride o meio ambiente e*

não oferece risco à saúde de quem quer que seja (vide laudo anexo)” (fls. 150).

Afirma ainda os Demandados que “*no dia indicado na inicial, o fogo iniciado na cana-de-açúcar propagou até aquele material, que, no momento do acidente, encontrava-se em processo de queima interna*” (fls. 150).

Em síntese, alegam que “*o trabalhador vitimado deu causa ao dano que padeceu, invadindo a propriedade da segunda reclamada à procura de um local para defecar, depois de haver ingerido bebida alcoólica que por certo contribuiu para o seu desequilíbrio e queda sobre o material ali depositado*” (fls. 154).

O art. 927, parágrafo único do Código Civil/2002 prevê modalidade de responsabilidade objetiva “*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*”. Nesse caso, a obrigação de indenizar independe da culpa do agente.

À hipótese vertente não se aplica a responsabilidade objetiva, pois a atividade de risco a ser perquirida diz respeito àquele labor desenvolvido dentro do centro de prestação de serviços, ou seja, afeto à dinâmica empresarial, e não ao risco vivenciado em atividades cotidianas, sujeitando todos os partícipes da sociedade às mesmas potencialidades danosas, como no caso de vilipêndios ocasionados no trânsito dos centros urbanos.

Nesse sentido, precisas as lições do Mestre Sebastião Geraldo de Oliveira em sua obra “*Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*”:

“*Assim, se a exposição do trabalhador estiver acima do risco médio da coletividade em geral, caberá o deferimento da indenização, porquanto, nessa hipótese, foi o exercício do trabalho naquela atividade que criou esse risco adicional. Em outras palavras, considera-se de risco, para fins da responsabilidade civil objetiva prevista no art. 927, Parágrafo único, do Código Civil, as atividades que*

expõem os empregados a uma maior probabilidade de sofrer acidentes, comparando-se com a média dos demais trabalhadores.” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidentes do Trabalho ou Doença Ocupacional*. 5. ed. LTr, 2009. São Paulo, p. 118.) Destaques acrescidos.

Perfilha o mesmo entendimento o Enunciado n. 38, da 1ª Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 2002:

“Art. 927: A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.” (grifo posterior)

A teoria do risco, a rigor, deve ser aplicada com extrema cautela, examinando a situação caso a caso e, na hipótese vertente, não partilho do entendimento adotado pelos Autores, porquanto as atividades das Requeridas e, em especial o labor executado pelo falecido, ‘borracheiro’, não era eminentemente de risco, não atraindo a aplicação do art. 927 do Código Civil.

Fica, assim, afastada a pretensão dos Autores de aplicação da responsabilidade civil objetiva ao caso, fundada nos comandos do art. 927, Parágrafo único do CC/2002, tendo em conta que as atividades desenvolvidas pelas Requeridas não se amoldam ao conceito legal.

Avanço para examinar o requerimento sucessivo de sujeição das pretensões, sob a óptica da responsabilidade civil subjetiva, ou seja, fulcrada na culpa.

Isto porque, tratando-se de acidente de trajeto é imprescindível a demonstração do dolo ou da culpa por parte do empregador, pois, na maioria das vezes, o acidente ocorre por circunstâncias alheias à sua vontade, não se tratando de risco inerente à atividade profissional. Neste sentido precedente da 2ª Região:

Acórdão n. 20110928916 – RO – Relator: Luiz Carlos Gomes Godói, julgado em 20.7.2011.

O acidente *in itinere* (art. 21, alínea “d”, da Lei n. 8.213/91), com o consequente falecimento do empregado **Adilon Rodrigues do Couto**, é incontroverso. Insta, entretanto, perquirir a existência de culpa das Requeridas no desencadeamento do sinistro.

O dever de reparar os danos decorrentes de acidente do trabalho pressupõe, além do prejuízo, a ação ou omissão dolosa ou culposa por parte do agente (conduta ilícita) e o nexo de causalidade com a prestação laboral.

Nesse sentido, a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

“a) o fundamento primário da reparação está, como visto, no erro de conduta do agente, no seu procedimento contrário à predeterminação da norma, que condiz com a própria noção de culpa ou dolo. Se o agente procede em termos contrários ao direito, desfere o primeiro impulso, no rumo do estabelecimento do dever de reparar, que poderá ser excepcionalmente ilidido, mas que em princípio constitui o primeiro momento da satisfação de perdas e interesses; b) o segundo momento, ou o segundo elo dessa cadeia, é a ofensa a um bem jurídico... c) em terceiro lugar, cumpre estabelecer uma relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação e o dano causado. Não basta que o agente cometa um erro de conduta e que o queixoso aponte um prejuízo. Torna-se indispensável a sua interligação, de molde a assentar-se ter havido o dano porque o agente procedeu contra direito.” (*Instituições de Direito Civil*, 9. ed., São Paulo, Ed. Forense, 1988, p. 237.) Destaqueei

Só há responsabilidade civil do empregador (art. 7º, XXVIII da Constituição da República) se este “*incorrer em dolo ou culpa*”. A única inferência lógica possível é a de que essa responsabilidade não é objetiva, vinculando-se à conduta do empregador.

A teoria do risco objetivo, nas suas mais diversas modalidades (risco-proveito, risco profissional ou industrial, risco criado, risco excepcional e risco integral), por outro lado, impõe o dever 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, riscos para os direitos de outrem (parágrafo único do art. 927 do CC). Não é o caso dos autos.

Poucas são as atividades sem risco para os direitos de outrem, donde sequer necessidade haveria de especificar em lei os casos de responsabilidade objetiva. Mas a lei não costuma ter palavras inúteis. Se há necessidade de especificação, alguma razão há para tanto.

Reitero, o Direito Civil condiciona a reparabilidade do dano à culpa (*lato sensu*) do agente. Significa dizer que a obrigação de ressarcir provém de ato comissivo ou omissivo praticado com culpa (*lato sensu*). Sem esta, a responsabilidade civil se esvai.

Na óptica do Direito do Trabalho interessa o dano e sua incidência na relação contratual trabalhista. Não se trata de transferir ao empregado os riscos da atividade econômica, mas de aplicar a norma civil (art. 186 do CC/2002), com respaldo constitucional, segundo a qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF/1988) ou a reparar o dano para o qual não deu causa.

Portanto, para fazer jus à indenização, não basta comprovar a lesão; deve-se demonstrar a vinculação desta com o labor e a conduta ilícita, “no mínimo culposa”, do empregador.

Assim, para que os Autores façam jus à indenização assegurada pela Constituição Federal, que se traduzem em danos materiais, morais e estéticos, deve estes comprovar a existência do acidente do trabalho, o nexos causal deste com as atividades das Requeridas e, ainda, a culpa ou dolo da empregadora do *de cuius*, haja vista que prevalece o entendimento de que a

responsabilidade desta é subjetiva, a não ser naqueles casos expressamente previstos no art. 927, parágrafo único, do CC, reitero.

Superado tais aspectos, registro que além de ser incontroverso nos autos há, também, provas de que o *de cuius*, pai dos dois primeiros autores e irmão do terceiro, veio a óbito em 14.9.2011 originadas por consequências do funesto acidente, havido em 7.9.2011, quando queimou mais de 80% do corpo ao cair em resíduos de caldeira, depositados pelas Requeridas ao lado de uma rodovia pela qual trafegava, quando retornava para sua residência.

Tais conclusões decorrem do interrogatório do 3º Requerente, do depoimento pessoal do preposto das Requeridas, bem como pelas declarações das testemunhas inquiridas em Juízo, estas por indicação das Demandadas. Observe:

“que o depoente foi quem prestou assistência a seu irmão, Sr. Adilon Rodrigues do Couto, após o acidente quando este estava internado no hospital de urgência de Santa Helena de Goiás; que nos 4 primeiros dias o Sr. Adilon estava consciente; que visitou seu irmão no dia 8.9.2011 no horário de visitas, por volta das 16 h; que o Sr. Adilon estava na UTI; que na oportunidade seu irmão estava consciente e contou-lhe que estava retornando do trabalho quando percebeu a existência de animais na estrada; que havia resíduos na mesma direção de ambos os lados da estrada; que por volta do dia 16 de setembro, dois dias após o falecimento de seu irmão, chegou a ir até o local e constatou a existência dos resíduos; que na semana passada, por volta de quinta-feira, ou seja, há cerca de 8 dias voltou ao local e constatou que tudo estava como antes exceto uma placa que não existia na época; que ele chegou a tirar os animais da pista; que até por volta do dia 11.9 seu irmão estava consciente, depois começou a ter alucinações e no dia 13 entrou em coma, vindo a falecer no dia 14. Nada mais.” (fls. 290/291). (Requerente Antônio Uires do Couto.) Os realces são do Juízo.

“[...] que o falecido informou ao Sr. Gustavo, por telefone, por volta das 18h20, do dia 7.9.2011 (feriado) que teria queimado ‘nas cinzas’; que o falecido, na época, trabalhava na escala 5X1; que no dia do acidente o falecido saiu do trabalho por volta das 16h20; que havia um outro empregado, de nome Jeferson, que se encontrava de folga no dia do acidente o falecido foi com o referido senhor em um churrasco na casa do empregado de nome Rafael, na cidade de Maurilândia; que a Usina da reclamada dista cerca de 2,5 km da cidade Maurilândia, sendo 500 metros de chão batido e 2 km pavimentados; que no dia do acidente o falecido foi trabalhar utilizando uma motocicleta; que o falecido encontrou-se com o Sr. Jeferson na cidade tomou uma duas cervejas no churrasco, seguindo, posteriormente para a casa da prima do Sr. Jeferson onde tomou outras duas cervejas; que por volta das 18 h o falecido disse ao Sr. Jeferson que iria embora, pela estrada de terra pois não habilitação para pilotar a motocicleta; que o falecido percorreu cerca de 10 km até o trevo que liga Turvelândia, Santa Helena de Goiás e Acreúna, esta última pela estrada de terra; que o falecido se acidentou cerca de 300/500 metros após o trevo na estrada de chão no sentido de Acreúna; que de um lado da estrada de terra que liga a Acreúna existe lavoura de cana pertencente a reclamada e pertencente ao Sr. Libório de outro; que os resíduos são depositados em uma área próxima a lavoura da reclamada, uma espécie de ‘cascalheira’, cerca de 10 metros da estrada de terra; que na época do acidente deveria existir no local cerca de 5 montes de resíduos de caldeira (fuligem); que a cana próxima ao local foi queimada acidentalmente; que os resíduos depositados mantêm a temperatura elevada pois é uma espécie de ‘barro’; que não sabe com precisão o horário que o chefe do falecido trabalhou no dia do acidente; que o Sr. Gustavo foi acionado por telefone pelo falecido quando já estava em sua casa, por

volta das 18h20; que o Sr. Gustavo chamou o SAMU; o reclamante foi levado para o hospital de Maurilândia e depois para o hospital de Santa Helena de Goiás; que em Maurilândia foi dado entrada por volta das 18h40; que o falecido foi atendido pelo SUS em ambos hospitais; que o Sr. Gustavo ligou para o SAMU e se deslocou até o local do acidente; que quando encontraram o falecido este já estava retornando no sentido ao trevo, na estrada; que acredita que os resíduos foram descartados no local do acidente no início da safra, por volta do mês de maio de 2011; que todo o resíduo de caldeira do local do acidente foi depositado no local no início da safra; que nunca houve reclamação acerca de animal morto no local do acidente; que o local possuía cerca e também uma placa com proibição de entrada e com símbolo de materiais perigosos; que o falecido morava na cidade de Santa Helena de Goiás; que mesmo após tomar cerveja o falecido conseguiu pilotar sua moto; que a reclamada não chegou a ser ‘incomodada’ pela fiscalização ambiental acerca dos resíduos pois não é produto químico e lá é uma ‘cascalheira’; que o falecido se acidentou no percurso de retorno para a casa embora segundo entende o depoente que o falecido tenha pego o caminho errado, que segundo disse para fazer ‘necessidades fisiológicas’; que foi informado pelo Sr. Gustavo que o falecido teria dito por telefone ‘queimei na cinzas’; que ao ser indagado pelo Sr. Gustavo teria dito que fora fazer suas necessidades fisiológicas; [...] que a queima da cana ‘criminosa’ ocorreu alguns dias antes do acidente; que em alguns montes de resíduo no local ainda havia fumaça; que quando da ocorrência do incêndio criminoso da cana os brigadistas compareceram para combater o fogo; que já havia mato no local dos resíduos e com fogo foram queimados; que toda a remoção do falecido seja do local do acidente para o hospital de Maurilândia, seja de Maurilândia para Santa Helena

de Goiás, e de Santa Helena de Goiás para Goiânia foi feita pelo SAMU; que a reclamada não chegou a pagar tratamento médico para o falecido em Goiânia pois ele estava sendo atendido pelo SUS; que a assistente social da reclamada estava acompanhando os procedimentos; que não sabe informar se a assistente social chegou a conversar com o falecido entre o dia do acidente e o dia do óbito; que após o falecimento do Sr. Adilon a assistente social da reclamada procurou os familiares do falecido para orientá-los sobre procedimentos acerca de pensão por morte e também para dar entrada no seguro; que até mesmo as questões previdenciárias necessitou da interferência da reclamada para habilitação perante o INSS; [...] que ninguém presenciou o acidente, pois o falecido estava sozinho; que não era função do falecido informar da ocorrência de incêndio em lavouras da reclamada; que o falecido normalmente fazia o trecho Santa Helena de Goiás Usina e vice-versa utilizando o ônibus da reclamada; que o Sr. Gustavo é o chefe do setor VV6, parte de borracharia, onde trabalhava o falecido. Nada mais.” (fls. 291/292 – Preposto das Requeridas.) Os destaques são de agora.

“que trabalha na reclamada desde 2002; que trabalha como encarregado da borracharia do setor VV6 da reclamada desde setembro de 2006; o falecido trabalhou com o depoente na safra de 2011 e também em 2010; que o falecido chegou a ligar para o depoente no dia do acidente; que recebeu a ligação do falecido poucos minutos após as 18 h; que o depoente já tinha saído do trabalho, estando em sua residência; que o falecido falou para o depoente ‘Gustavo me ajuda porque sofri um acidente e estou muito machucado’; que o falecido não chegou a dizer ao depoente o que teria ido fazer no momento do acidente; que a primeira ação do depoente foi ligar para o SAMU e fornecer a localização do acidente do falecido pois recebera estas por telefone do Sr. Adilon; que o depoente se

deslocou para o local do acidente, lá chegando antes mesmo do SAMU; que encontrou o falecido deitado no chão queimado; que o falecido estava fora da estrada cerca de 30 a 40 metros para dentro da lavoura de cana; que a moto do falecido estava em pé e ele deitado do lado; que o falecido chegou a entrar na estrada de chão no sentido de Acreúna cerca de 300 a 500 metros; que o depoente não chegou a ir até o local dos resíduos; que não se recorda de ter visto cerca no local no dia, pois ficou muito apavorado e concentrou suas atenções no rapaz; que posteriormente não retornou ao local em que encontrou o falecido; que neste dia o Sr. Adilon saiu do trabalho entre 16 h e 16h20; que o Sr. Jeferson, outro empregado da reclamada, chegou a afirmar que o falecido foi a uma festa após ter saído do trabalho; que normalmente o falecido fazia o percurso para ir e voltar do trabalho fazendo o uso de transporte fornecido pela reclamada, mas no dia do acidente o Sr. Adilon estava utilizando sua motocicleta; que a festa que o falecido participou foi em Maurilândia, na casa de um colega; que da cidade de Maurilândia até o local do acidente são cerca de 18 km, aproximadamente; que o Sr. Jeferson chegou a afirmar que o falecido ingeriu duas latinhas de cerveja na casa do Rafael e duas outras na casa de uma parente do Sr. Jeferson; que mesmo após ingerir esta quantidade de cerveja o falecido ainda pilotou a moto; que não sabe informar se o falecido bebia com frequência; que não sabe informar se houve incêndio no canal próximo ao local em que o falecido se acidentou; que não há animais no local do acidente porque é uma região de cana; que o falecido, no momento em que o depoente chegou no local do acidente, não disse o que estava fazendo quando se queimou; que no local dos resíduos costumava ter cerca; que não chegou a ir ao local do acidente antes da data do acidente nem mesmo após a data do acidente; que sabe que no local dos resíduos costuma ter cerca porque lhe disseram, isto

após o acidente, quando da apuração do evento; que chegaram a ‘conclusão’ que o falecido teria ido ao mato fazer suas necessidades fisiológicas porque pela dedução das pessoas que apuraram o acidente não teria forma de ser outra coisa; que 95% do trabalho do falecido era no setor VV6 e quanto aos demais 5% o falecido se deslocava com um acompanhante para fazer o atendimento; que assina o ponto no momento que sai do trabalho; que no dia do acidente foi por volta das 17h50.” (fls. 292/293 – test. Gustavo Gomes da Silva.) Realces do Juízo.

“que trabalha para a reclamada desde 2002, desde o início como encarregado de fazenda; que não conheceu o falecido; que o falecido trabalhava na borracharia lá; que conhece o local onde ocorreu o acidente com o falecido; que no local existe uns resíduos de caldeira; que acredita que os resíduos foram colocados no local do acidente no ano de 2011; que os resíduos continuam ‘queimando’ por muitos dias; que acredita que ‘atualmente não tenha mais fogo lá’; que já chegou a fazer cerca no local do acidente, que esta é a terceira vez que faz a cerca; que a primeira cerca que construiu no local foi no início de 2010; que antes do acidente apenas fez a cerca uma vez; que após o acidente fez outras duas vezes, uma cerca de 60 dias após o acidente e outra está sendo feita nesses dias; que é uma cerca normal com 5 fios de arame lisos e com postes de Aroeira; que a última está sendo feita com Ipê; que normalmente é reutilizada madeira de demolição; que tanto antes quanto após o acidente o depoente não foi ao local onde o falecido se acidentou; que após o acidente, cerca de 30 dias após o depoente mandou refazer a cerca no local dos resíduos; que com frequência a cerca é arrancada por terceiros por causa da madeira para vendê-la, deixando no local apenas o arame caído no chão; que melhor esclarecendo cerca de 30 dias após o acidente refez a cerca; que cerca de 10 dias após o acidente o depoente passou

pelo local, que não prestou atenção se a cerca estava danificada, pois tem que cuidar de muitas coisas; que na fazenda onde ocorreu o acidente, ‘pelo menos no local deste’, apenas existem cana; que o pasto mais próximo com animais fica acerca de 2 km do local do acidente; que de vez em quando ‘encontra gado no meio da cana’; que não se recorda de ter visto gado dentro da lavoura de cana no local do acidente na época em que este aconteceu, mas já encontrou várias vezes gado dentro dos canaviais lá e em outras fazendas, ‘de vez em quando aparece’. Nada mais.” (fls. 293/294 – Tes. Silvio de Paula Barbosa.) Realces acrescidos.

Acresça-se, ainda, que como se vê pelas fotos juntadas aos autos, bem como pelos vídeos constantes do CD depositado em secretaria o local do acidente — não impugnado pelas Demandadas —, aparentemente, não induz a existência de perigo. Isto, somente à primeira vista. A ausência de perito é apenas aparente.

No particular, pelos vídeos é possível inferir-se, sem ingressar nos resíduos que estes se parecem a simples depósitos de argila. Logo, apenas pessoas que estão acostumadas a trabalhar com tais rejeitos industriais conheceriam a extensão dos riscos em eventual contato com o material.

Infere-se das imagens que ao colocar um pedaço de madeira no interior dos resíduos, mesmo meses após o acidente, este entra em combustão em poucos minutos. Portanto, os resíduos industriais em referência são perigosos e, por evidente, não poderiam e não podem ser descartados na forma que procedem as Requeridas.

Destaque-se, ao depositar tais resíduos às margens da rodovia potencializa o risco de acidentes, mormente porque por tais locais trafegam pessoas estranhas aos quadros das Demandadas. Aliás, até mesmo empregados das Requeridas podem se acidentar no local como ocorreu com o *de cujus*.

É de sabença ordinária que não se pode descartar dejetos às margens de rodovias. Tanto assim que, trafegando pelas vias estaduais ou federais verificamos advertências do tipo: ‘não jogue lixo na rodovia,’ “antes de construir consulte a Agetop” ou “DENIT”.

É também possível constatar pelas imagens que o local não foi isolado ou fechado para impedir acesso ao depósito de resíduos de caldeira como afirmam as Requeridas. As imagens mostram cerca caída no chão, possível de ser ultrapassada até mesmo por crianças.

Além disso, a testemunha, Sr. Sílvio de Paula Barbosa, apresentada pelas Requeridas e responsável pelas fazendas declarou em Juízo que mandou refazer a cerca no local do acidente 30 (trinta) dias após o nefasto evento que vitimou o *de cuius*. E, novamente, está reconstruindo a cerca, pois esta é destruída por terceiros para uso da madeira.

Vê-se, pois que o local é inapropriado para o descarte de rejeitos industriais.

As Requeridas deveriam observar os cuidados que descartes dos resíduos/rejeitos industriais da espécie exigem. Não o fazendo assumiu o risco da sua negligência e imprudência.

No caso, a causa ou *nexo causal adequado* que provocou a morte do Sr. Adilon foi a falta de cautela ou cuidado (negligência e imprudência) das Requeridas ao depositar os rejeitos onde não deveriam; em local vedado pela legislação ambiental, incorrendo, pois, em culpa, na forma do art. 186, do CC/2002 (CLT, art. 8º, Parágrafo único).

O nexo causal está patente, eis que a consequência do acidente, havido em terras de domínio das Requeridas levou a óbito o pai do primeiro e segundo Autores e irmão do terceiro.

Ora, reitere-se, o Grupo Empresarial requerido não pode depositar rejeitos industriais perigosos próximos às rodovias. Práticas negligentes e imprudentes como as adotadas pelas Demandadas em relação aos resíduos de

caldeira colocam em risco não só seus empregados, mas especialmente toda a comunidade da região.

Por fim, as Requeridas não se desincumbiram satisfatoriamente de seu encargo probatório acerca da alegada culpa exclusiva da vítima (CLT, art. 818 c/c art. 333, II), uma vez que não produziram quaisquer provas que evidenciassem que o *de cuius* tenha agido de forma imprudente ou negligente no sinistro que ceifou sua vida, sendo absolutamente insubsistente a presunção de culpa da vítima, como pretenderam fazer crer as Demandadas.

Dessa forma, existindo o dano, a culpa e o nexo causal entre o acidente que vitimou o *de cuius*, conforme demonstrado em linhas pretéritas, havidas no percurso do falecido com destino à sua residência deve, pois, as Requeridas responder pelas reparações decorrentes.

2.2.3. – Dos Danos Materiais. Pensio- namento — 1º e 2º Autores

Postulam os Autores (1º e 2º) sejam as Demandadas condenadas ao “*pagamento de pensão vitalícia aos filhos (Reclamantes), no valor dos ganhos reais da vítima, quer a título de salário direto, quer indireto, incluindo-se as horas extras e as integrações, bem como, todos os reajustes salariais e em Convenções Coletivas ou reajustes legais, integrados desde a data do acidente, devendo a indenização ser corrigida no tempo, sendo que as prestações vencidas até o efetivo pagamento deverão ser acrescidas de correção monetária e juros legais*” (fls. 38).

Asseveram que “a indenização mencionada deverá vigorar desde a data do evento mortis, até aquela em que a vítima completaria os 71 anos de idade, tendo em vista ser essa a idade média do brasileiro segundo dados do IBGE, a ser paga de uma só vez” (fls. 38). Destaques da peça de ingresso.

Apontam como valor pretendido a importância de R\$ 608.522,20 (seiscentos e oito mil, quinhentos e vinte e dois reais e vinte centavos), neste inseridos os efeitos do 13º salário.

Sucessivamente, postulam que “*caso não seja este o entendimento de Vossa Excelência, em atendimento ao princípio da subsidiariedade, roga-se para que seja a Empregadora incumbida a efetuar o pagamento de forma mensal de referida pensão, com a devida constituição de patrimônio para tanto*” (fls. 41). Destaques dos Autores.

Defendem-se as Demandadas, alegando serem exagerados os valores pretendidos pelos Autores.

Refutam o pedido de pensão vitalícia dos filhos, aduzindo serem indevidos e, *ad cautelam*, asseveram que “*a pensão devida aos filhos, a não ser em casos excepcionais, não vai além dos seus dezoito anos de idade, quando cessa o poder familiar e a obrigação alimentar do genitor*” (fls. 159).

Postulam, *ad cautelam*, em eventual condenação a observância da idade máxima de 18 (dezoito) anos ou, antes de tal idade, caso ocorra alguma das causas de emancipação dos filhos do *de cuius*.

Admitem, todavia, o pensionamento até os 25 anos, casos estes estejam, comprovadamente, matriculados em curso superior e não possuírem condições de subsistência com o fruto de seu trabalho.

No que se refere à base de cálculo, de eventual pensionamento, invocam a adoção do salário do *de cuius*, deduzido de 1/3, com a qual, se em vida, proveria suas próprias necessidades.

Asseveram que a pretensão de pagamento de eventual pensionamento, na forma do art. 950, Parágrafo único, do CC/2002 ocorre por arbitramento judicial, não pela soma aritmética das pensões mensais vencidas e vincendas, como requerido pelos Demandantes.

Refutam o requerimento de constituição de capital, sob o argumento de que “*não há necessidade de imobilização de capital para assegurar o cumprimento da obrigação, posto que as reclamadas são empresas sólidas, pessoas*

jurídicas de direito privado com capacidade econômica, bastando, para o cumprimento de condenação (o que só se admite para argumentação) a inclusão dos beneficiários nas suas folhas de pagamento, nos termos do art. 475-Q, § 2º, do CPC” (fls. 164/165).

Pois bem.

Conforme visto no tópico anterior, os pressupostos para a responsabilização das Requeridas e o exame da culpa pelo acidente que gerou a morte do pai dos Autores (1º e 2º) e irmão do segundo, já estão superados, aos quais se remete para evitar repetição.

Destaque-se, a reparação, na espécie, visa a compensar os danos materiais suportados pelos Demandantes, decorrentes da morte prematura do empregado, pai e provedor familiar. O parâmetro temporal correto a se observar é a expectativa de vida do *de cuius*.

É por este período que, se ainda vivo o empregado, estaria ele apto para produzir renda a seus filhos, o que cessaria, com sua morte “natural”. Todavia, teve a vida ceifada, de forma abrupta, aos 27 anos de idade.

Ora, nos termos do art. 7º, XXVIII, da CF/88, são direitos dos trabalhadores “*seguro contra acidente do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa*”.

Seguindo este norte estabelece a Lei Civil em vigor, em seu art. 948, inc. II, relativamente aos homicídios por atos ilícitos (hipótese que se amolda ao caso vertente):

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

[...]

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Destaquei.

Merece, desde logo, salientar que a percepção de benefício previdenciário não constitui óbice ao deferimento do pensionamento pleiteado. Tal benefício visa proporcionar ao

corpo social e a cada indivíduo a garantia da seguridade sob o aspecto econômico.

A indenização a título de danos materiais, por seu turno, tenta compensar os prejuízos econômicos decorrentes do ato lesivo, possuindo finalidade distinta daquele primeiro.

No particular, adverte Aguiar Dias, “*o que se procura, com a indenização, é restabelecer o status quo anterior ao dano. A indenização não empobrece e nem enriquece. O responsável é obrigado a repor os beneficiários da vítima na situação em que estariam, sem o dano*” (DIAS, José Aguiar. Da Responsabilidade Civil. V. II, 1995, p. 756).

Aliás, esta é a regra motriz da Lei Substantiva Civil quando estatui em seu art. 944 que a reparação deve ser integral, sendo proporcional à extensão do dano.

Nessa direção, a cobertura acidentária pelo INSS não exclui a responsabilidade civil do empregador de arcar com o pagamento de indenizações por dano moral e/ou material quando incorrer em dolo ou culpa.

A propósito, o art. 121 da Lei n. 8.213/91, expressamente estabelece que “*o pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem*” (Destaquei).

Este, aliás, é o entendimento assente jurisprudencial dos Tribunais Regionais pátrios, a título ilustrativo, confira arestos originários do TRT da 3ª Região:

EMENTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DO TRABALHO. CUMULAÇÃO COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. *Os proventos recebidos mensalmente do INSS não excluem o direito da vítima à indenização pelos danos materiais e morais sofridos. A cumulação entre o seguro acidentário e a indenização por responsabilidade civil atribuída ao empregador encontra-se assegurada pela Constituição da República, que estabelece, no art. 7º, inciso XXVIII, que a cobertura do seguro acidentário não exclui o cabimento de indenização, nos casos de dolo*

ou culpa do empregador. O art. 121 da Lei n. 8.213/91 prevê que o pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho, não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem. Além dos fundamentos legais, a matéria também se encontra solucionada pelo STF por intermédio da Súmula n. 229. Ademais, esse entendimento está uniformemente pacificado na doutrina mais autorizada a respeito e na torrencial jurisprudência do STJ e dos Tribunais de Justiça dos Estados. Com efeito, o chamado seguro acidentário não oferece qualquer cobertura além da que já é concedida normalmente pela Previdência Social. O valor que o empregado recolhe, atualmente, a título de seguro de acidente do trabalho 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 de trabalho, mas uma parcela adicional para financiar os benefícios previdenciários concedidos pelo INSS, dentre eles, aqueles decorrentes dos infortúnios do trabalho. *O seguro de acidente do trabalho da Previdência Social não indeniza, no sentido técnico da palavra. Basta mencionar que os 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 apenas 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 a vítima desfrutava antes do evento danoso (...)* (Processo n. 01005-2006-142-03-00-7 RO, rel. Des. Sebastião Geraldo de Oliveira, DJMG 4.5.2007, destaquei.)

EMENTA: DANO MORAL DECORRENTE DE ACIDENTE DO TRABALHO — PENSÃO VITALÍCIA — BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO — PARCELAS COMPATÍVEIS ENTRE SI. *O benefício previdenciário tem por objetivo proporcionar ao corpo social e a cada indivíduo a garantia da seguridade, sob o aspecto econômico. Já a pensão mensal vitalícia, deferida a título de reparação por*

danos materiais, tem por objetivo garantir a manutenção do padrão de vida proporcionado pelo trabalho da vítima. Percebe-se, portanto, que se trata de parcelas distintas, donde não ser incompatível o deferimento de ambas. (Processo: 00977-2008-058-03-00-3 RO. Data de Publicação: 6.5.2009. Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator: Marcus Moura Ferreira. Revisor(a): Maria Laura Franco Lima de Faria. Recorrente(s): Enprol Engenharia e Projetos Ltda. Recorrido(s): Marcelo Rodrigues de Faria, destaques de agora.)

Desse modo, não merece acolhida a tese empresária, invocada com fundamento no pagamento do Seguro de Acidentes Pessoais — SAT, pois este decorre da morte do trabalhador e é pago pela Previdência Social, independentemente da verificação de atos praticados pelas Demandadas (teoria objetiva), e são previstas na legislação previdenciária.

Lado outro, a pensão mensal vindicada pelos Autores depende da verificação do ato ilícito praticado pelas Demandadas, e decorre da sua responsabilidade objetiva ou subjetiva, tendo por fundamento o art. 7º, XXVIII, da CF, e este dispositivo não contém regra de exclusão em face da cobertura do seguro acidentário.

De acordo os ensinamentos de Sebastião Geraldo de Oliveira (Indenização por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional. 5. ed. LTr. São Paulo. p. 240), “*a indenização dos lucros cessantes decorrentes da morte do acidentado abrange a prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima (art. 948, II, do Código Civil)*”.

Além disso, a dependência, em relação ao cônjuge e aos filhos é presumida (art. 16, inciso I e § 4º, da Lei n. 8.213/91).

Na espécie, a indenização se justifica porque “*a morte do acidentado, por óbvio, interrompe os rendimentos gerados pelo contrato de trabalho; conseqüentemente, a indenização tem o propósito de assegurar ao grupo familiar que dependia da vítima o mesmo padrão de*

renda então mantido” (Sebastião Geraldo de Oliveira, ob. cit., p. 240, destaquei).

Não é só. A “*lógica do cálculo dos lucros cessantes leva em conta os rendimentos que a vítima percebia e não as necessidades dos seus dependentes*” (Sebastião Geraldo de Oliveira, ob. cit., p. 241, grifos adicionados).

No caso dos autos, o trabalhador vitimado era pai do 1º e 2º Requerentes, sendo responsável pelo sustento destes.

Portanto, é fato notório que os filhos que dependiam economicamente do acidentado morto são beneficiários natos da pensão prevista no art. 948, II, do CC.

A dependência dos filhos menores não emancipados ou estudantes até os 25 anos é presumida. Acima desta idade é necessária a comprovação do prejuízo, como, por exemplo, a situação do filho inválido impossibilitado de prover seu próprio sustento.

Cabe também aqui fazer registro de que, na forma do art. 402, do CC/02, as perdas e danos abrangem o que os Autores perderam mais o que razoavelmente deixaram de auferir em decorrência do falecimento prematuro do pai.

Reitere-se, no que concerne à limitação temporal do pensionamento aos filhos, com razão as Demandadas, no sentido de que este seja limitado à maioria dos Autores ou à emancipação destes antes de tal marco temporário. Ou, ainda, até os 25 (vinte e cinco) anos de idade, caso estejam matriculados em curso superior e não puderem prover seu sustento com o fruto de seu trabalho.

Assim, considerando que o salário do empregado deve ser pago a cada mês, na forma do art. 459, da CLT, também a indenização por lucros cessantes deverá ser apurada e paga mensalmente, sob a forma de pensionamento.

Lado outro, apesar da redação do art. 948, II, estabelecer que o pensionamento deve levar em conta a duração provável da vida da vítima. Não resta possível o atendimento de tal regramento no caso dos autos, porquanto, os autores

quando do ingresso da ação, estabeleceram como limitação ao pensionamento, a data em que o falecido viesse a atingir a idade de 71 (setenta e um) anos (petição inicial, fls. 38).

Prosseguindo, também com razão as Requeridas no que se refere as circunstâncias evidenciadas nos autos que autorizam a presumir que 1/3 da remuneração do trabalhador vitimado era utilizado para manutenção própria, porquanto cabível a presunção de que toda pessoa adulta, não sendo inválida, deve prover às próprias necessidades, o que, aliás, é um dever ético.

Nesse sentido é o entendimento deste Tribunal Regional:

DANOS MATERIAIS. INDENIZAÇÃO. CÁLCULO. ABATIMENTO DA PARTE RELATIVA AOS GASTOS PESSOAIS DO DE CUJUS. Segundo autorizada doutrina, “o deferimento da pensão pela totalidade dos rendimentos da vítima, no caso de morte do empregado, mostra-se excessivo ou repara além do real prejuízo porque não leva em consideração que a vítima despendia parte dos rendimentos com o seu próprio sustento e despesas pessoais”. *Portanto, o cálculo da indenização devida ao beneficiário deve observar a dedução da parte relativa aos gastos pessoais do de cujus que, em regra, arbitra-se em 1/3 dos rendimentos, mas pode ser maior ou menor de acordo com a prova produzida.* (Processo TRT RO-01222-2005-001-18-00-0, rel.: Des. do Trab. Platon Teixeira de Azevedo Filho. 2ª turma, Publicação: DJ Eletrônico Ano I, n. 31, de 20.3.2007, p. 06. G. n.)

Isto porque, leva-se em conta aquilo que ordinariamente acontece, dado que normalmente, nesta idade, o filho já completou sua formação escolar ou universitária e já dispõe de condições para conquistar sua independência financeira ou mesmo contrair matrimônio.

Nesse sentido, vem caminhando a jurisprudência, notadamente a do STJ. Confira:

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MORTE DO PAI E COMPANHEIRO. IDADE-LIMITE PARA A PENSÃO DA FILHA MENOR. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE.

Tratando-se de pensão pela morte do pai a obrigação vai até a idade que a menor completar 25 anos, na forma da mais recente jurisprudência da Corte. (STJ. 3ª Turma. REsp. n. 650.853. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 13.6.2005.)

Dessa forma, resta igualmente afastada a pretensão das Demandadas de fixação do limite temporal do pensionamento quando os Autores atingirem a maioridade, ou seja, 18 (dezoito) anos.

Contudo, à míngua de comprovação que o 1º e 2º Demandantes sejam inválidos e necessite de pensionamento de forma vitalícia, o valor fixado ficará limitado à data em que os Autores completarem 25 (vinte e cinco) anos de idade, ou seja, em 31.10.2026 para o Autor Gustavo Lopes do Couto e, em 13.12.2027 para o Autor Maycon Lopes Couto, ante os fundamentos antecedentes.

Contudo, atingido o Autor Gustavo Lopes do Couto a idade de 25 (vinte e cinco) anos ou perdendo a condição de beneficiário, caso eventualmente, venha a falecer antes de completar tal idade, sua cota-parte no pensionamento deverá ser acrescida à cota-parte do Autor Maycon Lopes Couto.

O direito de crescer deverá também ser observado em relação ao Autor Gustavo Lopes do Couto, caso seu irmão, Maycon Lopes Couto, também pensionista, venha a falecer antes de completar 25 (vinte e cinco) anos ou perder a condição de beneficiário.

Tudo à luz do que prevê o § 1º do art. 77 da Lei n. 8.213/91:

“Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em partes iguais.

§ 1º Reverterá em favor dos demais a parte daquele cujo direito à pensão cessar.

Tal entendimento decorre da consagração antiga da Jurisprudência do STF:

EMENTA. RESPONSABILIDADE CIVIL, EM DECORRÊNCIA DE ACIDENTE FERROVIÁRIO. PENSÃO. INDENIZAÇÃO À

VIÚVA E À FÍLHA DA VÍTIMA. *Cessada a quota de pensão devida a uma das beneficiárias, ela reverterá em favor da remanescente.* (STF. 2ª Turma, RE n. 73.463, rel. Min.: Eloy Rocha. Julgado em 21.8.1972. Destaques de agora.)

No mesmo sentido, a consolidação da jurisprudência do então TRF, conforme se verifica do conteúdo de seu verbete sumular n. 57:

É cabível a reversão da pensão previdenciária e daquela decorrente de ato ilícito aos demais beneficiários, em caso de morte do respectivo titular ou a sua perda por força de impedimento legal. Destaquei.

O direito de acrescer, portanto, reside na constatação lógica de que a vítima, se viva fosse, quando cessasse o desembolso para algum dos dependentes, presumidamente assistiria melhor aos demais, notadamente em circunstâncias como a dos autos que possui natureza reparatória e do princípio basilar do *restitutio in integrum*.

A esse propósito, confira julgado Egrégio Regional da 3ª Região:

EMENTA: PENSÃO POR MORTE OCACIONADA EM ACIDENTE DO TRABALHO — DIREITO DE ACRESCEM DOS BENEFICIÁRIOS REMANESCENTES — O beneficiário da pensão decorrente do ilícito civil tem direito de acrescer à sua quota o montante devido a esse título aos outros filhos do de cujus, em virtude do advento da maioridade destes ou em caso de morte dos outros titulares, justificando-se o respectivo direito pela presunção de que os pais, se vivos fossem, melhor assistiriam os filhos remanescentes, até quando alcançassem a idade-limite de 25 anos, adquirindo autonomia econômica. (TRT 3ª Região. 8ª Turma. RO 00331-2006-134-03-00-2, rel. Des. Márcio Ribeiro do Vale, DJ 7.10.2006.) Destaques acrescidos.

Por tais fundamentos, em eventual perda do direito do pensionamento por um dos filhos (1º ou 2º Requerentes) do *de cujus*, o valor deverá ser acrescido à pensão do Autor sobrevivente.

Para o cálculo do valor do pensionamento, deve ser utilizado como parâmetro o valor do salário do *de cujus*, vigente à época do evento danoso, reconhecido pelas Demandadas, R\$ 1.063,85 (um mil, sessenta e três reais e oitenta e cinco centavos) mensais, conforme se infere da peça de defesa no último parágrafo das fls. 162 dos autos.

Dessa forma, fixo em 2/3 do salário percebido pelo de cujus (R\$ 1.063,85), à época de seu falecimento, o valor da pensão mensal devida aos Demandantes, importando no valor de R\$ 709,23 (setecentos e nove reais e vinte e três centavos) mensais, exigível a partir da data do evento danoso — 14.9.2011 — (CC, art. 402), a ser rateado entre o 1º e 2º Requerentes, à razão de 50% (cinquenta por cento) para cada um, observadas as condições antecedentes.

Devida ainda a gratificação natalina (13º salário), limitado, todavia ao valor apurado para o mês de dezembro de cada ano, observando-se os parâmetros a seguir para as parcelas vencidas e vincendas, sendo certo que a primeira parcela corresponderá a 04/12 (quatro doze avos), relativa ao período de 14.9.2011 a 31.12.2011.

Ressalte-se que as parcelas vencidas provenientes do pensionamento devem ser pagas de uma só vez.

A correção da importância ora fixada, relativa às parcelas vencidas será mensal, a partir data da data do evento danoso (14.9.2011), tendo como base os índices da Tabela Única para Atualização e Conversão de Débitos Trabalhistas de que trata a Resolução n. 008/2005 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, a teor do entendimento assente na Súmula n. 43 do STJ que prevê “*incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo*”.

E, ainda, quanto às parcelas vencidas, após atualização monetária antecedente, serão corrigidas por juros, incidentes, a partir do evento danoso, na forma da Súmula n. 54 do STJ que prevê: “*os juros moratórios fluem a partir do*

evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”, no percentual de 1,00% (um por cento) ao mês, conforme estatui o art. 406 do CC/02.

Quanto às parcelas vincendas serão previamente atualizadas, tendo como base os índices da Tabela Única para Atualização e Conversão de Débitos Trabalhistas de que trata a Resolução n. 008/2005 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, do evento danoso até a data de sua exigibilidade, acrescidas dos juros legais, fixados na forma do parágrafo anterior. Todavia, os juros, por serem moratórios, apenas serão exigidos a partir do vencimento de cada parcela, ou seja, de forma decrescente.

Por fim, examina-se o requerimento dos Requerentes de pagamento do pensionamento em parcela única, na forma do art. 950, Parágrafo único, do CC/2002.

Comungamos, na espécie, do entendimento adotado pelo Mestre Sebastião Geraldo de Oliveira de que:

“[...] a possibilidade de exigir o pagamento de uma só vez fica restrita aos casos do pensionamento devido à própria vítima, ou seja, quando ocorre invalidez permanente total ou parcial. Ao se analisar a localização topográfica do parágrafo e considerando a técnica de elaboração legislativa, pode-se perceber que a faculdade só tem aplicação na hipótese indicada no caput do art. 950 do Código Civil, não abrangendo o pensionamento decorrente de óbito do acidentado.” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. LTr. 5. ed. São Paulo: 2009. p. 315.) Realces ausentes no original.

Destaque-se, se fosse cabível deferir o pagamento da pensão de uma só vez a cada um dos filhos (requerentes) do acidentado morto, haveria no arbitramento do valor um cálculo complexo e impreciso, com diversas variáveis e resultados diferentes, porquanto cada dependente teria um limite temporal diferente para auferir o rendimento.

Além disso, haveria o risco de transformar o pagamento da pensão aos dependentes econômicos em verba de natureza patrimonial a ser dividida igualmente entre os Autores (1º e 2º).

Ressalte-se, ainda, que não se deve perder de vista que a finalidade essencial do pensionamento é garantir à vítima o mesmo nível dos rendimentos que até então percebia e não lhe conceder um capital para produzir rendas futuras.

Com efeito, se os Autores (1º e 2º) em poucos anos ou meses consumir o valor recebido acumuladamente, passará o restante do período que poderia receber o pensionamento até atingir 25 anos em arrependimento tardio, porém, ineficaz.

Ressalte-se mais, por tratar-se de dependentes menores, que necessitarão no curso da vida até possuírem condições de subsistência por seus próprios meios dos valores de forma contínua e perene.

Assim, reputo, no caso, o pagamento mensal mais adequado, pelo que afasto o requerimento de pagamento em parcela única de que trata o art. 950, Parágrafo único, do CC/2002.

Fundamentos pelos quais julgo procedente, em parte, o pedido de pensionamento nas condições antecedentes. A apuração dos valores devidos ocorrerá em regular liquidação de sentença.

Registre-se, finalmente, que os valores apurados em liquidação, bem como a pensão mensal devidas ao 1º e 2º Requerentes deverão ser depositados em caderneta de poupança própria para que seja levantada quando completarem 18 (dezoito) anos ou quando houver autorização judicial para aquisição de imóvel destinado à residência destes e de sua família ou para dispêndio necessário à subsistência e à educação dos mesmos, nos exatos termos do art. 1º, § 1º, da Lei n. 6.858/80.

Fica autorizada, todavia, a dedução dos valores apurados relativos aos honorários advocatícios pactuados com os patronos do 1º

e 2º Requerentes, respeitando-se o limite legal de 20% (vinte por cento), na forma do art. 20, § 3º, do CPC, mediante a colação aos autos do contrato de prestação de serviços advocatícios.

O Ministério Público do Trabalho — MPT deverá ser ouvido, previamente, a qualquer liberação dos valores depositados e/ou de eventual proposta de acordo, conforme requerido às fls. 93 dos autos.

2.2.3.1. – Da Constituição de Reserva de Capital

Postulam os Requerentes (1º e 2º), em caso de deferimento de pensionamento mensal, a constituição de patrimônio que viabilize o pagamento da verba mensal.

Resistem as Requeridas, sustentando que “*não há necessidade de imobilização de capital para assegurar o cumprimento da obrigação, posto que as reclamadas são empresas sólidas, pessoas jurídicas de direito privado com capacidade econômica, bastando, para o cumprimento de condenação (o que só se admite para argumentação) a inclusão dos beneficiários nas suas folhas de pagamento, nos termos do art. 475-Q, § 2º, do CPC*” (fls. 164/165).

Com razão os Autores, filhos do *de cuius*.

A determinação de constituição de capital, com o objetivo de resguardar a pensão deferida é providência que se revela útil e necessária, ainda que as Demandadas sejam atualmente sociedades empresárias financeiramente idôneas, devendo aqui levar em consideração as oscilações do mercado e o longo prazo em que a parcela será devida, cerca de 12/13 anos.

Destaco que a história recente da economia nacional e mundial traz registros de grandes empresas que sucumbiram às injunções mercadológicas. Cito, a título de exemplo, Pan Am — gigante americana da aviação —; Varig — (empresa brasileira, igualmente considerada sólida); Sharp; Banco Bamerindus; Banco Nacional, dentre outros.

A pretensão dos Demandantes encontra amparo nos comandos do art. 475-Q, *caput*, do CPC, de seguinte teor:

Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimento, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor a constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão. Destaquei.

A possibilidade prevista nos arts. 20, § 5º e 475-Q, § 2º, ambos do CPC, que faculta a consignação da pensão na folha de pagamento do devedor, em geral é indicada quando o devedor é pessoa jurídica de direito público, já que inexistente o risco de insolvabilidade, sendo também admitida para as empresas públicas ou de economia mista com notória idoneidade.

Todavia, em se tratando de empresas privadas, por mais sólidas e confiáveis que sejam não é possível presumir que a solidez econômica perdurará por muitos anos, de modo a permitir a dispensa da garantia, porquanto diante da realidade econômica nacional, não se ignora que ocorrem falências inesperadas, mesmo de grandes corporações.

No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência do TRT da 3ª Região:

EMENTA: CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO. PENSÃO MENSAL — *Em que pese a idoneidade financeira do empregador, não é possível presumir que a solidez econômica perdurará por muitos anos, sendo cabível a condenação do reclamado à constituição de capital que assegure o cumprimento da obrigação relativa à pensão mensal, nos termos do art. 475-Q, do CPC.* A possibilidade prevista no art. 20, § 5º, do CPC, que faculta a consignação da pensão na folha de pagamento do devedor, em geral é indicada quando o devedor é pessoa jurídica de direito público, já que inexistente o risco de insolvabilidade, sendo também admitida para as empresas públicas ou de economia mista com notória idoneidade, não sendo cabível no caso de empresas privadas ou pessoas físicas. (Processo: 00436-2008-090-03-00-3 RO. Data de Publicação: 04/05/2009. DEJT. Pág. 21. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Sebastião Geraldo de Oliveira. Revisor: Luiz Ronan Neves Koury. Recorrente: Edmundo Chaves de Oliveira. Recorrido: Antônio Besso Chaves.)

Sobreleva dizer que, uma vez determinado o pagamento da pensão vitalícia, o cumprimento da obrigação deve ser assegurado, independentemente do requerimento dos Autores, a fim de dar efetividade à tutela jurisdicional, embora na espécie, tenham os Demandantes requerido a garantia.

A matéria foi abordada pelo Mestre Sebastião Geraldo de Oliveira, em sua obra “Indenização por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional” — Editora LTr — junho/2005, dispondo que:

“O comando legal, por entender indispensável a garantia, foi adotado em tom imperativo, como norma de ordem pública, devendo o juiz determinar o cumprimento, independentemente de pedido dos credores da pensão. E a garantia não é só do pagamento da renda mensal; exige-se que seja destacado capital suficiente para gerar renda equivalente ao valor da pensão. Temos na sequência lógica: capital que produz renda, que gera alimentos, que garante a sobrevivência. É o propósito da lei de assegurar, com a fidelidade possível, que a morte injusta do acidentado não faça desaparecer o provedor.

O capital constituído por imóveis ou por títulos da dívida pública será inalienável e impenhorável, enquanto durar a obrigação do pensionamento (art. 602, § 1º do Código de Processo Civil). Os bens indicados permanecem normalmente na posse do devedor, mas os rendimentos têm destinação direcionada: garantir o pagamento mensal da pensão. Somente quando cessar a obrigação é que o juiz fará a liberação do gravame (art. 602, § 4º do CPC).”

Portanto, inquestionável a necessidade de se constituir um capital que assegure o cumprimento da obrigação, ora deferida ao 1º e 2º Requerentes, em face do acidente de trabalho itinerante que vitimou o provedor familiar, em decorrência das incertezas econômicas do mundo atual, sendo a finalidade precípua proporcionar aos Autores a segurança de que

os recebimentos das prestações não resultarão frustrados.

Por isso, a cautela recomenda a constituição de reserva de capital para garantia do recebimento das prestações de quem, na causa, foi exitoso.

Neste sentido também o STJ, por meio da Súmula n. 313 entendeu que:

“Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado.” DJ 6.6.2005.

Frise-se, então, que se faz necessária a constituição de capital em garantia do adimplemento de prestações vincendas, recomendando a cautela, a constituição de capital em valor que assegure o adimplemento das prestações.

Desta feita, **determino** às Demandadas que comprove, em 10 (dez) dias, após o trânsito em julgado desta sentença, depois de intimada para tanto, a constituição de capital, cuja renda assegure o cumprimento/pagamento das prestações relativas à pensão mensal, sob pena de penhora a ser determinada pelo Juízo, desde já autorizada.

2.2.4. – Dos Danos Materiais – Ressarcimento – 3º Requerente

Sustenta o Autor, 3º Requerente, que “*por não ter tido qualquer assistência da empregadora, teve que arcar com todas as despesas oriundas do sinistro que ceifou a vida de seu irmão*” (fls. 49).

Requer o “*ressarcimento de todas despesas carcomes em decorrência do acidente ocasionado pela negligência criminosa da empregadora, perfazendo a quantia de R\$ 3.856,69 (três mil, oitocentos e cinquenta e seis reais e sessenta e nove centavos)*” (fls. 49).

Defendem-se as Requeridas, asseverando que inexistem provas das despesas.

Acrescentam que “*as notas fiscais que instruem a inicial comprovam um gasto de R\$ 3.490,85, sendo de se observar que o documento*

de fl. 79 refere-se à mesma despesa quitada pelo recibo de fl. 81” (fls. 165).

Ao exame.

Uma vez constatado o dano e estando presentes os demais pressupostos da responsabilização das Requeridas, examinados em tópico precedente, ao qual se remete para evitar repetição.

Nesta esteira, em relação à pretensão em exame, estatui a Lei Substantiva Civil, aqui aplicável supletivamente:

“Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família.”

Os comandos legais antecedentes regem os danos materiais emergentes.

Destaque-se, o dano indenizável não é a morte da vítima em si, mas os desembolsos ou prejuízos materiais experimentados por aqueles que foram diretamente afetados, no caso o 3º Requerente.

Nessa esteira, a indenização dos danos emergentes no acidente do trabalho, como os da espécie, consiste no pagamento das despesas de tratamento da vítima, o funeral e o luto da família (art. 948, I, CC/2002).

No particular, a doutrina e a jurisprudência entendem que estão abrangidos nos danos emergentes: despesas com tratamento médico hospitalar; remoção do corpo da vítima, como no caso dos autos; gastos diversos com o funeral, jazigo perpétuo ou a construção de mausoléu, de acordo com os usos e costumes adotados pela classe social da vítima.

Destaco, ainda, outros danos comprovados também devem ser ressarcidos, já que o comando legal é meramente exemplificativo.

Contudo, para efeito de reparação, as despesas a serem ressarcidas devem ser comprovadas mediante recibos detalhados ou notas fiscais, levando-se em conta, ainda, as tradições locais e os cultos religiosos praticados pela família do morto.

Registre-se, entretanto, segundo nos ensina Sérgio Cavalieri, se as despesas com funeral não forem comprovadas com documentos, a jurisprudência tem arbitrado uma verba de até cinco salários mínimos, por entender tratar-se de despesas inevitáveis. Confira:

“Por mais humilde que seja a família da vítima, não deixará um ente querido ser sepultado como indigente na vala comum. Isso nada tem mais é que a aplicação de uma regra de experiência comum”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2008. p. 115).

Por seu turno, os danos emergentes devem ser ressarcidos de imediato e de uma só vez, para recompor logo o patrimônio dos prejudicados, devendo-se apurar todos os valores despendidos, com apoio no princípio do *restitutio in integrum*.

Vale assinalar que o titular do direito ao ressarcimento é aquele que efetivamente arcou com tais despesas, não sequer necessário ser dependente direto do acidentado, como ocorre no caso, pois os gastos foram suportados pelo 3º Requerido, irmão do *de cuius*.

Examinando as provas carreadas aos autos verifico às fls. 79/81 que o 3º Requerente, irmão do *de cuius*, comprovou, documentalmente, que suportou os gastos que teve com o funeral do Sr. Adilon Rodrigues do Couto.

Todavia, verifico, conforme destacado pelas Demandadas, que os comprovantes indicados às fls. 79 e 81, no importe de R\$ 95,84 (noventa e cinco reais e oitenta e quatro centavos), referem-se à mesma despesa. Assim, apenas será considerada uma única vez para fins de ressarcimento.

Nessa ordem de ideias os valores de R\$ 95,84 (noventa e cinco reais e oitenta centavos), gastos em 15.9.2011 (fls. 79); R\$ 2.695,00 (dois mil seiscentos e noventa e cinco reais), gastos em 16.9.2011; e, ainda, R\$ 700,01 (setecentos reais e um centavo), despendidos em 19.9.2011.

Desse modo, as despesas totalizam R\$ 3.490,85 (três mil, quatrocentos e noventa reais

e oitenta e cinco centavos) e não valor o total requerido na peça de abertura.

Pelos fundamentos antecedentes **condeno** as Demandadas a ressarcir ao 3º Requerente, **Antônio Uires do Couto**, o valor de R\$ 3.490,85 (três mil, quatrocentos e noventa reais e oitenta e cinco centavos).

A correção das importâncias a serem ressarcidas ao 3º Requerente, relativas às **despesas com funeral do de cujus** será mensal, a partir das datas da ocorrência de cada uma (15, 16 e 19.9.2011), tendo como base os índices da Tabela Única para Atualização e Conversão de Débitos Trabalhistas de que trata a Resolução n. 008/2005 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, a teor do entendimento assente na Súmula n. 43 do STJ que prevê “*incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo*”.

E, ainda, **após atualização monetária antecedente**, serão corrigidas por juros, incidentes, a partir das mesmas datas, na forma da Súmula n. 54 do STJ que prevê: “*os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*”, no percentual de 1,00% (um por cento) ao mês, conforme estatui o art. 406 do CC/02.

2.2.5. – Dos Danos Morais Reflexos – (Ricochete)

Alegam os Requerentes que “*No caso em apreço o dano moral fundamenta-se no sofrimento, na aflição e na angústia que os Requerentes têm vivenciado em decorrência da dor emocional e psicológica, posterior ao acidente funéreo ocorrido com o ente querido da família. Os autores viram cercados de vários problemas pelos quais jamais imaginaram passar devido a morte de seu pai/irmão*” (fls. 45/46).

Acrescentam que “*além da dor e sofrimento desencadeado pelo acidente, que por si só gera o dano moral, ainda hoje não se pode esquecer a forma trágica da morte de seu ente tão querido. Indubitavelmente ficará in perpetuum a expiação, o trauma, o vazio e o inconformismo*

na vida dos Reclamantes, sentimentos que nem o tempo os aniquilará” (fls. 46). **Realce da inicial.**

Em face de tais argumentações postulam a fixação de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) para cada um dos filhos (1º e 2º) Requerentes e, ainda R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para o irmão, 3º Requerente.

Defendem-se as Demandadas, asseverando que “*o acidente sofrido pelo Reclamado (sic) não pode, de forma alguma, ser imputado às reclamadas*” (fls. 156).

Contudo, *ad cautelam*, aduzem que “*no caso de eventual procedência do pedido de indenização a título de dano moral, hipótese que se aceita apenas para argumentar, é de se destacar que o montante da indenização não pode ser tão elevado, de forma a transformá-la em enriquecimento sem causa. Esta indenização visa a “amenizar a dor” e não a proporcionar uma vida de deleites e tranquilidade financeira. Não pode ser fonte de rendas*” (fls. 156). Destaques da Defesa.

Presentes, os requisitos legais é o dever das Requeridas de indenizar os Demandantes pelos danos morais sofridos (CF, art. 5º, X; art. 7º, XXVIII, e CC, arts. 186 e 927), cujo exame se remete para o tópico específico para evitar repetições.

Na precisa lição da Juíza Maria Cecília Alves Pinto “*o dano moral pode ser conceituado como o sofrimento humano provocado por ato de terceiro que ataca valores íntimos da pessoa, os quais constituem a base sobre a qual sua personalidade é moldada e sua postura nas relações da sociedade é sustentada*” (TRT 3ª Região. Oitava Turma. Processo 01158-2006-113-03-00-9. DJMG 21.04.2007, p. 34).

É de sabença ordinária que os danos causados pelo óbito de um empregado atingem, reflexamente, outros parentes ou mesmo terceiros que compartilham da convivência do acidentado. É o denominado danos morais indiretos ou em ricochete, decorrentes do ato ilícito.

A morte de um ente querido causa sofrimento intenso para o cônjuge, filhos, irmãos,

avós, sobrinhos, primos, dentre outros, notadamente em face das circunstâncias como as estampadas nestes autos.

No que se refere aos danos de ordem moral em casos como o ora examinado, prescinde provar a dor sofrida pelos filhos, bem como pelo irmão do *de cuius*, uma vez que a afetividade fraterna é algo que se presume.

No caso dos autos, é evidente que a morte do pai dos dois primeiros Requerentes e irmão do terceiro, originada do acidente do trabalho provocou sofrimento, consistente na dor, angústia, raiva, frustração, decepção e saudade daquele cuja convivência lhes foi retirada.

Não há como desprezar a dor fraterna pela perda do pai ou de um irmão, dor essa que independe de prova.

Não restam dúvidas de que esses sentimentos afetam sobremaneira os Demandantes, principalmente no direito fundamental à vida saudável e a integridade psicológica. A morte abrupta e inesperada do trabalhador fez interromper a esperança dos filhos e irmãos de se reencontrarem e de estabelecerem trocas de experiências e afetividade.

A sociedade esta acostumada com a ordem cronológica da vida, infância, adolescência, maturidade e velhice. Não é fácil aceitar que a vida de um ente querido foi interrompida, principalmente de forma tão violenta como o que vitimou o *de cuius* em idade jovem, 27 (vinte e sete) anos na data óbito.

A bem da verdade, o trabalhador se levanta todos dias e se dirige ao trabalho para com esse garantir sua sobrevivência e a dos seus, e não para ‘perder a vida’, expressão criada por Sebastião Geraldo de Oliveira.

Não há também aqui espaço para alegações de ser indevida a indenização por danos morais ao irmão, sob o fundamento de que havia pouca afeição entre o Demandante e a vítima ou que morasse sob o mesmo teto.

Isto porque foi o irmão, Sr. Antônio Uires do Couto, quem acolheu o *de cuius* imediatamente

após tomar conhecimento do acidente, acompanhando o sofrimento do irmão, até a data do falecimento em 14.09.2011.

Aliás, o falecimento de um irmão, como dito alhures, gera a presunção de sofrimento, dor moral que prescinde de prova, por ser esta *in re ipsa* (a coisa fala por si).

A dor moral e o sofrimento não estão vinculados a mesma residência e muito menos a dependência econômica. Trata-se de direito personalíssimo, em que a dor sentida é aferida por cada um. Se assim não fosse, estar-se-ia criando requisitos para a concessão de um direito que já se entende ser presumido, por ser, como dito, *in re ipsa*.

Danos dessa natureza deixam marcas profundas e enormes prejuízos de índole psíquica tanto nos filhos, como no irmão, os quais não são passíveis de aferição pecuniária.

Como inexistente legislação traçando os parâmetros do valor a ser arbitrado a título de danos morais, cabe ao julgador, sopesando todas as circunstâncias do caso, arbitrar valor condizente com a situação econômica da vítima e do ofensor; levando-se em conta, ainda, não apenas o caráter indenizatório, mas, também e, principalmente, o caráter pedagógico, a fim de que os ofensores sejam compelidos a evitar a prática de condutas que possam causar prejuízos a terceiros.

Casos da espécie, morte de empregado que trabalha para grupo econômico do porte econômico e social das Demandadas, exige que este juízo arbitre um valor para o dano moral que seja proporcional e razoável para as partes.

Dessa forma, estabelecer um valor irrisório, tendo como parâmetro tão somente a capacidade econômica das Requeridas, a realidade social não será afetada por esta decisão e, então, não se poderá dizer que o Estado, por intermédio do processo, terá exercido satisfatoriamente a jurisdição considerando os escopos sociais (pacificação dos conflitos com justiça, segurança e educação), políticos (realização do Estado Democrático de Direito por intermédio

de um processo justo) e jurídico (tutela dos direitos materiais, em especial os direitos fundamentais), aos quais se soma a transformação positiva da realidade social.

Tratando-se do dano moral propriamente dito, o arbitramento do valor indenizatório pelo Juiz deve levar em conta a extensão do dano e a natureza pedagógica que deve ter a reparação em comento, bem assim as circunstâncias de que a indenização seja proporcional ao grau da dor suportada pelos familiares da vítima, a gravidade da conduta do ofensor, o seu grau de culpa e situação econômica, não se olvidando, ainda, que a indenização não há de ser meio de enriquecimento dos ofendidos.

É inquestionável que a morte súbita do trabalhador, por si só, é prova suficiente da dor e sofrimento suportados pelos filhos e irmãos da vítima. Tais sentimentos não são mensuráveis e quiçá passíveis de serem esquecidos pelos Demandantes que não mais contarão com a presença fraterna da vítima.

Este juízo não pode medir a dor sofrida pelos filhos e pelo irmão ao se deparar com a notícia da morte trágica da vítima. Como o dano ora fixado não está sendo atribuído a todos os legitimados para demandar sobre o mesmo fundamento, este juízo tem por bem minorar o valor da condenação.

O C. TST, examinando casos de acidentes do trabalho, com óbito do empregado tem fixado a indenização para o grupo familiar, a título de danos morais na ordem 500 (quinhentos) salários mínimos, ou seja, em valores atuais, considerando o salário mínimo em vigor nesta data — R\$ 678,00 —, o que totalizaria R\$ 339.000,00 (trezentos e trinta e nove mil reais).

Contudo, ressaltando mais uma vez que a fixação do valor nestes autos considera tão somente os Autores da ação e não o clã familiar. Assim, entendendo excessiva a pretensão de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) para cada filho, acrescida de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para o irmão do *de cuius*.

Por tais razões, consideradas as condições peculiares do caso, notadamente os efeitos do acidente (morte), a finalidade pedagógica da indenização e sendo certo que o evento em comento não deve servir de fonte de enriquecimento para os Autores e de acordo com o porte econômico do Grupo empresarial requerido, um dos maiores do Estado de Goiás, controlador de mais de 4 (quatro) Usinas de Açúcar e Alcool, arbitro em R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), o valor da indenização por danos morais.

Antes de fixar a distribuição do *quantum* arbitrado, destaco que a priorização destes reverterá na maior proteção dos filhos, eis que danos da natureza dos ocorridos provocam em crianças e adolescentes, pessoas em formação, danos mais expressivos do que em adultos que, em regra, já possuem maturidade para enfrentar perdas como a morte de entes queridos.

Em face de tais particularidades, o valor ora arbitrado deverá ser distribuído da seguinte forma:

- R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para o filho e Autor Gustavo Lopes do Couto;
- R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para filho e Autor Maycon Lopes Couto; e
- R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para o Autor Antônio Uires do Couto, irmão do *de cuius*.

Os valores ora fixados deverão ser corrigidos pelos índices da Tabela Única para Atualização e Conversão de Débitos Trabalhistas de que trata a Resolução n. 008/2005 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, a partir do arbitramento — data da publicação da sentença, na forma da Súmula n. 439, do Col. TST.

Sobre os valores deferidos incidirão juros moratórios, correspondentes a 1% a.m. (um por cento ao mês), de forma simples, incidirão a partir do ingresso da ação (Súmula n. 439, do C. TST).

Esclareço, desde logo, que não há incidência de imposto de renda sobre os valores deferidos

a título de danos morais decorrentes reparação por acidente do trabalho, ante o teor do art. 6º, inciso IV, da Lei n. 7.713/88 e da recente Súmula n. 498, do STJ.

Registre-se, finalmente, que os valores arbitrados, a título de danos morais, em favor de cada um dos filhos (1º e 2º Requerentes) deverão ser depositados em caderneta de poupança própria para que seja levantada quando completarem 18 (dezoito) anos ou, quando houver autorização judicial para aquisição de imóvel destinado à residência destes e de sua família ou, ainda, para dispêndio necessário à subsistência e à educação dos mesmos, nos exatos termos do art. 1º, § 1º, da Lei n. 6.858/80.

Fica autorizada, também aqui, a dedução dos valores apurados relativos aos honorários advocatícios pactuados com os patronos do 1º e 2º Requerentes, respeitando-se o limite legal de 20% (vinte por cento), na forma do art. 20, § 3º, do CPC, mediante a colação aos autos do contrato de prestação de serviços advocatícios.

O Ministério Público do Trabalho — MPT deverá ser ouvido, previamente, a qualquer liberação dos valores depositados e/ou de eventual proposta de acordo, conforme requerido às fls. 93 dos autos.

2.2.6. – Do Seguro de Vida

Sustentam os Requerentes que *“a 1ª Reclamada nunca disponibilizou ou ofereceu o pagamento da indenização de seguro de vida contra acidente de trabalho previsto no art. 7º da CF, XXVIII. Sendo assim, requer, desde já, que Vossa Excelência ordene a reclamada a apresentar a apólice de seguro de vida e acidentes pessoais, ou, na sua recusa, que seja condenada ao pagamento de indenização substitutiva”* (fls. 42) Destaques do original.

Defendem-se as Demandadas, asseverando que *“o seguro contra acidentes de trabalho previsto no art. 7º, inciso XXVIII, da Carta da República, não se confunde com seguro de vida em grupo, a que não estão obrigados os empregadores”* (fls. 165).

Sustentam ainda as Requeridas que ao pagar o Seguro de Acidentes do Trabalho — SAT de que trata o art. 22, da Lei n. 8.213/91, de cunho obrigatório estariam isentas da obrigação.

Acrescentam que tal obrigação é encargo da Previdência Social, a cargo do INSS, originários das prestações compulsórias impostas aos empregadores para custear os benefícios correlatos aos acidentes do trabalho.

Desprovida de razoabilidade a argumentação patronal acerca do SAT, eis o seguro de acidente do trabalho no Brasil não tem natureza jurídica nem conteúdo de seguro propriamente dito.

Apesar da denominação, só garante um benefício estrito de cunho alimentar. Sua regulamentação não contempla indenização alguma, nem determina reparação dos prejuízos sofridos; apenas concede benefícios previdenciários para garantir a sobrevivência dos dependentes, como ocorre com todos os demais segurados da Previdência Social.

Dentro dessa perspectiva, assevera Rui Stoco: *“Esse seguro-acidente, pelas suas características, não tem natureza propriamente indenizatória, mas de benefício social ou seguro social, de natureza previdenciária.”* (STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 2007. p. 631.)

Portanto, garante ao lesado apenas um mínimo para subsistência, concedendo prestações periódicas, mas nem de longe tem o propósito de assegurar a reparação dos danos sofridos.

No particular, precisas as lições de Sebastião Geraldo de Oliveira:

“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 recolle, a rigor, seguro de acidente do trabalho, mas uma parcela adicional para financiar os benefícios previdenciários concedidos pelo INSS, dentre eles, aqueles decorrentes dos infortúnios do trabalho.” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. LTr. 5. ed. São Paulo: 2009. p. 124-125). Destaques ausentes no original.

O Grupo Empresarial Requerido não nega a existência da contratação do Seguro de Acidente do Trabalho.

Aliás, é fato notório neste Juízo (CPC, art. 334, I) que as Requeridas mantêm contrato de seguro de acidentes do trabalho para seus empregados, tanto para invalidez parcial, permanente e também para morte do empregado.

Destaco que em diversos outros casos ambas as Requeridas já se obrigaram via conciliação, perante este Juízo, a fornecer aos beneficiários os documentos indispensáveis ao recebimento da respectiva indenização, valendo-se, inclusive, de seu setor de assistência social.

Registro, todavia, que na espécie a responsabilidade da documentação não é exclusiva das Requeridas.

Muitos documentos para viabilizar o recebimento da indenização vindicada dependem da ação dos Requerentes, especialmente o 1º e 2º Demandantes, tais como atestado de óbito, documentos pessoais, prova da condição de filho, cônjuge, dentre outros.

Nesse caminhar, infere-se da ata de fls. 286/288 que as Demandadas, na proposta apresentada pelo Juízo contemplava a possibilidade de processamento do seguro de acidente do trabalho, contratado pelo grupo empresarial Requerido e, na impossibilidade de recebimentos da indenização direta da seguradora assumiriam a responsabilidade pelo pagamento de pagar até 50.000,00 (cinquenta mil reais), a este título.

Logo, não há dúvidas da existência do seguro de acidente do trabalho em prol dos empregados das Requeridas, tanto assim que as Requeridas não negaram sua existência, apenas reputou que a responsabilidade seria previdenciária que, como se viu, trata-se de institutos de natureza jurídica distinta.

Ora ao admitir a existência do seguro e não fornecer aos Demandantes os elementos indispensáveis para recebimento da verba atraiu para si o encargo à luz do arts. 129, 186, 187 e 927, todos do CC/2002, porquanto não comprovou nos autos, ônus que lhes competia, que exigiu dos Autores a apresentação dos documentos indispensáveis ao recebimento do valor da referida indenização pela morte do Sr. Adilon Rodrigues do Couto.

Por tais fundamentos **condeno** as Requeridas a fornecer ao 1º e 2º Requerentes cópias autenticadas da apólice de seguro de vida e acidentes pessoais por elas instituído, no prazo de 20 (vinte) dias, a contar do trânsito em julgado, após devidamente intimada pela Secretaria do Juízo.

O não fornecimento pelas Requeridas da cópia autenticada da apólice de seguro de vida e acidentes pessoais, no prazo concedido, implicará na indenização substitutiva, ora arbitrada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

A execução da indenização substitutiva, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) ocorrerá a partir do arbitramento — data de publicação desta sentença, na forma da Súmula n. 439, do TST, acrescidos de juros moratórios a partir do ajuizamento da reclamação, na forma do art. 883, da CLT, no percentual estabelecido no art. 39, *caput* da Lei 8.177/91, sem capitalização.

A determinação do fornecimento de cópia autenticada da apólice de seguro não resulta em sentença *citra petita*, porquanto as Requeridas necessitam de manter a apólice original em seu poder, vez que a cobertura não é restrita aos beneficiários do *de cujos*, mas também aos demais empregados.

2.2.7. – Da Litigância de má-fé

Ao impugnar a defesa e documentos os Autores requereram fossem as Requeridas condenadas por litigância de má-fé, na forma dos arts. 17 e 18, do CPC, sob o fundamento de que as Demandadas estão a “*alterar a verdade dos fatos, provocando uma lide temerária, trazendo às barras da justiça fatos infundados e inverídicos*” (fls. 283).

O exercício regular de um direito, consagrado na Constituição da República em seu art. 5º, inc. XXXV, assim como o direito ao contraditório e a ampla defesa, não podem gerar litigância de má-fé, se exercido com ponderação.

Indefere-se, pois o requerimento dos Autores de aplicação da pena de litigância de má-fé às Requeridas.

2.2.8. – Dos Honorários Advocatícios – Sucumbenciais

Pretendem os Autores, sejam as Requeridas condenadas ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, na forma da Súmula n. 234, do STF, bem como com fundamento no art. 5º, da Instrução Normativa n. 27/2005, do TST.

Defendem-se as Requeridas invocando a aplicação ao caso do entendimento assentado nas Súmulas ns. 219 e 329, do Col. TST.

Pois bem.

Esclareço, desde logo, que o caso dos autos não se refere à relação de emprego, regida pela CLT, mas lide relativa à reparação de danos decorrentes das relações laborais, cuja competência para processar e julgar foi conferida a esta Especializada pela EC n. 45/2004 (art. 114, inciso VI).

Ora, trata-se de ação ajuizada pelos filhos e pelo irmão do empregado falecido, em que postulam direitos subjetivos próprios em virtude de acidente de trabalho que ocasionou a morte de empregado.

Incidentes no caso a exceção de que trata a Súmula n. 219 em sua parte final, bem como

os comandos do art. 5º, da Instrução Normativa n. 27, do TST, datada de 16.2.2005 que regula “*os procedimentos aplicáveis ao processo do trabalho em decorrência da ampliação da competência da justiça do trabalho pela Emenda Constitucional n. 45/2004*”.

Observo que referida IN prevê, em seu art. 5º:

“Art. 5º Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência.”

De igual modo, a Súmula 219, do Col. TST, segue a mesma linha:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO (nova redação do item II e inserido o item III à redação) – Res. n. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.5.2011.

[...]

III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

A propósito, a SDI-I, do C. TST, ao apreciar, recentemente, o tema decidiu pelo cabimento de honorários advocatícios em litígios da espécie do que ora se examina. Confira:

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO PELA RECLAMADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA. (...) C) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECLAMATÓRIA TRABALHISTA AJUIZADA PELOS PAIS DO TRABALHADOR FALECIDO. Esta Subseção Especializada, no julgamento do processo E-ED-RR-9955100-27.2006.5.09.0015, rel. Min. João Batista Brito Pereira, na sessão do dia 20.6.2013, *concluiu que diante da diretiva do art. 5º da Instrução Normativa n. 27/2005, se a ação for ajuizada pelo espólio de empregado falecido, o deferimento dos honorários advocatícios independe do preenchimento dos requisitos elencados na Lei n. 5.584/70, mormente porque os pais do trabalhador não estão filiados ao sindicato.* Recurso de embargos não conhecido. (...) (E-ED-RR – 12800-13.2009.5.07.0006, relª.

Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 8.8.2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 16.8.2013.) Destaques ausentes no original.

Eis o teor da Ementa do E-ED-RR-995100-27.2006.5.09.0015, mencionado no aresto anterior:

RECURSOS DE REVISTA DOS RECLAMANTES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 27/2005 DO TST. PROVIMENTO. *Tendo sido a presente demanda ajuizada pela viúva e pelos filhos do empregado, postulando direitos subjetivos próprios em virtude de acidente de trabalho que ocasionou a sua morte, o deferimento de honorários advocatícios não se encontra dependente do preenchimento dos requisitos previstos na Lei n. 5.584/1970, na forma da parte final do art. 5º da Instrução Normativa n. 27/2005, que dispõe: “Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência.”* Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido. Recurso de Revista não conhecido. RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. ACIDENTE DE TRABALHO. MORTE. PENSÃO VITALÍCIA. CUMULAÇÃO COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. A jurisprudência da Corte é uníssona ao reconhecer a cumulação do pagamento de pensão vitalícia, decorrente de danos materiais, e pensão previdenciária, seja porque são pagas por titulares distintos, seja porque distintas são as suas naturezas jurídicas. Acrescente-se, ainda, que a pensão previdenciária decorre da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, enquanto a pensão vitalícia, oriunda de danos materiais, resulta da teoria da responsabilidade do empregador, que assume os riscos da atividade econômica, incluindo-se aí a higidez e a segurança dos trabalhadores contratados. Óbice do art. 896, § 4º, da CLT. **Recurso de Revista não conhecido.** Realces acrescidos.

Dessa forma, em face dos fundamentos antecedentes, sendo as Acionadas sucumbentes e, tendo por parâmetros os comandos do art. 20,

§ 3º, do CPC c/c as alíneas “a”, “b” e “c” do mesmo dispositivo legal, **condeno** as Reque-ridas a pagar aos Autores 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, a título de honorários advocatícios, exceto sobre o pensionamento que observará os comandos a seguir.

No que se refere à incidência da verba sobre o pensionamento os honorários ficam arbitrados no percentual de 15% (quinze por cento), sobre as parcelas vencidas até a data desta sentença, mais um ano de prestações vincendas.

2.2.9. – Da Justiça Gratuita

Postulam os Autores a concessão dos benefícios da prestação jurisdicional gratuita, ante a impossibilidade de arcar com os custos judiciais da demanda sem prejuízo de seu sustento e de sua família (fls. 52/53).

Basta para a concessão da pretensão dos Demandantes a declaração de que é pobre na acepção legal e que não será possível o atendimento das despesas de sua manutenção e de sua família e dos custos do processo.

Até mesmo seu advogado pode vindicar a gratuidade de prestação jurisdicional, a teor da Orientação Jurisprudencial n. 331, da SBDI-1, do Col. Tribunal Superior do Trabalho.

Assim, tendo os Autores deduzida a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça na peça vestibular, declarando sua condição de hipossuficiência, na acepção legal (fls. 52/53), cuja declaração não desconstituída por prova em sentido contrário, **defiro** o requerimento por eles formulados, com amparo no art. 790, § 3º, do texto celetista.

2.2.10. – Da Expedição de Ofícios

Requereram os Autores que este Juízo se dignasse a “*comunicar os fatos aos órgãos competentes, para apuração das infrações nos moldes do art. 653-0 consolidado, da CLT. Principalmente ao órgão ambiental competente.*”

É de sabença ordinária a distinção entre o fundamento da responsabilidade civil e o da

responsabilidade penal. Enquanto a responsabilidade civil destina-se a reparar patrimonialmente o prejuízo da vítima, a penal visa acoimar o agente, que receberá uma vindita em resposta ao desequilíbrio que proporcionou à sociedade organizada e civilizada.

Destaque-se, o mesmo fato gerador, qual seja o descumprimento de normas de segurança e higiene, pode caracterizar um ilícito civil (ato culposo indenizável — art. 927 do CC) e um ilícito criminal.

Assim, tendo em conta os comandos do art. 653, da CLT, bem como do art. 40, do Código de Processo Penal — CPP, ante a gravidade dos fatos constatados nesta ação — depósito de rejeitos industriais — em local inapropriado, expondo a risco não só os empregados das Demandadas, mas também a toda a comunidade da Região determino à Secretaria da Vara, **antes mesmo do trânsito em julgado desta sentença**, que expeça ofícios aos órgãos abaixo:

- Secretaria Regional do Trabalho e Emprego do Ministério do Trabalho em Rio Verde;
- Ministério Público do Trabalho — MPT;
- Ministério Público Federal — MPF;
- Ministério Público Estadual — MPE;
- Ministério do Meio Ambiente — MMA;
- Secretaria do Meio Ambiente de Rio Verde;
- Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes — DENIT;
- Agência Goiana de Transporte e Obras — Agetop.

Determino ainda que todos os ofícios se façam acompanhados de cópias da petição inicial, da defesa, de todas as atas de audiências, da impugnação à defesa e documentos, desta Sentença, bem como de cópia do CD depositado na Secretaria pelos Autores.

III – Dispositivo

Pelos motivos expostos na fundamentação, que integram o presente *decisum* e por tudo o mais que dos autos consta, na ação movida por **Gustavo Lopes Couto, Maycon Lopes Couto**

e **Antônio Uiris do Couto** em face de **Agropecuária Primavera Ltda. e Vale do Verdão S/A. Açúcar e Álcool**, decido **rejeitar** as preliminares de **incompetência material da Justiça do Trabalho** e ilegitimidade passiva *ad causam* da 2ª Requerida; e, ainda, no mérito, **JULGAR PROCEDENTES, EM PARTE**, os pedidos para:

a) **Declarar** que o *de cuius*, Sr. **Adilon Rodrigues do Couto**, ex-empregado da 1ª Requerida, pai dos dois primeiros Autores e irmão do terceiro, sofreu acidente do trabalho de trajeto quando, ordinariamente, fazia o percurso de retorno do trabalho, embora utilizado de condução própria, na forma da parte final do art. 21, inciso IV, alínea “d”, da Lei n. 8.213/91.

b) **Fixar** em 2/3 do salário percebido pelo *de cuius* (R\$ 1.063,85), à época de seu falecimento, o valor da pensão mensal devida aos Demandantes (1º e 2º), importando no valor de R\$ 709,23 (setecentos e nove reais e vinte e três centavos) mensais, exigível a partir da data do evento danoso — 14.9.2011 — (CC, art. 402), a ser rateado entre ambos à razão de 50% (cinquenta por cento) para cada um.

Devida ainda a gratificação natalina (13º salário), limitado, todavia ao valor apurado para o mês de dezembro de cada ano, observando-se os parâmetros a seguir para as parcelas vencidas e vincendas, sendo certo que a primeira parcela corresponderá a 04/12 (quatro doze avos), relativa ao período de 14.9.2011 a 31.12.2011.

À minguada de comprovação nos autos de que o 1º e 2º Demandantes sejam inválidos e necessite de pensionamento de forma vitalícia, o valor fixado ficará limitado à data em que referidos Autores completarem 25 (vinte e cinco) anos de idade, ou seja, em 31.10.2026 para o Autor Gustavo Lopes do Couto e em 13.12.2027 para o Autor Maycon Lopes Couto.

E, atingido o Autor Gustavo Lopes do Couto a idade de 25 (vinte e cinco) anos ou, perdendo a condição de beneficiário,

caso venha a falecer antes de completar tal idade, sua cota-parte no pensionamento deverá ser acrescida à cota-parte do Autor Maycon Lopes Couto.

O direito de crescer deverá também ser observado em relação ao Autor Gustavo Lopes do Couto, caso seu irmão, Maycon Lopes Couto, também pensionista, venha a falecer antes de completar 25 (vinte e cinco) anos ou perder a condição de beneficiário.

As **parcelas vencidas** provenientes do pensionamento devem ser pagas de uma só vez.

A correção da importância ora fixada, relativa às **parcelas vencidas** será mensal, a partir data da data do evento danoso (14.9.2011), tendo como base os índices da Tabela Única para Atualização e Conversão de Débitos Trabalhistas de que trata a Resolução n. 008/2005 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, a teor do entendimento assente na Súmula n. 43 do STJ que prevê “*incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo*”.

E, ainda, no que se refere às **parcelas vencidas, após atualização monetária antecedente**, serão corrigidas por juros, incidentes, a partir do evento danoso, na forma da Súmula n. 54 do STJ que prevê: “*os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*”, no percentual de 1,00% (um por cento) ao mês, conforme estatui o art. 406 do CC/02.

Quanto às **parcelas vincendas** serão previamente atualizadas, tendo como base os índices da Tabela Única para Atualização e Conversão de Débitos Trabalhistas de que trata a Resolução n. 008/2005 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, do evento danoso até a data de sua exigibilidade, acrescidas dos juros legais, fixados na forma do parágrafo anterior.

Todavia, os juros, por serem moratórios, apenas serão exigidos a partir do vencimento de cada parcela, ou seja, de forma decrescente.

Registro que os valores apurados em liquidação, bem como a pensão mensal devidas ao 1º e 2º Requerentes deverão ser depositados em caderneta de poupança própria para que seja levantada quando completarem 18 (dezoito) anos ou, quando houver autorização judicial para aquisição de imóvel destinado à residência destes e de sua família ou, ainda, para dispêndio necessário à subsistência e à educação dos mesmos, nos exatos termos do art. 1º, § 1º, da Lei n. 6.858/80.

Fica autorizada, todavia, a dedução dos valores apurados relativos aos honorários advocatícios pactuados com os patronos do 1º e 2º Requerentes, respeitando-se o limite legal de 20% (vinte por cento), na forma do art. 20, § 3º, do CPC, mediante a colação aos autos do contrato de prestação de serviços advocatícios.

O Ministério Público do Trabalho — MPT deverá ser ouvido, previamente, acerca de qualquer liberação dos valores depositados e/ou de eventual proposta de acordo, conforme requerido às fls. 93 dos autos.

c) **Determinar** às Demandadas que comprove, em 10 (dez) dias, após o trânsito em julgado desta sentença, depois de intimada para tanto, a constituição de capital, cuja renda assegure o cumprimento/pagamento das prestações relativas à pensão mensal, sob pena de penhora a ser determinada pelo Juízo, desde já autorizada.

d) **Condenar** as Demandadas a ressarcir ao 3º Requerente, **Antônio Uiris do Couto**, o valor de R\$ 3.490,85 (três mil, quatrocentos e noventa reais e oitenta e cinco centavos), relativas às despesas com o funeral do Sr. **Adilon Rodrigues do Couto**.

A correção das importâncias a serem ressarcidas ao 3º Requerente, relativas às **despesas com funeral do de cujus** será mensal, a partir das datas da ocorrência de cada uma (15, 16 e 19.9.2011), tendo como base os índices da Tabela Única para Atualização e Conversão de Débitos Trabalhistas de que trata a Resolução n. 008/2005 do Conselho

Superior da Justiça do Trabalho, a teor do entendimento assente na Súmula n. 43 do STJ que prevê “*incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo*”.

E, ainda, após atualização monetária antecedente, serão corrigidas por juros, incidentes, a partir das mesmas datas, na forma da Súmula n. 54 do STJ que prevê: “*os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*”, no percentual de 1,00% (um por cento) ao mês, conforme estatui o art. 406 do CC/02.

e) **Condenar** as Requeridas a pagar aos Autores, a título de reparação por danos morais o valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

Em face das particularidades do caso, ante o teor das razões constantes da fundamentação, o valor ora arbitrado deverá ser distribuído da seguinte forma:

- R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para o filho e Autor Gustavo Lopes do Couto;
- R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para filho e Autor Maycon Lopes Couto; e
- R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para o Autor Antônio Uiris do Couto, irmão do *de cuius*.

Os valores ora fixados deverão ser corrigidos pelos índices da Tabela Única para Atualização e Conversão de Débitos Trabalhistas de que trata a Resolução n. 008/2005 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, a partir do arbitramento — **data da publicação da sentença**, na forma da Súmula n. 439, do Col. TST.

Sobre os valores deferidos incidirão juros moratórios, correspondentes a 1% a.m. (um por cento ao mês), de forma simples, incidirão **a partir do ingresso da ação** (Súmula n. 439, do C. TST).

Registre-se, finalmente, que os valores arbitrados, a título de danos morais, em favor de cada um dos filhos (1º e 2º Requerentes)

deverão ser depositados em caderneta de poupança própria para que seja levantada quando completarem 18 (dezoito) anos ou, quando houver autorização judicial para aquisição de imóvel destinado à residência destes e de sua família ou, ainda, para dispêndio necessário à subsistência e à educação dos mesmos, nos exatos termos do art. 1º, § 1º, da Lei n. 6.858/80.

Fica autorizada, também aqui, a dedução dos valores apurados relativos aos honorários advocatícios pactuados com os patronos do 1º e 2º Requerentes, respeitando-se o limite legal de 20% (vinte por cento), na forma do art. 20, § 3º, do CPC, mediante a colação aos autos do contrato de prestação de serviços advocatícios.

O Ministério Público do Trabalho — MPT deverá ser ouvido, previamente, a qualquer liberação dos valores depositados e/ou de eventual proposta de acordo, conforme requerido às fls. 93 dos autos.

f) **Condenar** as Requeridas a fornecer ao 1º e 2º Requerentes cópias autenticadas da apólice de seguro de vida e acidentes pessoais por elas instituído, no prazo de 20 (vinte) dias, a contar do trânsito em julgado, após devidamente intimada pela Secretaria do Juízo.

O não fornecimento pelas Requeridas da cópia autenticada da apólice de seguro de vida e acidentes pessoais, no prazo concedido, implicará na indenização substitutiva, ora arbitrada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

A execução da indenização substitutiva, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) ocorrerá a partir do arbitramento — data de publicação desta sentença, na forma da Súmula n. 439, do TST, acrescidos de juros moratórios a partir do ajuizamento da reclamação, na forma do art. 883, da CLT, no percentual estabelecido no art. 39, *caput* da Lei n. 8.177/91, sem capitalização.

g) **Condenar**, as Requeridas, com fundamento no art. 5º, da Instrução Normativa n. 27 do Tribunal Superior do Trabalho — TST c/c o art. 20, § 3º, do CPC c/c as alíneas “a”, “b” e “c” do mesmo dispositivo legal, a pagar aos Autores 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, a título de honorários advocatícios, exceto sobre o pensionamento que observará os comandos a seguir.

No que se refere à incidência da verba sobre o pensionamento os honorários ficam arbitrados no percentual de 15% (quinze por cento), sobre as parcelas vencidas até a data desta sentença, mais um ano de prestações vincendas.

Deferir aos Demandantes os benefícios da justiça gratuita, nos termos do art. 790, § 3º, da CLT.

Proceda a Secretaria da Vara, ante a incorreção do polo ativo, sua retificação para que passe a constar, na forma lançada na inicial, como Autores: **Gustavo Lopes Couto (Rep. por Ivone Lopes da Costa); Maycon Lopes Couto (Rep. por Ivone Lopes da Costa); Antônio Uiris do Couto.**

Determinar à Secretaria da Vara, antes mesmo do trânsito em julgado desta sentença, que expeça ofícios aos órgãos abaixo:

- Secretaria Regional do Trabalho e Emprego do Ministério do Trabalho em Rio Verde;
- Ministério Público do Trabalho — MPT;
- Ministério Público Federal — MPF;
- Ministério Público Estadual — MPE;
- Ministério do Meio Ambiente — MMA;
- Secretaria do Meio Ambiente de Rio Verde;
- Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes — DENIT;
- Agência Goiana de Transporte e Obras — Agetop.

Determino ainda que todos os ofícios se façam acompanhados de cópias da petição inicial, da defesa, de todas as atas de audiências, da impugnação à defesa e documentos, desta Sentença, bem como de cópia do CD depositado na Secretaria pelos Autores.

Para os fins do art. 832, § 3º, da CLT, declaro que todas as verbas acolhidas possuem natureza indenizatória pelo que não há incidência de imposto de renda sobre as mesmas, eis que decorrentes de acidente do trabalho (art. 19, da Lei n. 8.213/91), a teor do art. 6º, IV, da Lei n. 7.713/88 e da bem como da Súmula 498, do Col. Superior Tribunal de Justiça — STJ.

De igual modo, não há incidência de contribuições previdenciárias sobre referida verba (art. 28, I, da Lei n. 8.212/91).

Atendem as partes para a previsão contida nos arts. 17, 18 e 538, parágrafo único, todos do CPC, não cabendo embargos de declaração para rever fatos, provas e a própria decisão ou, simplesmente, contestar o que já foi decidido.

Intime-se a União Federal (art. 832, § 5º, da CLT).

Custas, pelas Requeridas, no valor de R\$ 6.600,00 (seis mil e seiscentos reais), calculadas sobre R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), valor provisoriamente arbitrado à condenação.

Intimem-se as partes, via de seus procuradores (CLT, art. 852 *caput*, da CLT).

Intime-se o Ministério Público do Trabalho — MPT, na forma do art. 18, inc. II, alínea “h”, da Lei Complementar n. 75/1993, conforme requerido às fls. 93 dos autos.

Encerrou-se a audiência. Nada mais.

Assinado eletronicamente

Celismar Coêlho de Figueiredo
Juiz do Trabalho Substituto
Sebastião Bontempo de Paula
Diretor de Secretaria

10ª Vara do Trabalho de Brasília – DF

Processo: 0000710-40.2010.5.10.0010

Reclamante: Marinalva Sousa dos Santos

Reclamados: Rover Administração e Serviços Ltda. e Outro

SENTENÇA

Tudo examinado.

RELATÓRIO

MARINALVA SOUSA DOS SANTOS ajuizou reclamação trabalhista em desfavor de ROVER ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA. dizendo-se admitida em 30.4.2009, com registro em 4.5.2009, como auxiliar de serviços gerais, afastada das funções por atestado médico de 15.3.2010 a 30.3.2010, para tratamento psiquiátrico. Informa que era lotada na Polícia Militar do DF, e ao fazer a limpeza foi vítima de assédio sexual pelo Tenente Bandeira, situação que lhe causou depressão crônica, com tratamento psiquiátrico, após desmaios no serviço, desespero e choro compulsivo. Gravou o ocorrido e fez denúncia na Delegacia da Mulher (mídia juntada). Requer retificação na CTPS, verbas resilitórias, regularização do recolhimento previdenciário, indenização substitutiva ao auxílio-doença previdenciário, pensão mensal vitalícia com constituição de capital (art. 602/CPC), indenização por danos moral, psicológicos e mentais. Postulada a condenação solidária/subsidiária da 2ª reclamada.

Oportunizou o Juízo emenda à exordial para adequação da pretensão quanto à 2ª reclamada (fls. 38, 41 e 44), com atendimento pela autora às fls. 40, 43, 46 e 54.

Contestação da 1ª reclamada (fls. 78/89) com aditamento na Ata (fl. 77), aduzindo que a dispensa foi motivada por abandono e refutando os pedidos.

Contestação do DISTRITO FEDERAL (fls. 108/116) arguindo ilegitimidade passiva, além de refutar as pretensões.

Réplica (fls. 120/123).

As partes carream aos autos documentos e prestaram depoimentos. Oitiva de testemunhas.

Razões finais remissivas. Conciliações oportunizadas.

É o que de essencial contém a lide.

FUNDAMENTAÇÃO

INCOMPETÊNCIA — RECOLHIMENTO PREVIDENCIÁRIO

A competência da Justiça do Trabalho para a execução da contribuição previdenciária devida durante o período do vínculo de emprego, mesmo após o acréscimo do § 3º ao art. 832 da CLT, não se apresentava unânime no Judiciário trabalhista, em consequência, foi alterado o parágrafo único do art. 876 da CLT para asseverar que “serão executadas *ex officio* as contribuições sociais” “inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido”.

Todavia, o Pleno do Supremo Tribunal Federal em decisão unânime no RE 569.056/PA, com relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, aprovou proposta de edição de súmula vinculante determinando que não cabe à Justiça do Trabalho estabelecer, de ofício, débito de contribuição social para o INSS, com base em decisão em que se declare a existência de vínculo empregatício.

Neste contexto, o TST deu nova redação à Súmula n. 368/TST para reconhecer que cabe ao “empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial” (item II da Súmula n. 368/TST).

Portanto, diante do entendimento do STF e da atual redação da Súmula n. 368, item II do TST, declaro a incompetência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias devidas durante o vínculo empregatício que não estão adstritas a possíveis verbas condenatórias e, em decorrência, de apreciar o pedido de letra “h” da exordial, e o seu decorrente de letra “a”.

ILEGITIMIDADE – DISTRITO FEDERAL

Aduz o DISTRITO FEDERAL que é ilegítimo para responder a presente demanda, porque a autora na emenda constante à fl. 46 esclarece que a ação é em desfavor da UNIÃO.

A reclamante após sucessivas emendas (fls. 40, 43 e 46), na derradeira (fl. 54) assevera que a ação é proposta face ao Distrito Federal, sem, entretanto, declinar o pressuposto nuclear para aplicação da Súmula n. 331/TST aos entes integrantes da Administração Pública direta, qual seja, a configuração de conduta culposa na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais regidas Lei n. 8.666/93.

Assim, no plano lógico e da mera asserção do direito com a simples cognição da afirmativa da autora com o esquema abstrato da regra jurídica, o Distrito Federal não possui pertinência subjetiva para integrar a lide nos termos postos pela proemial, motivo pelo qual acolho a preliminar para declarar sua ilegitimidade passiva.

ILEGITIMIDADE PASSIVA – DA EMPREGADORA QUANTO AO DANO MORAL

Diz a 1ª reclamada que é ilegítima para responder ao pleito de dano moral, porque se existiu o assédio sexual, foi causado pelo Tenente Bandeira na condição de Policial Militar.

Rejeito a arguição de ilegitimidade da 1ª reclamada, porque enquanto empregadora da reclamante tem a obrigação de preservar ambiente e condições de trabalho digno, sem dano à saúde física e mental de seu subordinado.

GÊNESE DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A reclamante não comprovou o fato constitutivo de seu direito, labor a partir de 30.4.2009, antes, portanto, do registro do registro na CTPS em 4.5.2009, motivo pelo qual improcedem os pleitos relativos a esse lapso temporal.

INDENIZAÇÃO – ASSÉDIO SEXUAL

Postula a reclamante o pagamento de indenizações por ter sofrido assédio sexual, informando que era lotada na Polícia Militar do DF e ao fazer a limpeza foi vítima de assédio sexual pelo Tenente Bandeira, situação que lhe causou depressão crônica, com tratamento psiquiátrico, após desmaios no serviço, desespero e choro compulsivo. Gravou o ocorrido e fez denúncia na Delegacia da Mulher (mídia juntada).

Diz a defesa que “não foi a empresa que causou qualquer dano, ou constrangeu a Reclamante, e sim um policial militar. A inicial é cristalina quanto a tal fato. Não pode é querer a Reclamante estender a responsabilidade pelo ato de um servidor público para a empresa Reclamada” (fl. 81).

AMBIENTE LABORAL

Qualquer manual de relacionamento no local de trabalho aponta que hostilidade ou quaisquer condutas não profissionais estão erradas e prejudicam o ambiente laboral, e o tratamento empregado por superior hierárquico, mesmo do tomador de serviço, deve pautar-se com honestidade, justiça e respeito, objetivando a promoção de um ambiente de trabalho positivo, sem assédios ou outras condutas discriminatórias.

A igualdade de tratamento deve estar comprometida com a manutenção de um ambiente de trabalho com diversidade e sem

discriminação. A boa prática empresarial deve proporcionar um ambiente salubre de trabalho, sem discriminação/assédio e isto significa a não ocorrência de cantadas, piadas, ligações inconvenientes, calúnias, exibição do órgão genital ou observações sobre sexo, raça, cor, religião, sexo, orientação sexual, origem, idade, incapacidade e estado civil.

DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO, ORIENTAÇÃO SEXUAL E CONDIÇÃO FÍSICA

Constitui objetivo da República Federativa do Brasil promover o bem de todos sem discriminações de origem, raça, sexo, orientação sexual, cor, idade, condição física ou qualquer outra forma de segregação.

O art. 1º da Lei n. 9.029/95 dispõe que fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

O respeito devido à **individualidade do ser humano** é em virtude de sua dignidade (art. 1º, inciso III, CF), elemento central do Estado Democrático de Direito, que promete proteção de invasões ilegítimas na esfera pessoal do cidadão.

Ronald Dworkin adverte que “A moralidade sexual também é essencial à vida e à personalidade” e “que a igualdade é um princípio não só de justiça, mas também de direito constitucional” (*A Virtude Soberana — A teoria e a prática da igualdade*, Martins, Fontes, São Paulo, 2005, p. 644 e 663).

A psiquiatra francesa Marie-France Hirigoyen explica que, na origem dos procedimentos de assédio, não existem explicações óbvias, mas, sim, um conjunto de **sentimentos inconfessáveis**. O assédio moral começa frequentemente pela recusa de uma diferença,

que se manifesta por um comportamento no limite da discriminação. O **medo é um motor indispensável ao assédio moral**, pois, com o fantasma do desemprego, tornou-se um componente determinante do trabalho. No seu dizer: “**o medo fica escondido no fundo da mente de um sem-número de empregados, mesmo que não ousem tocar nesse assunto**” destaca nosso (Assédio Moral, Bertrand Brasil, p. 69).

“O *bullying* no trabalho é uma ação agressiva permeada por uma relação de poder injusta e egoísta, como gestos, palavras, comportamentos e atitudes que atente por sua repetição, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho. Pode acontecer em qualquer empresa ou ambiente de trabalho, da maior corporação ao menor negócio.” (Ludmila Xavier Rodrigues, Webmaster)

ASSÉDIO SEXUAL – ESFERA PENAL E CULTURAL

De tão grave e repugnante, o assédio sexual está tipificado como crime, por força da Lei n. 10.224/01, que acrescentou ao Código Penal o art. 216-A:

“Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente ou condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo, ou função.

Pena: detenção de 1 a 2 anos.”

Dessa definição legal o agente é sempre aquele que atua como superior hierárquico ou tenha **ascendência sobre a vítima**.

José Affonso Dallegrave Neto no artigo “O Assédio Sexual e Moral e a sua Prova na Justiça do Trabalho” alerta que não se pode negar a influência de fatores culturais sobre o tema, os quais nos levam a constatar que, na maioria dos casos, o agente é do sexo masculino e a vítima do feminino. E para corroborar José Pastore e Luiz Carlos Robortella “consideram

impossível prevenir o assédio sexual por parte dos homens brasileiros, por tratar da manifestação incontrolável do instinto masculino” (Assédio sexual no trabalho. O que fazer? São Paulo: Makron Books, 1998, p. 31).

O site do TST de 3.11.2012 estampa matéria especial, que a seguir reproduzimos, sobre os assédios moral e sexual contra as mulheres e uma entrevista com a Ministra do TST Maria Cristina Peduzzi:

“Não há dúvidas: a mulher está mais sujeita ao assédio sexual em todas as carreiras e isso se deve, principalmente, à cultura brasileira de “objetificação do corpo feminino” e pela ideia enganosa de que mulheres “dizem não querendo dizer sim”, já que esse tipo de mentalidade infelizmente permeia toda a sociedade, independente da condição social ou do nível de escolaridade. Dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT) indicam que 52% das mulheres economicamente ativas já foram assediadas sexualmente.”

A Ministra ressalta “que o principal efeito que o assédio sexual produz no contrato de trabalho é a sua dissolução, através do pedido de demissão, abandono de emprego e rescisão indireta. Já o assédio sexual, na definição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), são atos, insinuações, **contatos físicos** forçados, **convites inconvenientes**, que apresentem as seguintes características: condição clara para manter o emprego, influência em promoções na carreira, prejuízo no rendimento profissional, humilhação, insulto ou intimidação da vítima”.

O Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) “o define como sendo a abordagem, não desejada pelo outro, com intenção sexual ou insistência inoportuna de alguém em posição privilegiada que usa dessa vantagem para obter favores sexuais de subordinados. O assediador oferece uma vantagem na empresa, ou ameaça demitir a vítima, por exemplo”.

DIFICULDADE DA PROVA

O MTE esclarece que “o assédio sexual é difícil de ser comprovado pelo fato de envolver apenas duas pessoas: o assediador e o assediado. Sem contar que muitas vítimas, por receio, **preferem o silêncio**, com medo de perder o emprego, principalmente se dependem dele para seu sustento e o da família, e aí são inevitáveis consequências psicológicas, como a depressão”.

Sônia Mascaro “destaca a complexidade de se fazer prova do assédio sexual, já que a vítima depende de testemunhos sobre condutas de mesma conotação cometidas contra outras trabalhadoras ou relatos sobre o nervosismo da vítima após reuniões, conversas ou o simples contato com o agressor. A dificuldade de provar o assédio sexual e de punir o agressor também decorre da **tolerância de nossa sociedade** em face da agressão contra a mulher, vista muitas vezes como “natural”. Por conta disso, a maioria das mulheres tem medo de denunciar seus assediadores, ou por vergonha do ocorrido, ou por **medo de que a culpa recaia sobre elas mesmas**”.

Magistrados, doutrinadores e advogados são unânimes quanto ao fato de que comprovar o assédio sexual não é tarefa fácil e isso dificulta a propositura da ação, por isso assentem que as provas obtidas por meio de gravações telefônicas, *e-mails* e a impressão do Juiz na coleta da prova oral estabelecem o conjunto do convencimento do julgador.

“Exigir prova robusta e inconcussa da vítima de assédio é o mesmo que rejeitar sua pretensão de reparação de dano moral.” “Exigir prova cabal e ocular para vislumbrar o assédio sexual é simplesmente impossibilitar a prova em Juízo, e assim contribuir para que ilicitude de tanta gravidade continue ocorrendo.” (TRT, 2ª Reg., 10ª T., Ac. n. 20010503530-2001, relª. Vera Marta P. Dias, DOESP, PJ, TRT 2ª. 31.8.2001.)

Em relatoria do desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira, o TRT da 3ª Região decidiu: “que a obrigação legal de se comprovar

uma alegação admite flexibilizações no caso de assédio sexual. Uma prova direta e ocular geralmente não é conseguida e a prática coloca em jogo direitos fundamentais. O abalo psicológico causado à vítima ofende seu direito de personalidade, principalmente a honra e a intimidade. Por essa razão, doutrina e jurisprudência têm valorizado muito a prova indireta em casos de assédio sexual. Indícios, presunções, evidências de que o empregador agiu de forma parecida em outras ocasiões, tudo isso pode ser levado em conta pelo magistrado.” (Site TRT-3ª Região — “Prova indireta: Turma reconhece assédio sexual a partir de indícios”).

José Affonso Dallegre Neto, socorrendo-se do mestre português, realça que “Não se perca de vista que quando se está diante de uma **colisão de direitos fundamentais**, o critério de preferência e sacrifício deve ocorrer à luz do princípio da proporcionalidade. Assim, na lição de Gomes Canotilho: “meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.” (CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989, p. 315-316.)

SINCRONIA DE PRINCÍPIOS

O Juiz Márcio Roberto Andrade Brito, Titular da Vara de Dianópolis – TO (em *tese* defendida no curso de doutorado para magistrados brasileiros na *Universidad de Castilla La Mancha*, Espanha), traz a lume na esteira de Ronald Dworkin que devemos **privilegiar a sincronia dos princípios constitucionais como corolário da integridade do direito**, afastando a ideia de Alexy segundo a qual os princípios adquirem valores diversos, são por assim dizer “pontuados”, cabendo ao intérprete em situação de suposta colisão optar pelo princípio de maior valor nesta escala.

Penso como o Juiz Márcio Brito que não estamos diante de uma colisão de princípios, porque “**Os princípios convergem e não divergem**, esta a lógica da integridade do direito. Cabe ao julgador, portanto, encontrar o ponto de sintonia dos princípios (**função hercúlea**, segundo Dworkin), caminho hermenêutico que conduz o julgador à **única decisão possível ao caso**, de modo que nenhum princípio seja preterido em razão da aplicação de outro”.

A proteção ao **direito fundamental** constitucional da **dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III) **sincroniza** com a pretensão internacional da prevalência dos **direitos humanos** (art. 4º, II) e sua efetividade (art. 5º, LVXXVIII), justificando a flexibilização da produção da prova para privilegiar a inteireza dos princípios constitucionais e preservar a integridade do direito.

PAPEL DO JUIZ

O julgador deve ser sensível no momento de coligar a prova do assédio, seja para não cometer injustiça diante de uma suposta acusação leviana e infundada, mas, sobretudo, para fazer justiça à vítima que, além de sofrer grave dano moral, se vê prejudicada na produção de tão difícil prova, máxime pela argúcia do assediador que geralmente tenta agir sem deixar indícios

Ao magistrado será possível a utilização das máximas de experiência para a apreciação jurídica (subsunção) dos fatos, nomeadamente quando a aplicação do direito depender de juízos de valor, como são os casos de assédio sexual.

A propósito, a questão é há muito enfrentada pelo nosso TRT, a exemplo do acórdão que reproduzo:

“ASSÉDIO SEXUAL. PROVA. DANO MORAL. No assédio sexual, por se constituir de atos de aproximação sexual do assediador em detrimento do assediado, de modo individual e particularizado, a produção probatória, na maioria das vezes, torna-se dificultada. Desse modo, é quase inviável para o reconhecimento do assédio sexual pretender que as testemunhas tenham presenciado os

fatos ou, ainda, que comprovem cabalmente as condutas do ofensor, incumbindo ao julgador, nesse ponto, se valer de provas indiretas. Apontando a prova oral produzida, em cotejo com as alegações exordiais, para a prática de atos de assédio sexual de superior hierárquico em face da obreira, forçoso o reconhecimento da responsabilidade civil da reclamada.” (Processo: 00121-2012-017-10-00-0 RO (Acórdão 1ª Turma) relª. Desembargadora Maria Regina Machado Guimarães.)

A PROVA ORAL E DOCUMENTAL

Depoimento da reclamante:

“Tudo iniciou cerca de 09 meses da admissão da depoente que ao limpar as salas, ouvia do Tenente Bandeira quando estava sozinho que tinha sonhos eróticos com a depoente. Não fez qualquer comentário com colegas ou superior hierárquico porque foi ameaçada pelo Tenente Bandeira “de fazer qualquer coisa”. Nunca falou de sua vida particular com o Tenente Bandeira. A filmagem foi no dia em que sofreu um desmaio e foi socorrida por sua prima. Depois deste fato não mais retornou para trabalhar apenas para pegar o uniforme. A depoente quando retornava do trabalho estava deprimida e chorando muito e foi aconselhada a procurar um advogado que a orientou a realizar a filmagem. Os fatos capturados nas imagens já vinham ocorrendo anteriormente. Antes da filmagem não foi à Delegacia.” (fl. 75)

Depoimento do preposto:

“Não sabe informar se antes da propositura da ação a reclamada foi contatada pelos advogados da reclamante. Não conversou com o sócio da reclamada sobre os fatos que envolvem este feito. Teve um procedimento administrativo na reclamada gerado por um atestado médico apresentado pela reclamante superior 15 dias e como a reclamante não tinha carência para o auxílio doença compareceu para conversar com o depoente acompanhado de uma senhora informando que não poderia retornar ao

trabalho sozinha pois sofria de síndrome de pânico, sem relatar os fatos descritos na exordial. A reclamante não quis retornar ao seu posto de trabalho tendo o depoente encaminhado a reclamante para outro que não se recorda, não tendo a reclamante trabalhado no posto oferecido. Depois dessa conversa a reclamante não mais compareceu na reclamada, nem para trabalhar no posto anterior. O depoente enviou um telegrama à reclamante avisando da possibilidade de abandono de emprego tendo a reclamante comparecido à reclamada dizendo que só assumiria o posto se acompanhada por outra pessoa, pois sofria de síndrome de pânico. O encarregado da reclamada é o Sr. LAERTE. **Não fez qualquer investigação para apurar se estava ocorrendo algum fato no local de trabalho da reclamante.** Entregou a reclamante uma carta de encaminhamento para novo posto. A reclamante insistia de só ir trabalhar acompanhada de uma amiga no que não foi permitido pelo depoente. A reclamada possui cerca de 50 a 60 mulheres e 25 a 30 homens trabalhando no asseio e conservação no QG da Polícia Militar no Setor Policial Sul. A equipe da reclamante era composta de 10 pessoas que trabalhava no anexo no QCG, trabalhando em todas as salas. A reclamante trabalhava no turno das 07.00 às 16.00 horas, horário de expediente no Quartel. O encarregado informou que nunca havia acontecido caso similar...Tem conhecimento de ex-funcionários da primeira reclamada que casaram com militares.” (fl. 75)

Depoimento da testemunha referida NEILTON OLIVEIRA BANDEIRA, POLICIAL MILITAR, 50 anos:

“Na sala do depoente é sempre uma faxineira que faz a limpeza porque é uma sala pequena em rodízio. A reclamante fazia limpeza na sala do depoente quase sempre... As imagens não são do depoente e nem reconhece a pessoa da imagem. O advogado da

reclamante pediu R\$ 30.000,00 ao depoente para não divulgar as imagens, fato que depoente comunicou ao Major ÁVILA e isso ocorreu no mês de abril. A reclamante não contactou o depoente. É comum chamar as pessoas para fazer limpeza em sua sala, inclusive a reclamante, diretamente, pois o encarregado fica em setor distante. Quando a reclamante fazia limpeza na sala o depoente e o Major SARMENTO saíam. Nunca fez qualquer gracejo, falou qualquer palavra de baixo calão ou fez qualquer comentário acerca de atributos físicos da reclamante. **O depoente trabalha das 13.00 às 19.00 horas, mas a maioria das vezes trabalhou pela manhã pois era executor de contratos. Já ouviu comentários sobre a orientação sexual da reclamante. Quando trabalhava pela manhã estava sozinho na sala. O depoente já foi sargento. No quartel só o depoente tem o nome de guerra BANDEIRA, mas na corporação existem vários BANDEIRA. Nenhum responsável da primeira reclamada chamou o depoente para qualquer conversa. O depoente recebeu várias ligações dos advogados da reclamante mas também retornou algumas. Não fez proposta aos advogados da reclamante para uma composição amigável. O depoente sempre contestou o fato alegado pelos advogados da reclamante. Não tomou qualquer medida contra a reclamante de natureza penal, cível, etc., apenas comunicou ao superior hierárquico. O superior hierárquico do depoente mandou que aguardasse pois iria assumir os contatos e contactou com os advogados da reclamante, Dr. MÁRCIO. Nunca sentiu atração física pela reclamante... Não sabia que a reclamante era virgem. Esclarece o depoente que confirmou na Delegacia da Mulher que era a pessoa constante do vídeo porque estava sob ameaça de ter o vídeo divulgado na internet e imprensa e se coloca à disposição para possível perícia técnica de imagem e fonética.”**

CONFISSÃO – DEPOIMENTOS – QUESTÃO CULTURAL

Extrai-se do depoimento do Tenente Bandeira que seu horário era à tarde, mas trabalhava na maioria das vezes pela manhã, coincidente ao turno da reclamante, que era chamada à sala quando **este estava sozinho pela manhã**. Que o Tenente **confessou na Delegacia da Mulher que era a pessoa flagrada pelo vídeo com a genitália exposta** (mídia inclusa nos autos) usando uniforme da PM de Brasília com a insígnia Bandeira em posto que já ocupou. Que seu superior hierárquico assumiu os contatos com os advogados da reclamante acerca do caso.

Todo o conjunto do autos confirma os fatos relatados pela reclamante, na Delegacia da Mulher (fls. 63/65), no Inquérito Militar (fls. 69/72 e 144/147) despidindo de **credibilidade** a versão do Tenente Bandeira.

A reclamante é virgem (fl. 131) e lésbica, combinação explosiva para os estudiosos do psique, atraindo no imaginário machista desvarios, devaneios e fantasias, considerado que o **cérebro reptiliano** responsável pelo instinto humano sempre se sobrepõe à razão e à racionalidade.

Todos os questionamentos sobre o assédio sexual são tentativas de desculpar o agressor e impor à vítima a responsabilidade pelo ocorrido, notadamente com relação à mulher sempre associada à honestidade e recato, isto é, a uma postura assexuada. Daí o tabu da virgindade, quase como um selo de garantia de sua castidade e honradez atributo indispensável para o casamento. A virgindade masculina não carrega tantos estigmas quanto a feminina. A acentuada diferença foi clara pelo resultado do leilão da virgindade do russo Alexander Stepanov, quando uma pessoa do Brasil venceu com lance de US\$ 3 mil, enquanto o vencedor pela virgindade da brasileira Catarina Migliorini foi um homem do Japão pela fortuna de US\$ 780 mil.

Diante da prática de assédio, a necessidade de manter o emprego, a humilhação e o constrangimento levam as mulheres a se calarem,

inclusive no âmbito familiar, por vergonha de contar o que aconteceu. A dificuldade de denunciar, de ir à Justiça decorre de um **componente de ordem histórica e cultural**. Em face da sacralização do conceito de família com sua feição patriarcal, permanece nítida a hierarquização entre o homem e a mulher (Maria Berenice Dias in Assédio no Trabalho: “de quem é a culpa?”).

No citado artigo, Maria Berenice Dias aborda ainda que “nem é preciso perguntar **de quem é a culpa pelo assédio no trabalho**. A resposta é tão óbvia! **Claro que a culpa é da mulher**. Alguém duvida disso? Sempre que é feita alguma denúncia de assédio, a pergunta que não quer calar é: qual o comprimento de sua saia? O tamanho de seu decote? O que estava fazendo àquela hora sozinha no local de trabalho? E, diante da assertiva de que o assédio persiste há algum tempo, a pergunta é: **por que não denunciou antes?** Todos estes questionamentos nada mais são do que **tentativas de desculpar o agressor e impor à vítima a responsabilidade pelo ocorrido**. Afinal, é necessário averiguar se a mulher não se afastou do padrão de comportamento que a sociedade sempre lhe impôs”. No caso em tela, os depoimentos dos colegas do Tenente Bandeira no Inquérito Militar (fls. 148/156) confirmam a questão formulada pela articulista, a exemplo do relatado pelo Major Sarmiento, que ao contraposto da negativa do Tenente Bandeira em Juízo, descreve colóquio íntimo entre a vítima e agressor. Anoto que a perícia produzida no Inquérito Militar, na filmagem anexa aos autos, registra que (...) não tem elementos suficientes para concluir se h1 h2 h3 se tratam da mesma pessoa, **não descartando tal possibilidade.**” (fl. 159)

O juiz não é uma figura monolítica no processo, é justamente na apreciação dos depoimentos que se lhe exige mais perspicácia e acuidade a fim de verificar pelas declarações prestadas **na sua presença, as reações** emocionais e até mesmo fisiológicas (inquietação, respostas prontas, ruborização...). Em audiência,

a reclamante **demonstrou vergonha, medo e pânico, com choro compulsivo durante seu depoimento, enquanto o Tenente Bandeira, tranquilidade desdenhosa.**

Assim, pelo princípio da livre apreciação da prova **deve o Juiz superar as antinomias** nos depoimentos elegendo o que lhe parece mais verdadeiro ou fidedigno. Não fosse assim, nenhuma convicção se formaria, ante as naturais discrepâncias próprias da prova oral.

As provas indiretas são, como classificou o citado doutrinador Sebastião Geraldo de Oliveira, “constelação de indícios”, para demonstrar o comportamento do Tenente Bandeira.

Assim, tenho que a reclamante foi vítima de terror psicológico no trabalho, com prejuízo de ordem psíquico-emocional decorrente do ato abominável, malicioso e doloso sem apoio ou providência pela reclamada.

TRILOGIA DO DANO

A reparação por danos morais encontra albergue na CF/88 – art. 5º, V e X e no CC/2002, arts. 182, 186 e 927. O bem juridicamente tutelado é a própria dignidade da pessoa humana (art. 3º, III, CF/88), violada em sua mais íntima concepção. Estão presentes, no caso, os requisitos para aferição do dano moral quais sejam: “...o erro de conduta do agente, no seu procedimento contrário à predeterminação da norma, que condiz com a própria noção de culpa ou dolo; a ofensa a um bem jurídico, seja ela patrimonial ou não patrimonial; e a relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação e o dano causado.” (Caio Mário)

A Constituição Federal assegura, no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, cujo desrespeito a tais garantias atrai a indenização pelo dano material ou moral (CF, art. 5º, inciso X).

FIXAÇÃO

Mensurar os danos morais é tarefa árdua pelo grau de subjetividade. Não existe na lei, na doutrina ou na jurisprudência critério rígido

e objetivo para a fixação de sua indenização, mas alguns elementos devem ser sopesados: o dano experimentado, a capacidade financeira das partes e a gravidade do dolo do agente causador do evento danoso.

O procedimento perpetrado pelo Tenente foi deliberado, intencional e desnecessário, sem qualquer providência, prevenção ou investigação da reclamada, fatores que aliados à capacidade econômica autorizam a fixação da indenização a título de reparação de dano moral no valor R\$ 100.000,00.

INDENIZAÇÃO – DANO MENTAL

O forte abalo psicológico e emocional a que foi submetida a reclamante e ainda seu “aniquilamento moral, denominado de psicoterror” (Márcia Novaes Guedes, Terror Psicológico no Trabalho, LTr, pág. 33), lhe acarretou quadro capitulado no CID 10 – F 32.3 (fls. 30 e 59) como episódio depressivo grave com sintomas psicóticos e ingestão de medicamentos controlados (fls. 55/58), justificando o deferimento do pleito de indenização por danos psicológicos e mentais no importe de R\$ 50.000,00.

DOENÇA PROFISSIONAL – REINTEGRAÇÃO

Aduz a exordial que a autora estava em tratamento de sintomatologia depressiva, com síndrome do pânico, sendo portadora de estabilidade no emprego em razão de doença profissional adquirida no ambiente de trabalho. Requer o pagamento de indenização, com pensão mensal vitalícia e constituição de capital (art. 602/CPC) para assegurar o cumprimento da obrigação.

Nega a defesa a ocorrência de doença relacionada com as funções da reclamante que teve recurso de auxílio-doença negado pelo INSS em virtude de carência de contribuição previdenciária.

O legislador brasileiro equiparou, para fins de proteção ao trabalhador, a doença ocupacional ao acidente de trabalho (inciso I, art. 21 da Lei n. 8.213/91). A distinção é em nível

doutrinário/acadêmico, mas útil para caracterização da enfermidade.

O “infortúnio do trabalho” na designação de José Martins Catharino (Infortúnio do Trabalho, Edições Trabalhistas) ou “infelizmente do trabalho” no vocábulo de Octavio Bueno Magano (Lineamentos de Infortunistica), abrange tanto o acidente típico quanto as doenças profissionais.

As diferenças entre acidente de trabalho e doença do trabalho residem, para José Martins Catharino, em aspectos cronológico (temporal) e ontológico (lesão e efeito).

Em resumo: no acidente de trabalho tipo sobressai a subitaneidade da causa e o **resultado imediato**. As doenças do trabalho caracterizam-se pela progressividade e a **mediatidade do resultado**.

O nexos entre o trabalho exercido e o efeito do acidente é imperativo para a existência do acidente de trabalho. Esse nexos de causa-efeito é tríplice, pois envolve o trabalho, o acidente com a lesão e a incapacidade ou morte, resultante da lesão.

O debate, assim, é estabelecido pela ação culposa ou dolosa do empregador, o nexos de casualidade e a extensão dos danos experimentados pela autora.

A autora entregou à reclamada atestados médicos de 5 e 15 dias, a partir de 16.3.2010 e 29.3.2010, respectivamente (fl. 98), com o CID 10 F 32.3, mas teve seu pedido de auxílio-doença indeferido por ausência de carência (fl. 92) e não por inexistência de incapacidade laborativa.

Por óbvio o episódio depressivo grave com sintomas psicóticos associado a transtorno ansioso, provavelmente foi ocasionado pelo assédio sofrido no local de trabalho, como assinalado no tópico pretérito, mas não se pode afirmar a existência de nexos de causalidade, com o trabalho exercido na reclamada.

Não há elementos nos autos para caracterizar a alegada doença profissional, o nexos entre o trabalho exercido e a ação ou omissão do

empregador. Por conseguinte, a doença apresentada pela autora não é decorrente da atividade profissional, nos termos fixados pelos arts. 19 e 20 da Lei n. 8.213/91, mesmo que lastimoso a dor noticiada não há como falar em acidente de trabalho por equiparação, sendo improcedentes os pedidos de indenizações a este título.

JUROS E CORREÇÃO

As parcelas deferidas são de natureza indenizatória sobre as quais não incidirá a alíquota de imposto de renda e de contribuição previdenciária. Adotar-se-á a Súmula 439 do C. TST, *litteris*:

“DANOS MORAIS. JUROS DE MORA E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL — Nas condenações por dano moral, a atualização monetária é devida a partir da data da decisão de arbitramento ou de alteração do valor. Os juros incidem desde o ajuizamento da ação, nos termos do art. 883 da CLT.”

CONCLUSÃO

Ex expositis, EXTINGO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, a teor do art. 267, VI do CPC, por ilegitimidade passiva do DISTRITO FEDERAL e julgo PROCEDENTES em PARTE os pedidos formulados por MARINALVA SOUSA DOS SANTOS para condenar a ROVER ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA. a pagar, no prazo legal, como se apurar em regular liquidação de sentença, as verbas descritas na fundamentação, consoantes seus comandos emergentes.

Custas pela 1ª reclamada de R\$ 3.000,00, calculadas sobre R\$ 150.000,00, valor atribuído à condenação para este fim.

Publique-se.

Brasília, 4 de setembro de 2013.

SANDRA NARA BERNARDO SILVA

Juíza Titular da 10ª VTB-DF

2ª Vara do Trabalho de Tubarão – SC

TERMO DE AUDIÊNCIA

Autos do Processo: 0001828-93.2013.5.12.0041

Classe/Rito: Ação Trabalhista – Ordinário

Juiz Prolator: Narbal Antonio de Mendonça Fileti

Audiência de: 7 de Novembro de 2013, 13 h

Autor/es: Rosiani Zanelato Zobot

Réu/s: Município de Tubarão

Presenças: Ausentes as partes.

- **1. MUNICÍPIO DE TUBARÃO. PROFISSIONAIS DO MAGISTÉRIO PÚBLICO DA EDUCAÇÃO BÁSICA. PISO SALARIAL PROFISSIONAL NACIONAL (LEI N. 11.738/08). VENCIMENTO BÁSICO. INTEGRAÇÃO. DIFERENÇAS. PROCEDÊNCIA.** Demonstrado nos autos que, ainda que observada a limitação temporal imposta pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade — ADI n. 4.167/DF, o Município de Tubarão não cumpriu, de forma escorreita, os ditames da Lei Federal n. 11.738/08, que instituiu o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério da educação básica, o deferimento de diferenças salariais é medida imperativa. **2. PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE SALARIAL (ART. 7º, INC. VI, DA CF) VERSUS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 37/CF). EFEITOS JUSTRABALHISTAS.** Na seara trabalhista, no eventual embate entre (a) o princípio da irredutibilidade salarial (art. 7º, inc. VI, da CF) e (b) os princípios que regem a administração pública (art. 37/CF), prevalece o que estabelece o primeiro, uma vez que este está estritamente vinculado aos princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho, fundamentos primordiais do Estado brasileiro (art. 1º, incs. III e IV, CF).

RELATÓRIO

ROSIANI ZANELATO ZABOT, qualificada na inicial, propôs ação trabalhista contra **MUNICÍPIO DE TUBARÃO**, também qualificado. Postulou a declaração e o reconhecimento: (a) do caráter salarial da rubrica “DIREITO DA LEI 11.738/2008 — PISO NACIONAL” (código 550) no período em que foi satisfeita à autora, abrangido o lapso de janeiro/09 a agosto/11, incluindo-a na rubrica “SALÁRIO BASE”

(código 001), utilizando-a como base de cálculo do quinquênio e da gratificação de regência de classe, com repercussões; (b) do direito à integralização do novo piso nacional salarial instituído pela Lei n. 11.738/08 como vencimento inicial da carreira, com sua integralização ao Plano de Carreira e Remuneração do Magistério (Lei Municipal n. 2.396/00) e consectários econômicos; e (c) da ilegalidade e da inconstitucionalidade da redução da gratificação de regência de classe,

com repercussões econômicas. Requereu, ainda, que os recolhimentos previdenciários sejam suportados pelo réu, além do pagamento de honorários advocatícios. Por fim, vindicou a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

À causa foi atribuído o valor de R\$ 5.000,00.

O Município apresentou contrariedade por meio das razões expendidas nas fls. 51-78. Suscitou a incompetência material da Justiça do Trabalho. Arguiu a prescrição. No mérito, em suma, pugnou pela rejeição dos pleitos.

Documentos foram juntados.

Manifestação autoral nas fls. 107-11 e verso.

Encerrada a instrução processual, ficando prejudicada a conciliação (fl. 113).

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

I – EM PRELIMINAR

A decisão proferida pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal — STF, Ministro Nelson Jobim, em sede de pedido liminar⁽¹⁾, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.395-6, que foi referendada pelo Pleno do STF em 05.04.06⁽²⁾, retira da Justiça do Trabalho a competência material para solver os litígios instaurados “[...] entre o Poder

(1) “[...] Em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e ausência de prejuízo, concedo a liminar, com efeito *ex tunc*. Dou interpretação conforme ao inciso I do art. 114 da CF, na redação da EC n. 45/2004. Suspendo, *ad referendum*, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC n. 45/2004, que incluía, na competência da Justiça do Trabalho, a ‘(...) apreciação ... de causas que ... sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo’.” (destaquei)

(2) “O Tribunal, por maioria, rejeitou a questão preliminar de legitimidade das requerentes suscitada pelo Senhor Ministro Marco Aurélio. Prosseguindo, o Tribunal, também por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, referendou a liminar concedida, nos termos do voto do Relator. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente no exercício da Presidência). Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau.” (destaquei)

Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo”.

A autora ingressou nos quadros do município-demandado por meio de contrato de trabalho por prazo indeterminado regido pela Consolidação das Leis do Trabalho — CLT — fato incontroverso nos autos — (fl. 80). Portanto, o liame mantido entre a autora e a Municipalidade possui indiscutível natureza jurídica celetista — vínculo de emprego —, não podendo, por óbvio, ser enquadrado como “típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo”.

Rejeito a preliminar de incompetência absoluta aviada pelo réu, reconhecendo e declarando a competência material da Justiça do Trabalho para solver o litígio.

II – MÉRITO

1. PREJUDICIAL – PRESCRIÇÃO

As datas de admissão (4.8.2008) e de propositura da ação (24.7.2013) não autorizam a decretação da incidência do instituto instrumental em epígrafe. Os prazos prescricionais previstos na CF (art. 7º, inc. XXIX) foram observados.

Repilo.

2. PISO SALARIAL PROFISSIONAL DO MAGISTÉRIO PÚBLICO DA EDUCAÇÃO BÁSICA (LEI FEDERAL N. 11.738/08). COMPOSIÇÃO. VENCIMENTO BÁSICO. INTEGRAÇÃO. DIFERENÇAS

2.1 – A pretensão autoral tem espeque na não observância de piso salarial profissional nacional desde janeiro/08, como fixado pela Lei Federal n. 11.738,08, de 16.6.2008, em seu art. 1º⁽³⁾. A pretensão assenta-se, assim, na

(3) “Art. 1º Esta Lei regulamenta o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica a que se refere a alínea “e” do inciso III do *caput* do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.”

satisfação de diferenças salariais pela observância do piso nacional a partir de janeiro/08, reconhecendo-se o caráter salarial da rubrica, com a quitação de repercussões, em parcelas vencidas e vincendas.

2.2 – A contrariedade do Município assenta-se na já integralização do piso nacional e na inexistência de obrigatoriedade do piso no lapso de janeiro a dezembro/09, porquanto, no período, poderiam ser consideradas outras rubricas para efeito da sua composição. Acusa, mais, que no período de 30.4.2009 a 24.8.2011, por força de decisão liminar proferida nos autos da ADI n. 4.167, em que se questionava a interpretação do art. 2º da Lei Federal n. 11.738/08, o STF estabeleceu que, até decisão final do mérito, a “remuneração” serviria como base de cálculo do piso, isto é, o piso seria composto pelo salário-base mais vantagens outras; em sede de embargos declaratórios, fixou que a Lei Federal n. 11.738/08 tem eficácia apenas a partir de 27.04.11.

2.3 – A Lei Federal n. 11.738/08 teve origem no Projeto de Lei do Senado n. 59, de 2004 (n. 7.431, de 2006, na Câmara dos Deputados), que, na sua redação final, estabelecia no seu art. 3º, incs. e parágrafos, que:

Art. 3º O valor de que trata o art. 2º desta Lei passará a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2008, e sua integralização, como vencimento inicial das Carreiras dos profissionais da educação básica pública, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios será feita de forma progressiva e proporcional, observado o seguinte:

I – a partir de 1º de janeiro de 2008, acréscimo de 1/3 (um terço) da diferença entre o valor referido no art. 2º desta Lei e o vencimento inicial da Carreira vigente;

II – a partir de 1º de janeiro de 2009, acréscimo de 2/3 (dois terços) da diferença entre o valor referido no art. 2º desta Lei, atualizado na forma do art. 5º desta Lei, e o vencimento inicial da Carreira vigente;

III – a integralização do valor de que trata o art. 2º desta Lei, atualizado na forma do art. 5º

desta Lei, dar-se-á a partir de 1º de janeiro de 2010, com o acréscimo da diferença remanescente.

§ 1º A integralização de que trata o *caput* deste artigo poderá ser antecipada a qualquer tempo pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

§ 2º Até 31 de dezembro de 2009, admitir-se-á que o piso salarial profissional nacional compreenda vantagens pecuniárias, pagas a qualquer título, nos casos em que a aplicação do disposto neste artigo resulte em valor inferior ao de que trata o art. 2º desta Lei, sendo resguardadas as vantagens daqueles que percebam valores acima do referido nesta Lei.

Contudo, o inc. I do art. 3º do projeto de lei foi vetado pelo Presidente da República, que apresentou as seguintes razões para o veto:

O art. 3º determina a vigência do piso salarial a contar do ano de 2008 e prevê, em seu inciso I, que a primeira parcela seja integralizada, de forma retroativa, tendo como marco inicial a data de 1º de janeiro de 2008. Estabelece, portanto, a obrigação de pagar ainda neste exercício financeiro a diferença a que farão jus os profissionais do magistério.

Os Estados e Municípios, por meio de suas entidades representativas, manifestaram-se no sentido de que tal comando impõe aos entes federados uma obrigação que não pode ser cumprida, contrariando, assim, o interesse público. Isso porque se determinassem a realização do aumento, ainda em 2008, estariam contrariando frontalmente o disposto no art. 169 da Constituição Federal, que impõe que a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração na Administração Pública deve contar com previsão específica na respectiva lei orçamentária, o que seguramente não ocorreu.

No caso particular dos municípios, a situação é ainda mais grave, haja vista que a realização de eleições municipais neste ano os submete a restrições específicas da legislação eleitoral e da Lei de Responsabilidade Fiscal, que, em seu art. 21, parágrafo único, proíbe expressamente o aumento de despesa com pessoal nos 180 dias anteriores ao final do mandato. (destaquei)

Assim, a Lei Federal n. 11.738/08 foi sancionada com a seguinte redação no seu art. 3º, incs. e parágrafos:

Art. 3º O valor de que trata o art. 2º desta Lei passará a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2008, e sua integralização, como vencimento inicial das Carreiras dos profissionais da educação básica pública, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios será feita de forma progressiva e proporcional, observado o seguinte:

I – (VETADO);

II – a partir de 1º de janeiro de 2009, acréscimo de 2/3 (dois terços) da diferença entre o valor referido no art. 2º desta Lei, atualizado na forma do art. 5º desta Lei, e o vencimento inicial da Carreira vigente;

III – a integralização do valor de que trata o art. 2º desta Lei, atualizado na forma do art. 5º desta Lei, dar-se-á a partir de 1º de janeiro de 2010, com o acréscimo da diferença remanescente.

§ 1º A integralização de que trata o caput deste artigo poderá ser antecipada a qualquer tempo pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

§ 2º Até 31 de dezembro de 2009, admitir-se-á que o piso salarial profissional nacional compreenda vantagens pecuniárias, pagas a qualquer título, nos casos em que a aplicação do disposto neste artigo resulte em valor inferior ao de que trata o art. 2º desta Lei, sendo resguardadas as vantagens daqueles que percebam valores acima do referido nesta Lei.

2.4 – Sucede que o texto da Lei Federal n. 11.738/08 foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade — ADI, cumulada com pedido cautelar, autuada no Supremo Tribunal Federal como ADI n. 4.167/DF, na qual foi proferida a seguinte decisão cautelar:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR (ART. 10 E § 1º DA LEI N. 9.868/1999). CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PISO SALARIAL NACIONAL DOS PROFESSORES PÚBLICOS DE ENSINO FUNDAMENTAL. LEI FEDERAL 11.738/2008. DISCUSSÃO ACERCA DO ALCANCE DA EXPRESSÃO

“PISO” (ART. 2º, CAPUT E § 1º). LIMITAÇÃO AO VALOR PAGO COMO VENCIMENTO BÁSICO INICIAL DA CARREIRA OU EXTENSÃO AO VENCIMENTO GLOBAL. FIXAÇÃO DA CARGA HORÁRIA DE TRABALHO. ALEGADA VIOLAÇÃO DA RESERVA DE LEI DE INICIATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO PARA DISPOR SOBRE O REGIME JURÍDICO DO SERVIDOR PÚBLICO (ART. 61, § 1º, II, “C” DA CONSTITUIÇÃO). CONTRARIEDADE AO PACTO FEDERATIVO (ART. 60, § 4º E I, DA CONSTITUIÇÃO). INOBSERVÂNCIA DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE. 1. Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada contra o art. 2º, caput e § 1º da Lei n. 11.738/2008, que estabelecem que o piso salarial nacional para os profissionais de magistério público da educação básica se refere à jornada de, no máximo, quarenta horas semanais, e corresponde à quantia abaixo da qual os entes federados não poderão fixar o vencimento inicial das carreiras do magistério público da educação básica. 2. Alegada violação da reserva de lei de iniciativa do Chefe do Executivo local para dispor sobre o regime jurídico do servidor público, que se estende a todos os entes federados e aos municípios em razão da regra de simetria (aplicação obrigatória do art. 61, § 1º, II, “c” da Constituição). Suposta contrariedade ao pacto federativo, na medida em que a organização dos sistemas de ensino pertinentes a cada ente federado deve seguir regime de colaboração, sem imposições postas pela União aos entes federados que não se revelem simples diretrizes (arts. 60, § 4º, I e 211, § 4º da Constituição). Inobservância da regra de proporcionalidade, pois a fixação da carga horária implicaria aumento imprevisto e exagerado de gastos públicos. Ausência de plausibilidade da argumentação quanto à expressão “para a jornada de, no máximo, 40 (quarenta) horas”, prevista no art. 2º, § 1º. A expressão “de quarenta horas semanais” tem por função compor o cálculo do valor devido a título de piso, juntamente com o parâmetro monetário de R\$ 950,00. A ausência de parâmetro de carga horária para condicionar a obrigatoriedade da adoção do valor do piso

poderia levar a distorções regionais e potencializar o conflito judicial, na medida em que permitiria a escolha de cargas horárias desproporcionais ou inexequíveis. Medida cautelar deferida, por maioria, para, até o julgamento final da ação, dar interpretação conforme ao art. 2º da Lei n. 11.738/2008, no sentido de que a referência ao piso salarial é a remuneração e não, tão somente, o vencimento básico inicial da carreira. Ressalva pessoal do ministro relator acerca do *periculum in mora*, em razão da existência de mecanismo de calibração, que postergava a vinculação do piso ao vencimento inicial (art. 2º, § 2º). Proposta não acolhida pela maioria do Colegiado.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FIXAÇÃO DA CARGA HORÁRIA DE TRABALHO. COMPOSIÇÃO. LIMITAÇÃO DE DOIS TERÇOS DA CARGA HORÁRIA À INTERAÇÃO COM EDUCANDOS (ART. 2º, § 4º DA LEI N. 11.738/2008). ALEGADA VIOLAÇÃO DO PACTO FEDERATIVO. INVASÃO DO CAMPO ATRIBUÍDO AOS ENTES FEDERADOS E AOS MUNICÍPIOS PARA ESTABELECEM A CARGA HORÁRIA DOS ALUNOS E DOS DOCENTES. SUPPOSTA CONTRARIEDADE ÀS REGRAS ORÇAMENTÁRIAS (ART. 169 DA CONSTITUIÇÃO). AUMENTO DESPROPORCIONAL E IMPREVISÍVEL DOS GASTOS PÚBLICOS COM FOLHA DE SALÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE ACOMODAÇÃO DAS DESPESAS NO CICLO ORÇAMENTÁRIO CORRENTE. 3. Plausibilidade da alegada violação das regras orçamentárias e da proporcionalidade, na medida em que a redução do tempo de interação dos professores com os alunos, de forma planificada, implicaria a necessidade de contratação de novos docentes, de modo a aumentar as despesas de pessoal. Plausibilidade, ainda, da pretensa invasão da competência do ente federado para estabelecer o regime didático local, observadas as diretrizes educacionais estabelecidas pela União. Ressalva pessoal do ministro relator, no sentido de que o próprio texto legal já conteria mecanismo de calibração, que obrigaria a adoção da nova composição da carga horária somente

ao final da aplicação escalonada do piso salarial. Proposta não acolhida pela maioria do Colegiado. Medida cautelar deferida, por maioria, para suspender a aplicabilidade do art. 2º, § 4º da Lei n. 11.738/2008. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PISO SALARIAL. DATA DE INÍCIO DA APLICAÇÃO. APARENTE CONTRARIEDADE ENTRE O DISPOSTO NA CLÁUSULA DE VIGÊNCIA EXISTENTE NO CAPUT DO ART. 3º DA LEI N. 11.738/2008 E O VETO APOSTO AO ART. 3º, I DO MESMO TEXTO LEGAL. 4. Em razão do veto parcial aposto ao art. 3º, I da Lei n. 11.738/2008, que previa a aplicação escalonada do piso salarial já em 1º de janeiro de 2008, à razão de um terço, aliado à manutenção da norma de vigência geral inscrita no art. 8º (vigência na data de publicação, isto é, 17.7.2008), a expressão "o valor de que trata o art. 2º desta Lei passará a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2008", mantida, poderia ser interpretada de forma a obrigar o cálculo do valor do piso com base já em 2008, para ser pago somente a partir de 2009. Para manter a unicidade de sentido do texto legal e do veto, interpreta-se o art. 3º para estabelecer que o cálculo das obrigações relativas ao piso salarial se dará a partir de 1º de janeiro de 2009. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade concedida em parte. (sublinhei) (Publicado no DJe de 30.04.09)

Posteriormente, o STF julgou improcedente a pretensão encartada na ADI n. 4.167/DF, decisão vazada nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. PACTO FEDERATIVO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA. PISO NACIONAL PARA OS PROFESSORES DA EDUCAÇÃO BÁSICA. CONCEITO DE PISO: VENCIMENTO OU REMUNERAÇÃO GLOBAL. RISCOS FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO. JORNADA DE TRABALHO: FIXAÇÃO DO TEMPO MÍNIMO PARA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES EXTRACLASSE EM 1/3 DA JORNADA. ARTS. 2º, §§ 1º E 4º, 3º, CAPUT, II E III E 8º, TODOS DA LEI N. 11.738/2008. CONSTITUCIONALIDADE. PERDA PARCIAL DE OBJETO. 1. Perda parcial do objeto desta ação direta de inconstitucionalidade, na

medida em que o cronograma de aplicação escalonada do piso de vencimento dos professores da educação básica se exauriu (arts. 3º e 8º da Lei n. 11.738/2008). 2. É constitucional a norma geral federal que fixou o piso salarial dos professores do ensino médio com base no vencimento, e não na remuneração global. Competência da União para dispor sobre normas gerais relativas ao piso de vencimento dos professores da educação básica, de modo a utilizá-lo como mecanismo de fomento ao sistema educacional e de valorização profissional, e não apenas como instrumento de proteção mínima ao trabalhador. 3. É constitucional a norma geral federal que reserva o percentual mínimo de 1/3 da carga horária dos docentes da educação básica para dedicação às atividades extraclasse. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Perda de objeto declarada em relação aos arts. 3º e 8º da Lei n. 11.738/2008. (sublinhei) (Publicado no DJe de 24.08.11)

2.5 – As medidas cautelares deferidas em ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) ou em ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) são decisões provisórias, proferidas em caráter de urgência e em juízo de cognição sumária. Assim, por serem decisões temporárias, são necessariamente substituídas pela decisão final e definitiva proferida⁽⁴⁾.

Nada obstante, a decisão final poderá, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, limitar seus próprios efeitos — poderá o STF promover a modulação dos efeitos da decisão proferida (art. 27 da Lei n. 9.868/99)⁽⁵⁾ —, situação que, nos autos da

(4) “As medidas cautelares deferidas em controle concentrado de constitucionalidade são decisões provisórias de urgência, proferidas em juízo de cognição sumária. São, portanto, decisões temporárias, necessariamente substituídas pela decisão final e definitiva nos autos.” (ADI n. 2.381-AgR, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 24.3.2011, Plenário, DJe de 11.4.2011.)

(5) “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou

ADI n. 4.167/DF, foi definida apenas quando da decisão em sede de embargos declaratórios:

O Tribunal determinou a correção do erro material constante na ementa do acórdão embargado, para que a expressão “ensino médio” seja substituída por “educação básica”, e determinou a retificação da ata de julgamento para registrar que a ação direta de inconstitucionalidade não foi conhecida quanto aos arts. 3º e 8º da Lei n. 11.738/2008, por perda superveniente de seu objeto. Em seguida, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa (Relator), acolheu os embargos de declaração para assentar que a Lei n. 11.738/2008 tenha eficácia a partir da data do julgamento do mérito desta ação direta, ou seja, 27 de abril de 2011, vencido o Ministro Marco Aurélio, que acolhia os embargos em maior extensão. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Plenário, 27.02.2013. (sublinhei) (Ata de Julgamento publicada no DJe de 8.3.2013)

Portanto, o STF definiu que a Lei n. 11.738/08 — e por consequência o piso nacional por ela instituído — passou a ter eficácia somente a partir de 27.4.2011. Assim, observada a limitação temporal imposta pelo Supremo Tribunal Federal, não há falar em obrigação de observância ao piso salarial profissional nacional no lapso contratual pretérito.

2.6 – Por outro lado, é certo que, a partir de 27.04.11 (eficácia da Lei n. 11.738/08 fixada pelo STF), o salário-base adimplido à autora não poderia ser inferior ao piso salarial profissional nacional (art. 3º, incs. II e III e § 2º, Lei Federal n. 11.738/08), o que não foi observado pela Municipalidade: conforme descreveu a própria contestação patronal e confirma a ficha financeira da fl. 86, o Município, com fundamento na decisão cautelar proferida nos autos da ADI n. 4.167/DF, continuou quitando “salário-base” inferior ao piso salarial profissional nacional, mantendo o pagamento destacado da rubrica “DIREITO DA LEI 11.738/2008 – PISO

decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

NACIONAL” (código 550), procedimento mantido até agosto/11, inclusive; a partir de setembro/11 foi implementado o novo “plano de carreira e vencimentos dos servidores e empregados públicos do magistério” — Lei Complementar Municipal n. 46, de 09 de setembro de 2011, que integrou o piso salarial profissional nacional ao salário-base (ficha financeira da fl. 86).

Defiro, assim, o pagamento de diferenças decorrentes da observância do piso salarial profissional nacional para fins de fixação do “salário-base” devido à autora — “salário-base” = ao piso salarial profissional nacional —, observados os seguintes critérios objetivos:

(a) os cálculos ficarão restritos ao período de 27.4.2011 a 31.8.2011;

(b) observância das disposições contidas nos §§ 1º e 3º do art. 2º da Lei Federal n. 11.738/08;

(c) diferenças por repercussões em gratificação de regência de classe e, com esta, em férias com 1/3, natalinas e depósitos do FGTS (com depósito na conta vinculada e sem liberação); e

(d) deverão ser deduzidos os montantes quitados a título de “DIREITO DA LEI 11.738/2008 — PISO NACIONAL” (código 550) e repercussões, bem como eventuais montantes quitados a título de implementação do novo “plano de carreira e vencimentos dos servidores e empregados públicos do magistério” com data retroativa a 1º.7.2011 (art. 43 da Lei Complementar Municipal n. 46/11; fl. 69, quarto parágrafo), observada a base mensal.

Por ausência da parcela principal, indefiro o pleito de diferenças por repercussões em quinquênio.

2.7 - A Lei Federal n. 11.738/08, com eficácia a partir de 27.4.2011 (ADI n. 4.167/DF), ao estabelecer o piso salarial nacional, fixou o vencimento mínimo — “vencimento inicial” (*sic*) — devido aos profissionais das carreiras

do magistério público da educação básica: salário mínimo profissional, na prática. Assim, é incumbência exclusiva do ente público — e não do Judiciário Trabalhista —, observados os limites legais pertinentes, efetuar a voluntária adequação das tabelas do “plano de carreira e remuneração” (*sic*), promovendo o necessário estímulo para a progressão funcional dos profissionais da educação a ele vinculados — o que, parece, foi efetivado pelo Município de Tubarão com a edição da Lei Complementar Municipal n. 46/11. Com efeito, não há falar em determinação judicial de “[...] alteração/majoração da tabela salarial respectiva, com efeitos retroativos a Janeiro/2008, observado o nível e classe/referência do cargo do(a) Peticionário(a)” (*sic*; alínea “c”, fl. 08).

Rejeito.

3. REGÊNCIA DE CLASSE. REDUÇÃO PERCENTUAL. EFEITOS

3.1 – A Lei Complementar Municipal n. 46/11 reduziu o percentual da gratificação regência de classe. Taxando a redução de ilegal/inconstitucional, a autora pretende a condenação do réu no pagamento de diferenças e repercussões daí advindas.

3.2 – O Município não negou a redução e defendeu a legalidade do procedimento, porquanto inexistente diminuição da remuneração. Logo, inexistiu ofensa ao princípio da irredutibilidade salarial.

3.3 – A redução percentual da rubrica não comporta celeuma. Basta ver os termos da própria contestação e o que dispõem a Lei Municipal n. 2.396/00 e a Lei Complementar Municipal n. 46/11.

3.4 – O Município de Tubarão, na condição de ente da Administração Pública Direta, está sujeito a ditames constitucionais específicos.

O art. 169, § 1º, incs. I e II, da CF, estipula:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I – se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II – se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

O art. 37, inc. X, da Carta Magna, por sua vez, estabelece que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

X – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; [...].

É princípio constitucional que a competência para dispor, no âmbito de cada um dos entes federados, a respeito de remuneração relativa aos cargos, funções ou empregos públicos, é do Poder Executivo, mediante lei específica.

O princípio da legalidade é reitor do direito administrativo, consagrado no art. 37, *caput*, da CF: na Administração Pública não há liberdade e tampouco vontade pessoal. Com efeito, enquanto na administração privada é lícito fazer tudo o que não é proibido pela lei, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autorizar.

Pela leitura dos preceitos de matriz constitucional transcritos, se poderia alcançar, num primeiro momento, a conclusão de que os empregados públicos não estão protegidos pelos ditames estabelecidos pelo art. 7º, inc. VI, da CF/88⁽⁶⁾: princípio da irredutibilidade salarial. Contudo, não comungo desse entendimento.

Na seara trabalhista, no eventual embate entre (a) o princípio da irredutibilidade salarial (art. 7º, inc. VI, da CF) e (b) os princípios que regem a administração pública (art. 37/CF), prevalece o que estabelece o primeiro, uma vez que este está estritamente vinculado aos princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho, fundamentos primordiais do Estado brasileiro (art. 1º, incs. III e IV, CF).

3.5 – Não há dúvida de que a redução no percentual da “gratificação por regência de classe”, imposta pela Lei Complementar Municipal n. 46/11, foi de encontro ao princípio da irredutibilidade salarial (art. 7º, inc. VI, da CF) — a rubrica tem vinculação ao professor (cargo) que desenvolva atividade em sala de aula, isto é, só recebe a regência quem, efetivamente, leciona.

Saliento que a majoração do “salário-base”, decorrente da integração do piso salarial profissional nacional, também estabelecida pela Lei Complementar Municipal n. 46/11, que buscou adequar o novo “plano de carreira e vencimentos dos servidores e empregados públicos do magistério” aos ditames da Lei Federal n. 11.738/08, por si só, não tem o condão de autorizar a arbitrária redução da “gratificação por regência de classe” habitualmente adimplida. Na prática, conforme adágio popular, a Municipalidade “deu com uma mão e retirou com a outra”, procedimento que merece a censura desta Justiça Especializada.

(6) “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;”

3.6 – Decreto, pois, a ineficácia do art. 33 da Lei Complementar Municipal n. 46/11 para fins justrabalhistas. Como consectário, condeno o demandado no pagamento de diferenças salariais a título de “gratificação por regência de classe” — percentual devido (40%) — percentual pago = diferença de percentual incidente sobre o “salário-base” —, em parcelas vencidas e vincendas, observados os “salários-base” vigentes nas respectivas épocas próprias.

Defiro, mais, diferenças por repercussões em férias com 1/3, natalinas e depósitos do FGTS (com depósito na conta vinculada).

4. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUSTIÇA GRATUITA

4.1 – No processo do trabalho, nas ações oriundas de vínculo de emprego, não incide o princípio da sucumbência. Somente se acolhido o benefício da assistência judiciária, gênero ao qual pertence a espécie honorários advocatícios, é que estes serão devidos (art. 14, *caput*, Lei n. 5.584/70).

Ante a falta de comprovação da observância dos requisitos ensejadores do benefício (credencial sindical), rejeito o pleito de pagamento ou indenização dos honorários advocatícios (Súmulas ns. 219 e 329/TST).

4.2 – Por outro lado, observados os requisitos pertinentes (art. 790, § 3º, CLT), concedo à autora os benefícios da justiça gratuita, isentando-a apenas do pagamento de custas e eventuais emolumentos no decorrer do andamento processual, cognitivo ou executório.

5. DESCONTOS FISCAIS E PREVIDENCIÁRIOS

Autorizam-se os descontos fiscais e previdenciários, com comprovação documental nos autos pelo demandado, respeitadas as seguintes diretrizes: a) os cálculos serão realizados pelo mesmo órgão competente para a liquidação da sentença (contadoria do Juízo ou contador *ad hoc*); b) os descontos relativos ao Imposto de Renda Retido na Fonte serão calculados mensalmente (regime de competência), respeitadas

as épocas próprias, as respectivas alíquotas, limitações, isenções e faixas salariais tributáveis, com posterior comprovação documental nos autos por ocasião do pagamento dos créditos da autora; e c) as contribuições previdenciárias devidas pela empregada e pelo empregador (cotas-partes) sobre as verbas de natureza salarial, obedecerão ao disposto no art. 22, § 2º, art. 28, § 9º, e art. 43, §§ 2º e 3º, da Lei n. 8.212/91, e no § 4º do art. 276 do Decreto n. 3.048/99, com dedução das parcelas ao encargo da trabalhadora.

6. EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS EM AÇÕES ANÁLOGAS. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E DA CELERIDADE PROCESSUAIS. EFEITOS

Em casos análogos (ação trabalhista n. 0001438-26.2013.5.12.0041, por exemplo), prolatada a sentença cognitiva, os reclamantes opuseram embargos declaratórios nos seguintes termos:

[...] 3. No caso em tela, a r. sentença de fls. apresenta omissão na análise de questão ventilada na inicial.

4. Analisando o item 53 da exordial tem-se os seguintes pedidos:

a) declarar e reconhecer o caráter salarial da rubrica DIREITO DA LEI N. 11.738/2008 – PISO NACIONAL (código 550), no período em que foi paga ao Autor(a) (abrangendo o interregno de Janeiro/2009 a Agosto/2011), incluindo-a na rubrica SALÁRIO BASE (código 001) e reconhecendo o direito do(a) Peticionário(a) de ver aqueles valores serem utilizados também como base de cálculo do quinquênio e da gratificação de regência de classe;

b) como consequência do pedido anterior, o pagamento dos reflexos da rubrica DIREITO DA LEI N. 11.738/2008 — PISO NACIONAL (código 550) no quinquênio e na gratificação de regência de classe, e, com estes, em férias com 1/3, natalinas e depósitos do FGTS; (grifei)

5. No dispositivo da r. decisão de fls. o Réu restou condenado nos seguintes termos:

DISPOSITIVO

Ante o exposto, decido **REJEITAR** a preliminar de incompetência absoluta aviada pelo réu, reconhecendo e declarando a competência material da Justiça do Trabalho para solver o litígio.

No mérito, concedendo os benefícios da justiça gratuita à autora e **RECONHECENDO E DECLARANDO A PRESCRIÇÃO PARCIAL**, julgo **PROCEDENTES EM PARTE OS PEDIDOS**.

Condeno o demandado ao pagamento de:

(1) diferenças decorrentes da observância do piso salarial profissional nacional para fins de fixação do “salário-base” devido à autora — **“salário-base” = ao piso salarial profissional nacional** —, apuradas no período de 27.4.2011 a 31.8.2011, e diferenças por repercussões em quinquênio e gratificação de regência de classe e, com estes, em férias com 1/3, natalinas e depósitos do FGTS (com depósito na conta vinculada e sem liberação), deduzidos os montantes quitados a título de “DIREITO DA LEI 11.738/2008 – PISO NACIONAL” (código 550) e repercussões, bem como eventuais montantes quitados a título de implementação do novo “plano de carreira e vencimentos dos servidores e empregados públicos do magistério” com data retroativa a 1º.7.2011, observada a base mensal;

(2) diferenças salariais a título de “gratificação por regência de classe” — percentual devido (40%) — percentual pago = diferença de percentual incidente sobre o “salário-base” —, em parcelas vencidas e vincendas, observados os “salários-base” vigentes nas respectivas épocas próprias, e diferenças por repercussões em férias com 1/3, natalinas e depósitos do FGTS (com depósito na conta vinculada); e

(...)

CUMpra-SE após o transcurso do julgado.

Intimem-se os contendores.

Nada mais. (grifei e sublinhei)

6. Pois bem, em alguns casos a soma do salário-base com a rubrica CÓDIGO 550 — DIREITO DA LEI N. 11.738/2008 — PISO NACIONAL, suplanta o Piso Salarial Nacional. Isso ocorre em razão do procedimento adotado pelo Réu, já denunciado na inicial, de inserir no salário-base dos professores da rede municipal as progressões verticais e horizontais, em razão da movimentação na carreira. Note-se que a Lei n. 11.738/2008 assegura o Piso Nacional como vencimento inicial. Por esta razão, foi postulado na exordial que se reconhecesse a natureza salarial da rubrica CÓDIGO 550, para fins de reflexos em gratificações, quinquênio, férias com 1/3, natalinas e depósitos do FGTS.

7. Tais pedidos (item 04 *supra*) não restaram apreciados por esse r. Juízo. Ainda que assim não se entenda, o que se diz apenas por cautela, perfeitamente possível o acolhimento dos Embargos Declaratórios, para o fim de sanar a obscuridade mencionada e esclarece que, se constatada na fase de liquidação a situação referida no item 06 *supra* (o que implicará inexistência de diferenças entre o Piso Salarial Nacional e o Salário-base + Código 550), deverá a rubrica Código 550 ser utilizada apenas e tão só para cálculo dos reflexos em gratificações, quinquênio, férias com 1/3, natalinas e depósitos do FGTS, dada sua natureza salarial.

8. Ante o exposto, requer sejam sanadas as omissões/obscuridades acima apontadas, na forma do item 07 *supra*. [...]

Assim, para evitar a oposição de embargos declaratórios também nesta demanda, com fundamento nos princípios da economia e da celeridade processuais, basilares desta Justiça Especializada, deixo desde já registrado que:

(a) os pleitos exordiais no particular foram devidamente apreciados e acolhidos apenas parcialmente (subitens 2.6 e 2.7 deste capítulo), não havendo falar, portanto, em efetivas “omissões/obscuridades” (*sic*) no julgado; e

(b) aos embargos de declaração não se pode emprestar efeitos infringentes: prestada a tutela jurisdicional de 1º Grau (art. 463/CPC) e não apontada qualquer efetiva obscuridade, contradição ou omissão no bojo da sentença

objurgada, a reforma do título deve ser buscada por via instrumental consentânea.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, decido **REJEITAR** a preliminar de incompetência absoluta, reconhecendo e declarando a competência material da Justiça do Trabalho para solver o litígio.

No mérito, concedendo os benefícios da justiça gratuita à autora, julgo **PROCEDENTES EM PARTE OS PEDIDOS**.

Condeno o demandado ao pagamento de:

(1) diferenças decorrentes da observância do piso salarial profissional nacional para fins de fixação do “salário-base” devido à autora — “salário-base” = ao piso salarial profissional nacional —, apuradas no período de 27.4.2011 a 31.8.2011, e diferenças por repercussões em gratificação de regência de classe e, com esta, em férias com 1/3, natalinas e depósitos do FGTS (com depósito na conta vinculada e sem liberação), deduzidos os montantes quitados a título de “DIREITO DA LEI N. 11.738/2008 – PISO NACIONAL” (código 550) e repercussões, bem como eventuais montantes quitados a título de implementação do novo “plano de carreira e vencimentos dos servidores e empregados públicos do magistério” com data retroativa a 1^o.7.2011, observada a base mensal;

(2) diferenças salariais a título de “gratificação por regência de classe” — percentual devido (40%) - percentual pago = diferença de percentual incidente sobre o “salário-base” —, em parcelas vencidas e vincendas, observados os “salários-base” vigentes nas respectivas épocas próprias, e diferenças por repercussões em férias com 1/3, natalinas e depósitos do FGTS (com depósito na conta vinculada); e

(3) juros e atualização monetária na forma da lei.

Custas de R\$ 60,00 calculadas sobre R\$ 3.000,00, valor provisoriamente atribuído à condenação, pelo réu, das quais fica desobrigado (art. 790-A, inc. I, CLT).

Liquidação por cálculos, observados os parâmetros indicados na fundamentação, que integram para todos os fins este capítulo dispositivo.

Considerando o contido no § 2º do art. 475/ CPC (c/c art. 769/CLT), desnecessária remessa dos autos ao TRT para reexame obrigatório.

CUMPRA-SE após o transcurso do julgado.

Intimem-se os contendores.

Nada mais.

Narbal Antônio de Mendonça Fileti

Juiz do Trabalho Titular

Índice Geral

Doutrina

A proteção à relação de emprego e a (in) constitucionalidade do ato de denúncia da Convenção n. 158 da OIT. 1. Introdução. 2. A garantia da proteção ao emprego no ordenamento jurídico brasileiro. 3. A (in)constitucionalidade do ato de denúncia da Convenção n. 158 da OIT e a (in)compatibilidade da norma internacional com a Constituição Federal. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.....

17

O Projeto de Lei n. 4.330/2004 e a agenda nacional do trabalho decente. 1. Introdução. 2. Contrato de trabalho. 3. Terceirização de serviços. 4. Projeto de Lei n. 4.330/2004. 5. Agenda Nacional do Trabalho Decente. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas

31

Responsabilidade subsidiária e disponibilização judicial de valores pela tomadora de serviços em face da prestadora para pagamento de crédito trabalhista: competência e tutela processual adequada. 1. Introdução. 2. Responsabilidade subsidiária. 3. Competência material. 4. Tutela processual adequada. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.....

44

A (re)construção da identidade do sujeito constitucional trabalhador com deficiência e reabilitado pelo INSS. 1. Introdução. 2. Reconstruindo a identidade do sujeito trabalhador com deficiência e reabilitado: negação, metáfora e metonímia. 3. A política de cotas para trabalhadores deficientes e reabilitados sociais nas empresas. 3.1. Isonomia material e solidariedade social. 3.2. Ordem econômica da Constituição: a função social da empresa. 3.3. Interpretando a política de cotas como um caso difícil. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas

59

CIPA e dissimetria estabilitária: até quando?

1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. A Comissão Interna de Prevenção de Acidente. 2.2. Composição, mandato e estabilidade provisória. 2.2.1. A legislação. 2.2.2. A jurisprudência. 2.2.3. A doutrina. 2.3. A semântica. 2.3.1. O empregado eleito antes da CF/1988. 2.3.2. O empregado eleito na vigência da CF/1988. 2.3.2.1. A unidade constitucional. 2.4. A gênese da desigualdade. 2.5. Igualdade para os iguais. 2.6. Liberdade de ação. 2.7. O “silêncio eloquente” e a “lacuna de formulação”. 2.8. O princípio da máxima efetividade e a analogia. 2.9. Aporias constitucionais. 2.9.1. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 2.9.2. O mandado de injunção. 2.10. A amálgama constitucional. 2.11. Dissimetria estabilitária: até quando? 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.....

70

Participação nos lucros e resultados: uma abordagem à luz do dever de proteção. 1. Introdução. 2. O dever de proteção. 2.1. Direitos Fundamentais como sistema de valores. 2.2. Eficácia irradiante dos Direitos Fundamentais. 2.3. Dever de proteção. 2.4. Proporcionalidade: entre a proibição do excesso e a proteção insuficiente. 2.5. O princípio da proporcionalidade como proibição da insuficiência. 3. A participação nos lucros, resultados e o estado ineficiente. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.....

94

Processo judicial eletrônico: agentes automatizados e seus atos. Norma tecnológica e ato tecnológico (eNorma e eAto). 1. Introdução. 2. Teoria. 3. Síntese da tese *Primeiras Linhas de Teoria Geral do Processo Judicial Eletrônico (PJe)*. 4. Méritos da tese *Primeiras Linhas*. 4.1. O alerta. 4.2. Começar pelo começo. 4.3. Da prática para a teoria. 4.4. A aceitação da tecnologia e de seu impacto. 5. Possíveis fragilidades de *Primeiras Linhas*. 5.1.

Processual e extraprocessual. 5.2. Regra da convalidação. 5.3. Resistência à tecnologia: opção pela teoria assentada. 5.4. A tabela e seus exemplos. 6. A <i>softwarização</i> e seu impacto no processo: o <i>software</i> como novo personagem do processo. 6.1. O <i>software</i> . 6.2. Mecânico e automático. 7. Fluxo processual num processo tradicional e no processo eletrônico: o processo sob olhar científico diferente, da engenharia do conhecimento. 8. Agente automatizado. 8.1. Como nasce um agente automatizado?. 8.2. Agente automatizado também precisa de manutenção. 8.3. Regras de negócio. 9. A norma tecnológica (eNorma): o jurídico incorporando o tecnológico. 9.1. Agentes e atos. Sujeito automatizado e ato de <i>software</i> . Norma tecnológica — eNorma. Ato de <i>software</i> ou ato tecnológico — eAto. 9.2. Reflexões jurídicas sobre o agente automatizado (norma tecnológica ou eNorma). 10. A postura teórica de Didier (citado por Roveda) e os agentes automatizados: desatualização da teoria. 11. Considerações finais. 12. Referências bibliográficas	113
---	-----

Meio ambiente do trabalho e Poder Público: crítica póstera à Portaria n. 66/2013, da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado de Rondônia. 1. Introdução. 2. Trabalho decente e meio ambiente laboral hígido. O art. 161 da CLT. 3. Competência administrativa para interdições e embargos. O caso de Rondônia. 4. Poderes-deveres dos auditores fiscais do trabalho: interpretação conforme. 5. À guisa de conclusão: reconsiderando o direito à luz dos fatos	141
---	-----

Jurisprudência

Acórdãos do Superior Tribunal do Trabalho

Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região	151
Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região	195

Sentenças

4ª Vara do Trabalho de Curitiba – PR	215
1ª Vara do Trabalho de Rio Verde – GO.....	231
10ª Vara do Trabalho de Brasília – DF	269
2ª Vara do Trabalho de Tubarão – SC	279

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

Capa: **FORMA E CONTEÚDO EDITORA CRIATIVA**

Finalização: **FABIO GIGLIO**

Impressão: **HR GRÁFICA E EDITORA**

