

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).

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

Capa: **FORMA E CONTEÚDO EDITORA CRIATIVA**

Finalização: **FABIO GIGLIO**

Impressão: **COMETA GRÁFICA E EDITORA**

© Todos os direitos reservados

LTr

EDITORA LTDA.

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

LTr 5095.8

Junho 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 competência material da Justiça do Trabalho para julgar controvérsias de apólice de seguro do empregado <i>Marcel Lopes Machado</i>	17
A titularidade do direito fundamental de greve <i>Cláudio Armando Couce de Menezes</i>	27
O devido processo legal como solução para a motivação na despedida <i>Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale</i>	37
Hipoteca judiciária: a (re)descoberta do instituto diante da Súmula n. 375 do STJ — Execução efetiva e atualidade da hipoteca judiciária <i>Ben-Hur Silveira Claus</i>	57
Autonomia privada no direito do trabalho: o resgate da individualidade do sujeito trabalhador <i>Rodrigo Trindade de Souza</i>	71
Hipoteca Judiciária sobre bens não elencados no art. 1.473 do Código Civil — A efetividade da jurisdição como horizonte hermenêutico <i>Aline Veiga Borges e Ben-Hur Silveira Claus</i>	85
Ações coletivas passivas e o combate ao trabalho escravo contemporâneo — (re)pensando a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana <i>Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz</i>	93
Perícias judiciais multiprofissionais e a lei do ato médico — por uma interpretação que leve em conta a unidade do sistema e a efetividade da prestação jurisdicional <i>José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva e Sandro Sardá</i>	111

O paradigma da verdade no processo do trabalho: uma necessária mudança de perspectiva <i>Konrad Saraiva Mota</i>	137
Eficácia horizontal do <i>due process</i> laboral — reflexões sobre o direito fundamental a um procedimento trabalhista justo como fator de controle do poder privado empregatício <i>Ney Maranhão</i>	143
Os <i>critérios plásticos</i> de fixação da competência em razão do lugar trabalhista — Distribuição da competência territorial a partir da garantia do acesso à Justiça <i>Wolney de Macedo Cordeiro</i>	159
A aplicação da medida legal de indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN à execução trabalhista — Uma boa prática a serviço do resgate da responsabilidade patrimonial futura <i>Ben-Hur Silveira Claus</i>	173
Súmula n. 25 do Tribunal Superior do Trabalho e presunção de base de cálculo de custas processuais <i>Érico Vinícius Prado Casagrande</i>	181
Jurisprudência	
— Acórdãos de Procuradoria e Tribunais Regionais do Trabalho	
Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região	197
Procuradoria Regional do Trabalho da 13ª Região	201
Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região	207
— Sentenças	
65ª Vara do Trabalho de São Paulo – SP	227
3ª Vara do Trabalho de Guarujá – SP	232
Única Vara do Trabalho de Limoeiro do Norte – CE.....	236
2ª Vara do Trabalho de Itajaí – SC.....	254
8ª Vara do Trabalho de Curitiba – PR.....	268
Índice Geral	277

Abreviaturas e Siglas Usadas

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

Editorial

O direito do trabalho tem sido alvo de constantes ataques, notadamente por parte da denominada *doutrina da flexibilização*.

O que procura, cada dia de forma mais agressiva, é desvincular o direito do trabalho da sua função de instrumento de melhoria da condição social dos trabalhadores e da realização da justiça social, reconduzindo o trabalho humano à condição de simples mercadoria.

É neste contexto que se coloca, por exemplo, as tentativas de fazer do prevalecer o acordado sobre o legislado, como se dá por meio do projeto de lei que cria o *acordo coletivo de trabalho com propósito específico*, que, em nome do respeito à “vontade dos trabalhadores”, permite a individualização das condições de trabalho sem ressalva das normas de segurança e higiene de trabalho e com a alusão ao respeito, apenas, ao art. 7º da Constituição da República, o que implica desconsiderar regras e princípios constitucionais de incidência, direta ou indireta, na relação de emprego e, também, regras e princípios de direito internacional incidentes, direta ou indiretamente, nesta modalidade de relação social.

Daí a relevância de reafirmar, dia após dia, a estreita relação do direito do trabalho com a dignidade humana e de fazer valer concretamente os direitos a ela inerentes, reconhecidos por normas de direito internacional (direitos humanos trabalhistas) e pela Constituição da República (direitos fundamentais trabalhistas).

A dignidade humana é, e não pode deixar de ser nunca, o ponto de partida e de chegada do direito do trabalho e de qualquer debate sério sobre o seu real papel na sociedade.

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 competência material da Justiça do Trabalho para julgar controvérsias de apólice de seguro do empregado

Marcel Lopes Machado^(*)

Resumo:

- ▶ O presente estudo tem por objeto uma análise, reflexão e interpretação acerca da competência material da Justiça do Trabalho para apreciar as controvérsias jurídicas sobre a contratação da apólice de seguro de vida e/ou acidentária pelo empregador, a favor de seus empregados, com empresa do segmento securitizado.

Palavras-chave:

- ▶ Apólice de seguro — Origem da obrigação — Natureza do conflito — Competência — Justiça do Trabalho.

Abstract:

- ▶ The object of this study is an analysis, reflection and interpretation about the substantive jurisdiction of the Labour Court to appreciate the legal controversy about the hiring of the life insurance policy and / or of accident by the employer on behalf of its employees, segment now securitized.

Keywords:

- ▶ Insurance policy — Origin of obligation — Nature of conflict — Competence — Labour court.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A natureza do conflito e sua competência material
- ▶ 3. Emenda Constitucional n. 45/2005. A atual redação do art. 114, VI e IX/CR

(*) Juiz do Trabalho do TRT da 3ª Região. Auxiliar da 1ª Vara do Trabalho de Uberlândia – MG. Pós-graduado em Direito Material e Processual do Trabalho/UFU. Pós-graduado em Filosofia do Direito e Direito Público/Faculdade Católica de Uberlândia-Dominis, professor do curso de pós-graduação em Direito Material e Processual do Trabalho/UFU.

- 4. Tutela da ordem jurídica dos direitos sociais e a competência da Justiça do Trabalho. Interpretações. Exclusão das incoerências jurídicas
- 5. Conclusão
- 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

Pretende-se, por este estudo, fazer uma análise e interpretação acerca da competência material da Justiça do Trabalho para apreciar as controvérsias jurídicas sobre a contratação da apólice de seguro de vida e/ou acidentária pelo empregador, a favor de seus empregados, com empresa do segmento securitizado.

“Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na **interpretação judiciária** do direito legislativo está insito certo grau de **criatividade**. O ponto, de resto, tornou-se explícito pelo próprio Barwick quando escreve que ainda “a melhor arte de redação das leis”, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, **lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz** e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária”.⁽¹⁾

A contratação de apólice de seguro de vida e/ou acidentária pelo empregador, a favor de seus empregados, tem previsão no art. 458, § 2º, V/CLT, que fixa expressamente sua natureza jurídica de **utilidade não salarial**, e, portanto, se trata, inequivocamente, de uma parcela ou benefício de direito privado/civil, mas instituído em razão e função do **contrato de emprego**, arts. 2º e 3º/CLT.

Ainda, a contratação deste benefício pelo empregador com empresa securitária, a favor de seus empregados, decorre também, da previsão do art. 444/CLT, que estabelece uma **cláusula geral** de livre estipulação e/ou contratação de benefícios entre as partes, com o objetivo

de implementar uma melhora nas condições sociais dos trabalhadores, art. 7º, *caput*/CR.

E, em inúmeros outros casos, observa-se também, que esta obrigação tem previsão e origem em disposições existentes nos instrumentos normativos, acordos coletivos e/ou convenções coletivas, arts. 7º, XXVI e 8º, III/CR e art. 613, IV/CLT, que regulamentam outras condições de trabalho das categorias.

Não obstante tratar-se de instituto fornecido em razão do contrato de emprego e/ou até mesmo das normas coletivas que regulamentam novas e diferentes condições e benefícios em favor da categoria profissional dos trabalhadores, existem precedentes da própria jurisprudência trabalhista que não admitem sua competência material para apreciação desta matéria, como se observa:

EMENTA: DENUNCIAÇÃO À LIDE. SEGURADORA. A competência material da Justiça do Trabalho encontra-se prevista no art. 114 da Constituição da República, não contemplando, todavia, as ações que envolvam empresas seguradoras e empregadores, acerca do cumprimento de apólice de seguro. (TRT 3ª Região – 1ª T. – RO 00270-2010-043-03-00-2 – rel. Juiz Conv. Eduardo Aurélio Pereira Ferri – DJMG 30.9.2011.)

EMENTA: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO DO PRÊMIO DE SEGURO. LIDE ENTRE SEGURADO E SEGURADORA. NATUREZA AUTÔNOMA. Cabendo à Justiça do Trabalho dirimir conflito de interesses entre empregado e empregador e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, **aparteia-se** da seara atávica trabalhista a questão surgida entre **segurado e seguradora**, com vínculo jurídico clássico com o contrato de seguro. (TRT 3ª Região – 3ª T. – RO 00525-58.2011.5.03.0043 – relª. Desª. Emilia Facchini – DEJT 21.1.2013.)

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

2. A natureza do conflito e sua competência material

Na fixação da competência material, deve-se observar que a “**índole de um conflito deriva de sua origem e de seu objeto, e não da norma invocada**”⁽²⁾, logo, *data venia* dos r. entendimentos em contrário, a Justiça do Trabalho detém **competência** para apreciar e julgar as **ações indenizatórias** *lato sensu* fundadas na existência da relação de emprego.

Trata-se, inclusive, de competência histórica, antes mesmo do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, e que inclui, portanto, a hipótese jurídica de reparação de danos materiais de apólice de seguro, eis que sua **origem, derivação e fundamento legal** é a preexistência do contrato de emprego, art. 444/CLT.

Isto porque, esta **preexistência** do contrato de emprego é **condição essencial** (e não acidental e/ou natural) do negócio jurídico de seguro (vida e/ou acidentário) com a empresa securitária, e o conflito que daí surge decorre da vantagem concedida, **ainda que indireta**, da existência e condições contratuais daquele vínculo, arts. 444 e 458, § 2º, V/CLT.

É justamente a **preexistência** do vínculo de emprego, como **condição essencial** do negócio jurídico securitário, que permite, inclusive, instituir o **pagamento do prêmio mensal** da apólice para a empresa securitária, e não ao empregador propriamente dito, mediante **descontos mensais dos salários** dos trabalhadores; descontos estes, incontestavelmente tidos por lícitos pela legislação e jurisprudência trabalhista, art. 462/CLT e Súmula n. 342/TST.

Portanto, a relação jurídica securitária que surge entre empregado, empregador e empresa securitária pode ser compreendida como um **contrato anexo** àquele de emprego, que lhe é **preexistente**, ou, em outras palavras, sem a preexistência do contrato de emprego, com a

consequente utilidade fornecida pelo empregador, art. 458, § 2º, V/CLT, do desconto salarial compartilhado do empregado, art. 462/CLT e Súmula n. 342/TST, é impossível a existência do contrato securitário multilateral.

Tem-se então, na hipótese de recusa do pagamento da apólice, um conflito trabalhista **impuro/atípico**⁽³⁾, cuja competência material é da Justiça do Trabalho, **independentemente** que a solução o mérito da controvérsia tenha que ser apreciada e julgada segundo as normas do **Direito Civil**, como expressamente prevê o art. 8º/CLT.

Os principais criadores do direito (...) podem ser, e frequentemente são, **os juízes**, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real (...) ou as **garantias** do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de **filosofia social**. As decisões dos Tribunais sobre questões **econômicas e sociais** dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual **o progresso pacífico** do nosso povo, no curso do século XX, dependerá, em larga medida de que os **juízes** saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes de que superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas. (Da mensagem enviada pelo Presidente THEODORE ROOSEVELT ao Congresso Americano em 8 de dezembro de 1908 (43 Cong. Rec., Part I, p. 21).)⁽⁴⁾

Aliás, antes mesmo do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, e, portanto, na

(2) DALAZEN, João Oreste. *Competência Material Trabalhista*. São Paulo: LTr: 1994. p. 51.

(3) *Ibidem*, p. 56. Ainda, leciona o eminente Ministro: “Em síntese, **conflito trabalhista** de natureza jurídica é o que se estabelece visando à interpretação **ou aplicação** de norma jurídica preexistente, assim **considerada a que emane do contrato de emprego** ou de qualquer das fontes formais do Direito do Trabalho: lei, convenção ou acordo coletivo, regulamento ou sentença normativa (esta, singularidade apenas do direito brasileiro)”. *Idem*, *op. cit.*, p. 58.

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

vigência da redação original do art. 114/CR, o STF já se manifestou neste sentido:

**JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPE-
TÊNCIA. CONST., ART. 114. AÇÃO DE
EMPREGADO CONTRA O EMPREGA-
DOR, VISANDO A OBSERVÂNCIA DAS
CONDIÇÕES NEGOCIAIS DA PROMESSA
DE CONTRATAR FORMULADA PELA
EMPRESA EM DECORRÊNCIA DA RE-
LAÇÃO DE TRABALHO. 1. COMPETE A
JUSTIÇA DO TRABALHO JULGAR DE-
MANDA DE SERVIDORES DO BANCO
DO BRASIL PARA COMPELIR A EMPRESA
AO CUMPRIMENTO DA PROMESSA DE
VENDER-LHES, EM DADAS CONDIÇÕES
DE PREÇO E MODO DE PAGAMENTO,
APARTAMENTOS QUE, ASSENTINDO
EM TRANSFERIR-SE PARA BRASÍLIA,
AQUI VIESSEM A OCUPAR, POR MAIS
DE CINCO ANOS, PERMANECENDO A
SEU SERVIÇO EXCLUSIVO E DIRETO. 2.
A DETERMINAÇÃO DA COMPETÊNCIA
DA JUSTIÇA DO TRABALHO NÃO IM-
PORTA QUE DEPENDA A SOLUÇÃO DA
LIDE DE QUESTÕES DE DIREITO CIVIL,
MAS SIM, NO CASO, QUE A PROMESSA
DE CONTRATAR, CUJO ALEGADO CON-
TEÚDO E O FUNDAMENTO DO PEDIDO,
TENHA SIDO FEITA EM RAZÃO DA RE-
LAÇÃO DE EMPREGO, INSERINDO-SE
NO CONTRATO DE TRABALHO. (STF – T.
Pleno – CJ 6959-6/DF – rel. Min. Sepúlveda
Pertence – DJU 22.2.1991.)**

EMENTA: Justiça do Trabalho: competência:
ação de reparação de danos decorrentes da
imputação caluniosa irrogada ao trabalhador
pelo empregador a pretexto de justa causa
para a despedida e, assim, decorrente da
relação de trabalho, não importando deva
a controvérsia ser dirimida à luz do Direito
Civil. (STF – 1ª Turma – RE n. 238.737-4/SP –
rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 5.2.1999.)

Neste aspecto, a Corte Constitucional cor-
rigiu a posição jurisprudencial do STJ, para
quem a fixação da **incompetência** material
trabalhista decorria da causa de pedir e pedidos
fundados no Direito Civil, e não na própria
relação jurídica material das partes, ou seja,
os pedidos de indenização fundamentados

no Direito Civil seriam da competência da
Justiça Comum.

Como muito bem assinado pelo professor
Antônio Álvares da Silva⁽⁵⁾:

**“Toda questão, de qualquer natureza, que
for conteúdo de uma relação de emprego
ou de trabalho, obrigação de contratar,
obrigação de dar, um apartamento sob
certa condição, inscrição em plano de saú-
de, transferência de quotas, promessa de
empréstimo, e tudo mais que provier do
contrato de trabalho, será competência da
Justiça do Trabalho.**

(...)

Se à determinação da competência da Jus-
tiça do Trabalho **não importa** a natureza da
solução da lide, mas sim que o **fundamento
do pedido** tenha sido feito em razão do
contrato de trabalho, abriu-se efetivamente
a porta para o desenvolvimento da compe-
tência da Justiça do Trabalho.”

Este, inclusive, é o fundamento atual da
jurisprudência trabalhista consolidada, ao
fixar a competência material da Justiça do
Trabalho para: 1. apreciação da reparação por
danos morais que tenham origem no contrato
de emprego, Súmula n. 392/TST; 2. apreciação
da reparação por danos materiais que tenham
origem na frustração do seguro-desemprego
por culpa do empregador, Súmula n. 389/TST;
3. apreciação das reparações por acidente de
trabalho e/ou doenças ocupacionais (STF – T.
Pleno – CC 7204/MG – rel. Min. Carlos Ayres
Britto – DJU 9.12.2005), todas questões cuja
solução será fundada na teoria da responsa-
bilidade civil.

Ademais, não se pode deixar de observar
que esta controvérsia, acerca do inadim-
pimento da obrigação securitária, decorre
também, muitas vezes, como **efeito anexo
e secundário**, da lide originária e primária
sobre o acidente de trabalho e/ou doença

(5) In: *Pequeno Tratado da Nova Competência Trabalhista*.
São Paulo: LTr: 2005. p. 238-239.

ocupacional que vitima o trabalhador, cuja pretensão reparatória se insere no rol de seus direitos sociais, art. 7º, XXVIII/CR, e se situa na 3ª hipótese acima de competência material da Justiça do Trabalho.

3. A Emenda Constitucional 45/2004. A atual redação do art. 114, VI e IX/CR

A Emenda Constitucional n. 45/2004 teve por objetivo promover a chamada “Reforma do Poder Judiciário” e apresentou importante papel de reafirmação da importância da Justiça do Trabalho, ao compreender e fixar, dentro de sua competência material, diversos conflitos de índole e naturezas distintas da relação de emprego propriamente dita, que, até então, não se inseriam em seu âmbito jurisdicional.

Desta emenda, extrai-se a nova redação dada ao art. 114, incisos VI e IX/CR, que fixam, expressa e textualmente, a competência material da Justiça do Trabalho, para apreciar e julgar: 1. as ações de indenização por dano moral ou material, decorrentes da relação de trabalho; 2. outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

A partir de sua vigência, parece não haver dúvida, quanto à disposição do inciso VI do art. 114, da competência material trabalhista para julgar as ações indenizatórias decorrentes da relação de trabalho, na qual se inclui, à evidência, as da relação de emprego.

Destaca-se, sobretudo, que o texto constitucional utilizou a expressão “ações” no plural, o que reforça na busca do sentido das palavras utilizadas, pelos métodos interpretativos gramatical, sistemático e teleológico, sua intenção **expansionista e ampliativa**, já que se parte da premissa que não existem palavras inúteis na Constituição.

Logo, quaisquer ações indenizatórias, em sentido *lato*, que tenham origem e fundamento na relação de trabalho, serão da competência da Justiça do Trabalho, o que incluiu, portanto, as controvérsias indenizatórias sobre o pagamento da apólice de seguro.

Inclusive, a jurisprudência do TST evolui neste sentido⁽⁶⁾.

Compreende-se, portanto, que esta competência material é fixada em razão da matéria ter **origem e fundamento** no contrato de emprego, e não das normas da teoria da responsabilidade civil utilizadas para solução da controvérsia, bem como, não em razão do eventual sujeito passivo da obrigação indenizatória a ser cumprida, se o empregador propriamente dito, a empresa securitária contratada, ou ambos.

Inclusive, como muito bem explicitado pelo Ministro João Oreste Dalazen⁽⁷⁾, com o advento

(6) **“CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.** O direito postulado é proveniente do contrato de trabalho celebrado entre as partes, afigurando-se competente a Justiça do Trabalho, a teor do art. 114 da Constituição Federal. No contexto em que foi decidida a matéria, não há margem para se concluir pela violação dos dispositivos citados, uma vez que se trata de obrigação originária da relação de emprego entre o Reclamante e a CEF. Recurso de Embargos não conhecido.” (SBDI-1 – E-RR 5.132/2002-921-21-00.8 – rel. Ministro Carlos Alberto Reis de Paula – DJU 10.6.2005.)

“COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. SEGURO. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. OBRIGAÇÃO DECORRENTE DA RELAÇÃO DE EMPREGO. A competência da Justiça do Trabalho tem como fator determinante, no caso, a circunstância de que o reclamante somente é beneficiário do plano de seguro em razão da condição de empregado da empresa. Recurso de Embargos de que não se conhece.” (SBDI-1 – E-RR 864/2003-102-03-00.7 – rel. Ministro João Batista Brito Pereira – DJU 21.9.2007.)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO DECORRENTE DA RELAÇÃO DE EMPREGO. SEGURO DE VIDA CONTRATADO PELA EMPREGADORA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Compete à Justiça do Trabalho julgar pedidos relativos a direitos e vantagens previstos na legislação trabalhista. O fato de o seguro de vida constituir-se em obrigação assumida pela empregadora, e que aderiu ao contrato do trabalho do autor, não desloca a competência para a Justiça Comum, pois diretamente ligado ao contrato de trabalho (art. 114 da Constituição Federal de 1988). Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (6ª T. – AIRR 76740-08.2006.5.03.0025 – rel. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga – DJU 6.6.2008.)

(7) A Reforma do Judiciário e os Novos Marcos da Competência Material da Justiça do Trabalho no Brasil. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves. *Nova Competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr: 2005. p. 153.

da EC n. 45/2004, inserem-se no âmbito de competência material da Justiça do Trabalho:

“(...) quaisquer outras lides a propósito de direitos e obrigações que decorram 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 fechada instituída pelo empregador, quando a complementação de aposentadoria não é criada pelo empregador.”

A adoção de solução jurídica diversa, mesmo após o advento da EC n. 45/2004, com a redação dada ao art. 114, VI/CR, incorrerá no risco de se materializar, ainda que involuntariamente, o vício da interpretação retrospectiva, já advertida pelo professor e hoje Ministro Luís Roberto Barroso⁽⁸⁾:

“Atente-se para a lição mais relevante: as normas legais têm de ser reinterpretadas em face da nova Constituição, não se lhes aplicando, automática e acriticamente, a jurisprudência forjada no regime anterior. Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo. Com argúcia e espírito, José Carlos Barbosa Moreira estigmatiza a equivocidade desta postura:

‘Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação... em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que lhe capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica.’”

(8) *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 70-71.

Outra questão, já com ênfase na interpretação do art. 114, IX/CR, é que o Poder Constituinte Derivado criou e reservou à Justiça do Trabalho, a competência material residual por derivação legislativa infraconstitucional.

E, de igual sorte, a obrigação de contratar e fornecer a apólice de seguro de vida e/ou acidentária pode, também, decorrer da previsão dos instrumentos normativos que regem o Direito Coletivo do Trabalho (acordos coletivos e convenções coletivas), art. 7º, XXVI e 8º, III e VI/CR e art. 611/CLT.

Trata-se de típicos institutos do Direito do Trabalho, criados com fundamento na **autonomia privada coletiva**⁽⁹⁾, originária na

(9) “A autonomia privada coletiva não se confunde com a negociação coletiva de trabalho. Esta é efeito decorrencial daquela e sua manifestação concreta. A autonomia privada coletiva é o poder social dos grupos representados auto-regularem seus interesses gerais e abstratos, reconhecendo o Estado a eficácia plena dessa avença em relação a cada integrante dessa coletividade, a par ou apesar do regramento estatal – desde que não afronte norma típica de ordem pública. Ou, como bem diz Gian Carlo Perone, é o “poder de negociar a regulamentação desses interesses (coletivos), ficando todavia, entendido que se está diante de uma manifestação de autonomia privada, isto é, de capacidade de estabelecer livremente a posição dos próprios interesses considerada objetivamente mais conveniente, independentemente da necessidade de alcançar finalidades indicadas por sujeitos estranhos ou mesmo pelo Estado.” (*A Ação Sindical nos Estados Membros da União Europeia*. São Paulo: LTr, 1999. p. 22.) A Constituição Federal de 1988 é expressa a arrolar, entre os direitos sociais que assegura, o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (art. 7º, inciso XXVI), aí conferindo não apenas validade aos instrumentos negociais nominados – visão apeguada desse direito social. A elocução constitucional transcende, em muito, à forma de exteriorização do pactuado. Contém, na verdade, o **reconhecimento estatal do poder inerente às pessoas** e, pois, aos grupos por ela organizados de autoconduzirem-se, de co-decidirem sobre o ordenamento de condições de trabalho, de protagonizarem a autocomposição de seus interesses coletivos, solverem suas desinteligências fora do Estado, pela via do entendimento direto, valendo, o que restar pactuado, como lei entre as partes e cada um dos membros representados, se inexistir malferimento a norma de ordem pública estatal. In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. vol. II, p. 1.189-1.191.

negociação entre as entidades sindicais ou com a empresa, mediante **prévia aprovação** dos trabalhadores em assembleia específica, art. 612/CLT, no exercício de sua **liberdade e autonomia na organização e deliberações sindicais** art. 8º, I/CR, com o objetivo de implementar o enunciado constitucional da melhoria de suas condições sociais, art. 7º, *caput*/CR.

E, justamente por se tratar de obrigação que tem **origem e fundamento** de existência e validade na **norma coletiva** das categorias, arts. 7, XXVI e 8º, III/CR e 613, IV/CLT, é que, também por este **prima e enfoque**, a **competência material** é da Justiça Especializada do Trabalho, por expressa previsão do art. 1º da Lei n. 8.984/1995, naturalmente recepcionado pela competência constitucional residual por derivação legislativa, art. 114, IX/CR.

4. Tutela da ordem jurídica dos direitos sociais e a competência da Justiça do Trabalho. Interpretações. Exclusão das incoerências jurídicas

Diante das premissas das demais hipóteses de competência material da Justiça do Trabalho, em que a controvérsia se resolve pela teoria da responsabilidade civil, como expressamente prevê o art. 8º/CLT (v. ex., 1. danos morais puros, Súmula n. 392/TST; 2. seguro-desemprego, Súmula n. 389/TST; 3. acidentes de trabalho e/ou doenças ocupacionais, STF – T. Pleno – CC 7204/MG), deve-se buscar, para a coerência e compatibilidade das interpretações jurisdicionais, da unidade do Direito Judiciário do Trabalho, o ponto de equilíbrio e congruência também para esta hipótese de conflito, já que existentes as mesmas razões e fundamentos jurídicos das anteriores, e, portanto, a preservação da coerência, harmonia e completude do ordenamento.

Ora, se a função do direito é o **equilíbrio**, a razão de ser do direito também é o **equilíbrio**, porque é isso que o direito melhor sabe

proporcionar. Por conseguinte, a figura do juiz se agiganta, como a de quem devolve a **serenidade** e a **proporção** perdida das prestações obrigacionais, atividade fundamental à essência do exercício de qualquer direito. (...)

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

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

impossível a realização do meio-termo, do justo.”⁽¹⁰⁾

A inadimplência da obrigação de seguro, que tem origem e fundamento na preexistência do contrato de emprego, em suas normas coletivas e na própria legislação trabalhista sobre as utilidades não salariais fornecidas, constituiu prática ilegal e abusiva no mercado de consumo, art. 187/CC, e violação da função social contratual, art. 421/CC.

Ainda, caracteriza dano a toda uma **coletividade indeterminada**, art. 81/CDC, tanto os empregados na frustração da fruição de sua proteção jurídica, quanto, também, os **empregadores**, na lesão da garantia contratual adquirida com o objetivo de prevenção ou de **reparação** acidentária, art. 7º, XXII e XXVIII/CR, em seus efeitos pecuniários.

Ora, o empregador contrata o objeto da apólice justamente em benefício de seus empregados, para lhes minimizar eventuais prejuízos materiais decorrentes dos infortúnios de acidentes e doenças (com ou sem nexos com o trabalho), mas, também, se vê frustrado por aquela inadimplência, suscetível, inclusive, de ser responsabilizado por eventual culpa na escolha (*in eligendo*) da empresa de seguros, e, como tal, também é parte lesada, pelo descumprimento contratual da mesma.

Trata-se de lesão à própria ordem jurídica trabalhista e seus principais destinatários, empregados e empregadores, o que justifica, pois, a competência material da Justiça do Trabalho para apreciação desta matéria, art. 114, VI e IX/CR, a fim de se dar efetividade e materialidade aos direitos sociais previstos nos arts. 7º, XXII, XXVI e XXVIII e 8º, III e VI/CR, direitos estes que se inserem no âmbito de normatividade dos direitos fundamentais, art. 5º, § 2º/CR⁽¹¹⁾.

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

(11) O Min. do STF Sepúlveda Pertence, em seu voto proferido na ADI n. 1.675-1, publicada no DJU em

E, justamente pelos direitos sociais do trabalho serem interpretados como direitos fundamentais (de 2ª dimensão), deve-se-lhes aplicar, de igual maneira, o **princípio da efetividade**⁽¹²⁾ das normas constitucionais, art. 5º, § 1º/CR, para proteção do ser humano.

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

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

24.9.1997, mencionou que os **direitos sociais do trabalho** encontram-se inseridos no **rol dos direitos constitucionais fundamentais**, em interpretação sistemática extraída do art. 5º, § 2º da CR/88. (“... os direitos sociais dos trabalhadores, enunciados no art. 7º da Constituição se compreendem entre os direitos e garantias constitucionais incluídas no âmbito normativo do art. 5º, § 2º, de modo a reconhecer alçada constitucional às convenções internacionais anteriormente codificadas no Brasil”).

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

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

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

É por isso que devemos compreender o direito como a esperança dos homens, que renasce, segundo Horácio, todos os dias, *aliusque et idem*.^{”(13)}

5. Conclusão

Diante de todo este contexto, pode-se concluir que a Justiça do Trabalho detém competência material para apreciar e julgar as ações indenizatórias que versem sobre o inadimplemento de apólice de seguro (de vida e/ou acidentária) contratada pelo empregador, a favor de seus empregados, com empresa securitária, eis que:

I. Trata-se de controvérsia que tem origem e fundamento na existência do contrato de emprego, e a fixação da competência material independe que a solução jurídica se dê pela aplicação da teoria da responsabilidade civil, art. 8º/CLT (Precedentes do STF: 1. CJ 6959-6/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 22/02/1991. 2. RE 238.737-4/SP – rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 5.2.1999).

II. Já se fixou na jurisprudência, que a Justiça do Trabalho detém competência material para apreciar outras ações indenizatórias, desde que seu fundamento seja a existência da relação jurídica material de emprego, a exemplo, 1. das ações reparatórias acidentárias e/ou por acidente de trabalho (STF – T. Pleno – CC 7204/MG – rel. Min. Carlos Ayres Britto – DJU 9.12.2005); 2. das ações de reparação por danos materiais pelo não recebimento do seguro-desemprego por

culpa do empregador (Súmula n. 389/TST); 3. das ações de reparação por danos morais puros (Súmula n. 392/TST).

III. A apólice de seguro é um benefício concedido em razão da liberdade de negociação e contratação entre as partes, art. 444/CLT, de natureza jurídica de utilidade não salarial, art. 458, § 2º, V/CLT, sendo que é pacífico no âmbito da Justiça do Trabalho a legalidade e licitude do custeio compartilhado pelo empregado, mediante desconto em seu salário, art. 462/CLT e Súmula 342/TST.

IV. O art. 114, VI/CR estabeleceu a competência material da Justiça do Trabalho, de forma **expansionista** e **ampliativa**, para apreciar e julgar as **ações indenizatórias** em sentido **lato** e no **plural**, que tenham origem e fundamento na relação de trabalho.

V. Trata-se, pois, de competência fixada em razão da matéria, com origem e fundamento no contrato de emprego, e não dos eventuais sujeitos passivos da obrigação, a ser apreciada e resolvida pelas normas da teoria da responsabilidade civil, como expressamente prevê o art. 8º/CLT.

VI. Por outro lado, pode se tratar de benefício instituído e criado pelas normas decorrentes da autonomia privada coletiva (ACT e/ou CCT), arts. 7º, XXVI e 8º, III e VI/CR, arts. 611 e 613, IV/CLT, cuja competência material da Justiça do Trabalho fixada no art. 1º da Lei 8.984/1995, foi naturalmente recepcionada pela competência constitucional residual por derivação legislativa, art. 114, IX/CR.

VII. A inadimplência da apólice pode caracterizar dano a toda uma **coletividade indeterminada**, art. 81/CDC, tanto os empregados na frustração da fruição de sua proteção jurídica, quanto, também, os **empregadores**, na lesão da garantia contratual adquirida com o objetivo de prevenção ou de **reparação** acidentária, art. 7º, XXII e XXVIII/CR, em seus efeitos pecuniários.

(13) ANDRADE NERY, Rosa Maria de, *op. cit.*, p. 429.

VIII. Caracteriza, pois, uma lesão à própria ordem jurídica trabalhista e seus principais destinatários, empregados e empregadores, o que justifica, pois, a competência material da Justiça do Trabalho para apreciação desta matéria, art. 114, VI e IX/CR, a fim de se dar efetividade e materialidade aos direitos sociais previstos nos arts. 7º, XXII, XXVI e XXVIII e 8º, III e VI/CR.

IX. Trata-se, em última síntese, de compreensões e conclusões que **afastam o risco** da adoção da interpretação retrospectiva (e sua “**patologia** de hermenêutica constitucional”), e buscam adotar uma interpretação de conformidade com o princípio da **efetividade** das normas constitucionais, notadamente, quanto à sua aplicação aos direitos sociais do trabalhadores, que se inserem no âmbito de normatividade dos direitos fundamentais, art. 5º, § 2º/CR.

6. Referências bibliográficas

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

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

COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves. *Nova Competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

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

NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. São Paulo: RT, 2006.

SILVA, Antônio Álvares da. *Súmulas de Efeito Vinculante e a Completude do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: LTr, 2004.

_____. *Pequeno Tratado da Nova Competência Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. vol. I. São Paulo: LTr, 2005.

A titularidade do direito fundamental de greve

Cláudio Armando Couce de Menezes^(*)

Resumo:

- ▶ Todos os direitos laborais são oriundos do direito fundamental de greve que, frequentemente, sofre restrições indevidas do Estado e resistência ao seu exercício por parte do capital. A greve é um direito dos trabalhadores e seu exercício compete aos obreiros que não dependem da participação ou anuência da entidade sindical.

Palavras-chave:

- ▶ Greve — Direito fundamental dos trabalhadores — Legitimidade para o seu exercício.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Definição do sujeito do direito de greve
 - ▶ 2.1. Tratados internacionais, resoluções e decisões de Direito Internacional
 - ▶ 2.2. Direito comparado
 - ▶ 2.2.1. Comunidade Europeia
 - ▶ 2.2.2. Espanha
 - ▶ 2.2.3. França
 - ▶ 2.2.4. Outros países
 - ▶ 2.2.5. Argentina
- ▶ 3. Considerações finais
- ▶ 4. Referências

(*) Desembargador do TRT da 17ª Região. Doutorando em Direito pela PUC/São Paulo. Doutorando, Especialista e Investigador Internacional pela Universidad Castilla de La Mancha. Mestre em Direito. Ex-Procurador do Trabalho. Professor e Autor de diversas obras jurídicas.

1. Introdução

A greve, fato social por excelência, pelas suas repercussões, tornou-se objeto do Direito. Primeiro como ato ilícito; após como fato e ato jurídico e, com a evolução da sociedade, como Direito. Contudo, independentemente de seu reconhecimento formal pelo direito positivo, constitui-se em um fato social inerente aos interesses contrapostos existentes na sociedade. Traduz um anseio de alterar, inverter, superar a situação das classes sociais ou categorias profissionais.

Todos os direitos dos trabalhadores remontam ou têm como caldo de cultura as lutas obreiras, que encontram na greve um instrumento precioso para implementar suas reivindicações e, outrossim, para combater a opressão econômica, a degradação de suas condições de vida e trabalho, o descumprimento ou a burla dos deveres dos empregadores.

O direito de greve é, em realidade, a conquista dos trabalhadores que mais incomoda aos empresários, dirigentes de empresa, organizações patronais, setores conservadores da sociedade (e até mesmo ao Estado), que buscam, não raro, enquadrar, restringir, regulamentar, quando não impedir o seu exercício.

Não poderia ser de outro modo, pois é um direito que se impôs aos empregadores, tomadores de serviço e ao Estado. Portanto, consiste a greve em arma básica do trabalhador na eterna luta pela sua dignidade como ser humano e pelo reconhecimento e efetivação de seus direitos.

Neste trabalho, pensamos em destacar questão que entendemos importante para a efetividade do Direito de Greve, qual seja, os sujeitos legitimados para o seu exercício.

No Brasil, geralmente, apresenta-se a greve como um direito coletivo, cujo exercício seria atribuído à entidade sindical⁽¹⁾. Tal assertiva,

porém, contraria expressamente a Constituição em vigor que, no seu art. 9º, *caput*, dispõe com clareza que cabe aos trabalhadores — e não aos sindicatos — a decisão sobre os interesses a defender e a oportunidade da realização da greve.

“Art. 9º É assegurado o direito de greve, COMPETINDO AOS TRABALHADORES decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.”

Há na construção doutrinária brasileira sobre o tema uma supervalorização da Lei de Greve (Lei n. 7.783/89) que, em seu art. 4º, dispõe que cabe ao sindicato iniciar os preparativos do movimento. Daí extrai-se a conclusão de que a titularidade da greve estaria adstrita às entidades sindicais. Contudo, essa leitura contraria o preceito constitucional citado acima, valorizando uma interpretação restritiva que, além da literalidade da norma constitucional, esquece do sistema e dos princípios oriundos de Tratados e Convenções Internacionais sobre o tema.

Os Direitos Sociais dos trabalhadores não são meras promessas, mas mecanismos de realização de direitos. Não se admite, na moderna teoria do direito constitucional, sejam podados na sua aplicação por interpretações restritivas. Em outras palavras, os Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais necessitam de uma interpretação que busque sua máxima efetividade sob pena de reduzirmos os princípios constitucionais a meros textos. Portanto, não cabe a inversão normativa adotada pela doutrina brasileira, infelizmente comum a um grande número de operadores e estudiosos do Direito do Trabalho: *ler a constituição à luz da lei*⁽²⁾.

Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 437. Em sentido contrário: FERNANDEZ, Leandro. O Direito de Greve como restrição à liberdade de empresa. *Revista Síntese (Trabalhista e Previdenciária)*, São Paulo, IOB, n. 280, p. 82-83 e 91, out. 2012.

(2) Advertência feita por VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência — Possibilidade de autodefesa do*

(1) BARROS, Alice Mondeito de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 1.227, DELGADO, Mauricio Godinho, ob. cit., p. 1.315 e SÜSSEKIND,

Destarte, não é dado ao legislador tampouco ao aplicador da lei e aos juristas limitar o alcance de princípios e regras constitucionais conforme o disposto nas normas ordinárias, que deveriam tratar dos Direitos Fundamentais, sobretudo os de cunho social, sob a ótica da sua efetividade, pautada nos cânones da progressividade e da não regressividade social, da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho.

A natureza coletiva da greve e o disposto no art. 8º, III, da Constituição Federal brasileira que atribui a representação coletiva aos entes sindicais, não exclui a possibilidade dos obreiros exercerem esse Direito Fundamental em conjunto ou até contra a vontade dos sindicatos, sem falar, evidentemente, da hipótese em que não haja entidade sindical organizada.

Inúmeros fundamentos autorizam nosso raciocínio: a existência de Tratados e Convenções Internacionais sobre o tema, o direito comparado, a jurisprudência da OIT, razões de ordem sociológica, princípios de direito coletivo, além do já mencionado art. 9º da Constituição Brasileira.

Por outro lado, também não impressiona o argumento de que a negociação coletiva exige a participação obrigatória do sindicato (art. 8º, VI, da CF)⁽³⁾. A negociação coletiva pode até

ser considerada pressuposto ou condição da ação de dissídio coletivo. A greve, por sua vez, não raro antecede ou ocorre simultaneamente às tratativas entre empregado e empregador, inclusive para forçar à entabulação de acordos e convenções coletivas ou, simplesmente, para o cumprimento do que já pactuado. Sem falar nas greves que têm como escopo o cumprimento de normas e regras previstas em Tratados e Convenções Internacionais, dispositivos da Constituição e da lei, políticas sociais e regulamento interno da empresa.

Mesmo correndo risco de sermos repetitivos, salientamos que o problema aqui posto tem como razão maior a subversão praticada por aqueles que invertem a equação, lançando mão, por diversos motivos (inclusive ideológicos), da normatividade infraconstitucional antes e acima da Constituição, banalizando e esvaziando um Direito Fundamental que é protegido de modo especial pela Constituição ao emprestar-lhe tratamento em apartado.

De resto, como já exposto anteriormente, há ainda um abandono de regras e princípios de direito internacional, constitucional e comparado, além de dados sociológicos e históricos cuja análise faremos a seguir.

2. Definição do sujeito do direito de greve

2.1. Tratados internacionais, resoluções e decisões de Direito Internacional

A Carta Internacional Americana de Garantias Sociais incorporada à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948), em seu art. 27, estabelece que aos *trabalhadores* é assegurado o direito de greve.

Por sua parte, o art. 44 da Carta da Organização dos Estados Americanos trata do direito de greve como atinente aos trabalhadores, INDEPENDENTE DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO SINDICAL: art. 44, *caput*: “Los

y Derechos Humanos. Montevideo-Bueno Aires: Editorial IBdF, 2008. p. 592-593.

empregado em face do empregador. São Paulo: LTr, 1996. p. 302; PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO, Ricardo. A greve e sua conformação pelo TST: desvelando mentalidades. In: COUTINHO, Grijalbo F.; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *O mundo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 73 e 75 e PORTO, Noemia Aparecida Garcia, ob. cit., p. 80.

(3) No direito argentino, essa questão também é tratada como demonstra GUILLERMO F. PÉREZ CRESPO que refuta de forma veemente a legitimidade exclusiva do sindicato para decretar a greve. Entre outras razões, aduz a possibilidade de ocorrer interesses divergentes entre trabalhadores e sindicatos, notadamente nos casos de sindicatos “amarelos”, “pelegos” ou outras hipóteses em que a entidade ou seus dirigentes estejam mancomunados com o empregador ou a categoria econômica. (El Sujeto en el Derecho de Huelga. In: *Derecho del Trabajo*

Estados miembros, convencidos de que el hombre solo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, conviene en aplicación de los siguientes principios y mecanismos:... c) “Los empleados y trabajadores tanto rurales, como urbanos, tienen en el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva”.

Registre-se que o Pacto de São José da Costa Rica adota a técnica do reenvio à Carta da Organização dos Estados Americanos que, conforme preceito transcrito acima, considera os *trabajadores* como titulares do Direito de Greve.

Já o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Nova York, 1966) reza que os Estados-partes garantem o direito de greve. Embora não especifique sua titularidade, cuida da greve em parágrafo distinto daquele que regula os direitos sindicais.

No campo dos tratados internacionais dos Direitos Humanos Fundamentais encontramos ainda a Declaração Sociolaboral do Mercosul (Rio de Janeiro, 10.12.1998) que, em seu art. 11, reconhece tanto aos trabalhadores como às organizações sindicais o exercício do direito de greve: “*todos os trabajadores e suas organizaciones sindicais têm garantido o exercício do direito de greve, ...*”.

Nos pronunciamentos dos órgãos internacionais de controle dos direitos coletivos e de liberdade sindical (OIT, Conselho da Europa, etc.), a greve é tida como direito individual que se exerce ou se expressa de maneira coletiva pelos trabalhadores ou pelos entes sindicais.

As Ementas ns. 363 e 364 do Comitê de Liberdade Sindical da OIT bem demonstram o aspecto:

“363 – O direito de greve dos TRABALHADORES e suas organizações constituem

um dos meios essenciais de que dispõem para promover e defender seus interesses profissionais.”

“364 – O Comitê sempre estimou que o direito de greve é um dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e de suas organizações, ...”

Note-se que, bem antes disso, no ano de 1957, a OIT expediu a resolução sobre abolição da legislação antissindical, instando os Estados-Membros a não restringirem o direito dos trabalhadores à greve⁽⁴⁾, sendo que a Comissão de Expertos na Aplicação de Convênios e Recomendações (CEACR, desde 1959) reconheceu o direito de greve como direito dos *trabajadores* e de suas organizações⁽⁵⁾.

2.2. Direito comparado

A compreensão da greve como um direito de titularidade individual, que se exercita coletivamente, responde a um modelo latino-europeu, consolidado em países como França, Itália e Espanha, com reflexos na legislação, jurisprudência e doutrina de países como México, Argentina, Paraguai, Peru e Argentina.

2.2.1. Comunidade Europeia

O art. 28 da Carta dos Direitos Fundamentais da UNIÃO EUROPEIA de 18.12.2000 (2000/C364/01) aborda a titularidade das ações coletivas, inclusive a greve, concedendo-a aos *trabajadores* ou às suas respectivas organizações.

2.2.2. Espanha

O art. 28.2 da Constituição Espanhola reconhece a greve como um direito individual exercido coletivamente. Um direito individual de necessária expressão coletiva⁽⁶⁾.

(4) CRESPO, Guillermo F. Pérez. El sujeto en el Derecho de Huelga. In: *Derecho del Trabajo y Derechos Humanos*. Montevideo-Bueno Aires: Editorial IBdF, 2008. p. 486.

(5) CRESPO, Guillermo F. Pérez, *idem*.

(6) PÉREZ, José Luis Monero. El modelo normativo de Huelga en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. In: PERERIO, Jaime Cabeza; GIRÓN, Jesús Marínez (Coords.). *El conflicto colectivo y la Huelga, estudios en homenaje al profesor Gonzalo*

O Tribunal Constitucional Espanhol definiu o direito de greve como um direito *uti singuli*, cabendo aos TRABALHADORES a defesa de seus interesses, consistindo a greve em um direito subjetivo de caráter fundamental (f. j. 9º e 11º, ST Co 11/1981 de 8 de abril).

Destarte, a greve não é um monopólio sindical. Outras agregações de interesses ou instâncias coletivas poderão iniciar a greve⁽⁷⁾, pois como fez constar o Tribunal Constitucional Espanhol: “*son perfectamente posibles las huelgas organizadas, dirigidas y controladas por los sindicatos de trabajadores, pero también llamadas huelgas espontaneas o huelgas sin control sindical*” (f. j. 11º).

A circunstância de que um grupo informal de trabalhadores esteja autorizado a exercer diretamente o direito de greve (f. j. 15º STCo 11/1981, 8 de abril), evidencia para parte expressiva da doutrina espanhola a natureza complexa do direito, cuja titularidade seria compartilhada com a entidade sindical, sem que esta gozasse do monopólio da convocação e da proclamação do movimento⁽⁸⁾.

Dessa orientação, emerge aquela que veda a renúncia do direito de greve dos trabalhadores pelo sindicato⁽⁹⁾. Por se tratar de direito dos trabalhadores, incabível é o ato de disposição do seu conteúdo ou exercício por parte das entidades sindicais⁽¹⁰⁾.

Diéguez. 1. ed. Murcia: Ediciones Laborium, 2008. p. 266-267, registra que a greve é direito subjetivo fundamental de liberdade dos *trabajadores* ou direito humano fundamental de caráter social cuja titularidade corresponde aos obreiros.

(7) BAYLOS, ob. cit., p. 403.

(8) PÉREZ, José Luis Monero, ob. cit., p. 268/9 e BAYLOS GRAU, ob. cit., p. 403, entre outros.

(9) No Brasil, a renúncia ao direito de greve, seja pelo sindicato, seja pelos trabalhadores, esbarra na irrenunciabilidade assegurada aos direitos laborais, individuais e coletivos, que digam respeito aos Direitos Sociais Fundamentais ou decorram de normas imperativas ou de ordem pública. Sobre o tema: CASTELO, Jorge Pinheiro, *Direito Material e Processual do Trabalho e a pós-modernidade*. São Paulo: LTr, 2003. p. 242/4.

(10) BAYLOS, p. 409/10 e PERÉZ, p. 269.

Disso resulta que os pactos coletivos ou normas que tratam da limitação ao direito de greve, bem como sobre o descumprimento de requisitos legais para sua convocação ou exercício, por parte das agremiações sindicais, não traduzem descumprimento contratual ou ato ilícito do trabalhador individualmente considerado⁽¹¹⁾.

Também tem especial relevância a questão no que concerne à discutível fixação de indenizações e punições pelo Magistrado em demandas relativas ao movimento grevista. Antes de apressadamente sancionar a entidade obreira, nessas controvertidas ações judiciais, o julgador deverá apurar *in casu* a responsabilidade de quem efetivamente realizou os atos reputados como ilícitos.

2.2.3. França

A greve é tida como direito/liberdade de titularidade individual, exercido coletivamente.⁽¹²⁾⁽¹³⁾ A base constitucional desse Direito Fundamental impede que negociações coletivas estabeleçam restrições oponíveis aos assalariados, de modo que regras fixadas sobre pré-aviso, negociação prévia e procedimentos de conciliação *não* são oponíveis aos trabalhadores, *únicos titulares do direito de greve*⁽¹⁴⁾. A limitação ou regulamentação da greve não gera efeitos em relação ao exercício do direito de greve pelos obreiros, pouco importando o aval do sindicato a tais restrições⁽¹⁵⁾.

2.2.4. Outros países

No modelo italiano, a doutrina amplamente majoritária acorda que há um direito individual cujo exercício é coletivo, não estando

(11) BAYLOS, p. 411.

(12) PÉLLISSIER Jean; SUPLOT, Alain; JEAMMAUD, Antoine. *Droit du Travail*. 24. ed. Paris: Dalloz, 2008. p. 1.412/3.

(13) GAUDU, François. *Les Droits Sociaux in Libertés e Droits Fondamentaux*. 15. ed. Paris: Dalloz, 2009. p. 765/6.

(14) PÉLLISSIER Jean; SUPLOT, Alain; JEAMMAUD, Antoine, ob. cit., p. 1.412/3.

(15) GAUDU, François, ob. cit., p. 766.

limitado à vontade das organizações sindicais. Na Bélgica, o direito atine aos trabalhadores, não contando os sindicatos com personalidade jurídica. Já a Lei Federal do México prevê o exercício da greve por um coletivo majoritário de trabalhadores, enquanto Paraguai e Peru reconhecem constitucionalmente a greve como direito dos trabalhadores⁽¹⁶⁾. A Inglaterra, por sua vez, utiliza um sistema peculiar onde a convocação é feita pelos sindicatos, mas depende de aprovação prévia dos trabalhadores filiados e não filiados, em cada lugar de trabalho e por referendo⁽¹⁷⁾.

2.2.5. Argentina

Na Argentina, a questão é controvertida, sendo objetivo de inúmeros estudos e pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾. Expressiva maioria, contudo, pende para a tese da legitimidade dos trabalhadores.

É que neste país a Constituição Nacional expressa no seu art. 14 que “(...) *queda garantizado a los gremios: concertar convenio colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga...*”.

PERÉZ CRESPO recorda que na visão dos redatores da norma constitucional a greve poderia ser exercida pelos trabalhadores livremente, não havendo necessidade de intervenção do sindicato. Cita o constituinte BRAVO, membro da maioria, que afirmou: “... *No es un derecho del sindicato ni de la asociación profesional... Cuando tomamos la palabra gremio referida a huelga, los hicimos refiriéndola a una situación de hecho hacia dos trabajadores, a los que correspondía ir a la huelga, estuvieran o no afiliados; es un derecho de pluralidad de trabajadores y así lo he explicado en mi posición y así incluido en este sentido...*”⁽²⁰⁾.

A estas palavras, agrega o autor a de outro constituinte JAUREGUIBERRY: “... *No decimos derechos del sindicato, porque la sindicalización es libre y podría presumirse que para declarar la huelga habría obligación de sindicarse*”⁽²¹⁾.

Pontua CRESPO que, para além do significado da palavra *grêmio* como *conjunto de pessoas* que tem um mesmo ofício, profissão ou estado social, a diferença da palavra *sindicato*, que indica o grêmio juridicamente organizado como associação, as intervenções dos membros da Comissão Redatora da Constituição, e em especial dos membros informantes, não deixam lugar à dúvida alguma sobre a intenção do Constituinte de reconhecer a greve ao coletivo dos trabalhadores, não necessariamente organizado em uma pessoa jurídica determinada (Sindicato).

Transcreve o referido autor decisão da CNTrab., Sala VI, “Chanca c/ Proveenduría del Personal del Banco de la Pcia. de Bs. As.”, abril de 1994.

“La Constitución Nacional establece el derecho de huelga en los trabajadores como tales y no las asociaciones sindicales... en la historia jurídica laboral no existe norma alguna que haya atribuido el ejercicio de ese derecho solamente a los sindicatos...”⁽²²⁾

Oferece outro julgado que ultrapassa o plano meramente interno, louvando-se na técnica do reenvio dos diplomas de direito internacional e da constitucionalização dos tratados internacionais para concluir que “os trabalhadores são realmente os titulares do direito de greve”⁽²³⁾.

(16) CRESPO, Guillermo F. Pérez, ob. cit., p. 481/3.

(17) *Ibidem*, p. 482.

(18) *Ibidem*, p. 479/500.

(19) CORONEL Raquel. El Sujeto de la huelga. In: RAMÍRES, Luis Enrique. *Derecho del Trabajo y Derechos Humanos*. Montevideo – Buenos Aires: Editorial IBdF, 2008. p. 461/477.

(20) *Diário de Sesiones da Convenção Constituinte*, apud CRESPO, p. 488.

(21) CRESPO, *idem*.

(22) *Ibidem*, p. 489.

(23) “... en “Ferreya, Rubén c/ Proveenduría para el personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires, donde se reconoce el ejercicio del derecho de huelga por los trabajadores, señalando que a partir de la reforma constitucional del año 1994, al constitucionalizar a través del art. 75, inc. 22, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el debate sobre

Assegura o jurista argentino que não existe nenhum impedimento, portanto, para que coalizões de trabalhadores organizem uma greve. Isso não significaria uma defesa de um conceito inorgânico de ação sindical, mas apenas a constatação de que o direito de greve não pode ser tido como antijurídico ou excluído da proteção constitucional dos Direitos Fundamentais apenas porque não exercido dentro do monopólio sindical. A organicidade deve ser construída internamente pelos trabalhadores e não imposta por uma visão que, no fundo, busca controlar ou restringir o exercício da greve⁽²⁴⁾.

Conclui que impossível é olvidar a baixa taxa de sindicalização e organização sindical na Argentina⁽²⁵⁾. Quadro agravado nas entidades burocratizadas, absolutamente desprestigiadas e alheias à realidade e às necessidades das bases:

“A ese posicionamiento, manifestamente ajeno a la realidad laboral, cabe responder que no sólo porque se desprende de la cláusula constitucional y de los principios y normas internacionales que lo ubican como derecho fundamental, sino también por historia y esencia, en el derecho de huelga la titularidad reside en el trabajador como sujeto colectivo, y se expresa a través de los sindicatos con y sin personería gremial, o de las coaliciones espontáneas generadas al calor mismo del conflicto.

la titularidad del derecho de huelga (en lo sindicatos, en los sindicatos con personería gremial, o en los trabajadores) ha culminado. En la línea de pensamiento se destaca que el reenvío del art. 26 del Pacto a la Carta de la OEA y lo dispuesto en su art. 44, considerando a los trabajadores como titulares del derecho de huelga, debiera terminar toda discusión al respecto”. CRESPO, ob. cit., p. 497.

(24) CRESPO, ob. cit., p. 496.

(25) Segundo o Ministério do Trabalho da Argentina, apenas 37,2% dos trabalhadores encontram-se filiados a sindicatos. E apenas 7,5% contam com Delegados Sindicais nas empresas com 10 a 49 empregados e nas de 50 a 200, apenas 27,7% possuem Delegados Sindicais (*apud*, CRESPO, ob. cit., p. 499-500).

El derecho colectivo tiene particularidades propias, y no es entendible por fuera del conflicto social que lo nutre y construye diariamente.

En ese contexto, ubicar la titularidad del ejercicio del derecho de huelga por fuera de los propios trabajadores como sujeto colectivo, desplazándola hacia personas jurídicas que pueden o no ser representativas de los intereses de éstos según el momento y los casos particulares, significa, ni más ni menos, que negar la huelga como derecho fundamental y, por lo menos en nuestro ordenamiento positivo no tiene real sustento en la norma”⁽²⁶⁾.

A professora da Universidade de Buenos Aires, RAQUEL CORONEL, outrossim, destaca que o direito argentino não centraliza na figura do sindicato a titularidade da greve. Quando se intenta adjudicar de forma exclusiva aos sindicatos o poder que a greve traz, adverte a jurista portenha, o que na realidade se faz é cercear o direito, mediante controle do seu exercício por parte de uma instituição, rompendo com a materialidade da liberdade individual, coletivamente exercida⁽²⁷⁾.

Recorda que as grandes greves, que permitiram a melhora das condições de trabalho, foram levadas adiante e cumpriram seu fim sem considerar quem as encabeçava. Daí por que conclui que o direito de greve é um direito atribuído aos trabalhadores *uti singuli*, apesar de ser exercido coletivamente por acordo entre eles, ainda que parcial, limitado a alguns indivíduos, setores ou grupos⁽²⁸⁾.

Na mesma tecla, bate CORNAGLIA, recordando que a tese da titularidade única e exclusiva do sindicato trai uma manifestação tardia da ideologia corporativista, esgrimida

(26) CRESPO, ob. cit., p. 500.

(27) CORONEL Raquel. El sujeto de la huelga. In: RAMÍREZ, Luis Enrique. (Coord). *Derecho del Trabajo y Derechos Humanos*. Montevideo – Buenos Aires: Editorial IBdF, 2008. p. 465/6.

(28) CORONEL, *idem*.

pelo direito italiano sob o fascismo. Essa construção ideológica retrógrada busca reservar às instituições que podem ser controladas pelo Estado a atuação do coletivo obreiro, abrindo as portas à intervenção no movimento paredista, mediante declaração de ilegalidade, quando levado a efeito por pessoas não “legitimadas”, os próprios trabalhadores...⁽²⁹⁾

GUILLERMO PAJONI assinala que a pretensão de fixar requisitos formais ao direito de greve, em realidade, esconde uma postura contrária à sua efetivação. Destaca que os sindicatos nem sempre atuam em favor dos trabalhadores. Basta lembrar ações e métodos autoritários de gestão, castas sindicais coaptadas pelo poder constituído, sindicatos amarelos e pelegos.

Fator também importante no alargamento da titularidade do exercício de greve reside na ampliação da resposta possível em caso de deslocamentos de empresas, precarização em geral do trabalho, desemprego permanente e reengenharia do trabalho⁽³⁰⁾.

No Brasil, prova dessa atuação insuficiente, questionável, para não dizer ilícita, é a pactuação de convenções e acordos coletivos *in pejus* por entidades sindicais, desconstruindo na prática normas e regras constitucionais e ordinárias que tratam dos mais diversos direitos e deveres (intervalos inter e intrajornadas, repousos, duração do trabalho, adicionais legais, verbas rescisórias etc.).

Além de alguns dados já aludidos na alínea anterior, lembra CORNAGLIA que a defesa da titularidade única dos sindicatos, sobretudo daqueles com personalidade jurídica e sindical reconhecida pelo Estado, consiste em manifestação de uma posição claramente corporativa, sustentada no direito italiano fascista, repudiada logo após a 2ª guerra mundial, que procurava preservar o direito das entidades ligadas (ou

dóceis) ao governo, e por intermédio dele e de seus aparelhos estatais, controlar todas as lutas operárias, limitando ou inviabilizando as greves, pelo simples expediente de declará-las ilegais, porque conduzidas por “titulares não reconhecidos”⁽³¹⁾.

3. Considerações finais

O Direito Fundamental de greve pertence aos trabalhadores, podendo ser exercido por uma coletividade de obreiros, associação ou qualquer outra entidade gremial. O sindicato não tem o monopólio da realização do movimento, que pode ser deflagrado, inclusive, à sua revelia.

Entre outras consequências dessa conclusão, extraímos a impossibilidade de condenação em multas e indenizações das entidades sindicais quando o movimento paredista tem início, ou prossegue, independentemente da vontade do sindicato.

Tal quadro exsurge porque os instrumentos de direito internacional abrigam a titularidade dos trabalhadores, assim como a Constituição Brasileira e a jurisprudência da OIT. Além disso, cabe lembrar a pulverização sindical e a existência de sindicatos amarelos e pelegos, que comprometem o exercício efetivo da greve. Mais grave ainda é o esvaziamento das entidades sindicais decorrente das novas formas de organização do trabalho como a terceirização, deslocalização da unidade produtiva, flexibilização e precarização das relações laborais, utilização de contratos por tempo determinado e captação da personalidade do empregado mediante novas técnicas e táticas de gerenciamento. Por fim, vale registrar que, decididamente, não contribuem para o exercício do Direito Fundamental de Greve as decisões judiciais concessivas de interditos possessórios, cautelares e antecipações de tutela contra a parede e seus atos (piquetes, convocações por carros de som, assembleias no estabelecimento da empresa, *lockin*, etc.), multas e indenizações vultosas.

(29) CORNAGLIA, Ricardo J. *Derecho colectivo del Trabajo*. Derecho de Huelga. La Lei, *apud*, CORONEL, Raquel, p. 464/5

(30) PAJONI, ob. cit., p. 471/2.

(31) PAJONI, ob. cit., p. 465.

4. Referências

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- CORNAGLIA, Ricardo J. O princípio de progressividade como proteção da propriedade social e da integridade do trabalhador. In: RAMÍREZ, Luis Enrique; SALVADOR, Luiz (Coords.). *Direito do Trabalho: por uma Carta Sociolaboral Latino-Americana*. São Paulo: LTr, 2012.
- CORONEL Raquel. El Sujeto de la huelga. In: RAMÍREZ, Luis Enrique. *Derecho del Trabajo y Derechos Humanos*. Montevideo — Buenos Aires: Editorial IBdF, 2008.
- CRESPO, Guillermo F. Pérez. El Sujeto en el Derecho de Huelga. In: *Derecho del trabajo y Derechos Humanos*. Montevideo-Bueno Aires: Editorial IBdF, 2008.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- GAUDU, François. Les Droits Sociaux. In: CABRI-LAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Dirs.). *Libertés e Droits Fondamentaux*. Paris: Dalloz.
- GAUDU, François. *Les Droits Sociaux in Libertés e Droits Fondamentaux*. 15. ed. Paris: Dalloz, Paris: 2009.
- GRAU, Antonio Pedro Baylos. El derecho de huelga. In: NAVARRO, Antonio V. Sempere (Dir.). *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Asuntos Sociales, 2003
- GRAU, Antonio Pedro Baylos. La ruída del derecho del trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización. In: Alárcon/Miron (Coord.). *El trabajo ante el cambio del siglo: un tratamiento multidisciplinar*. Madrid.
- GRAU, Antonio Pedro Baylos. Titularidad y Ejercicio del Derecho de Huelga: Los Inmigrantes Irregulares como Ejemplo. In: PERERIO, Jaime Cabeza; GIRÓN, Jesús Martínez (Coords.). *El Conflicto Colectivo y la Huelga* (Estudios en Homenaje al Professor Gonzalo Diéguez). 1. ed. Murcia: Ediciones Laborum, 2008.
- PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO, Ricardo. A greve e sua conformação pelo TST: desvelando mentalidades. In: COUTINHO, Grijalbo F.; MELO FILHO, Hugo; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *O Mundo do Trabalho*. vol. 1. São Paulo: LTr, 2009.
- PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO, Ricardo. A repressão à greve e o apagamento da Constituição. In: *Constituição e Democracia*, Brasília, Faculdade de Direito da UnB e SINDJUS/DE, n. 18, dez. 2007.
- PAJONI, Guillermo. La huelga es un derecho humano. In: RAMÍREZ, Luiz Enrique (Coord.). *Derecho del Trabajo y Derechos Humanos*. Montividéo-Buenos Aires: Editorial IBdF, 2008.
- PÉLISSIER, Jean; AUZERO, Gilles; DOCKES, Emmanuel. *Droit du Travail*. 26. ed. Paris: Dalloz, 2012.
- PÉLISSIER Jean; SUPLOT, Alain; JEAMMAUD, Antoine. *Droit du Travail*. 24. ed. Paris: Dalloz, 2008.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Negociação Coletiva de Trabalho em Tempos de Crise Econômica. *Revista IOB*, São Paulo, n. 237, 2009.
- VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência — Possibilidade de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996.
- VIANA, Márcio Túlio. Criminalização de Condutas Sindicais: Entre greves, interditos e dissídios, as tendências que desafiam o Estado Democrático de Direito. In: CAVALCANTI, Ugo; TEIXEIRA, Platon (Coords.). *Temas de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.
- VIANA, Márcio Túlio. *Direitos Humanos: essência do Direito do Trabalho*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- VIANA, Márcio Túlio. Da Greve ao Boicote: Os vários significados e as novas possibilidades das lutas operárias. *Rev. Trib. Reg. 3ª Reg.* Belo Horizonte, v. 49, n. 79, p. 121, jan./jun. 2009.

O devido processo legal como solução para a motivação na despedida

Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale^(*)

Resumo:

- ▶ Este trabalho analisa como o devido processo legal, por ser direito laboral inespecífico, pode invadir a relação privada de emprego, fornecendo mais uma possibilidade interpretativa para a aplicação imediata da proteção em face da despedida arbitrária, impedindo que o empregador resolva o contrato sem qualquer motivação.

Palavras-chave:

- ▶ Devido processo legal — Direitos laborais inespecíficos — Direitos Fundamentais na relação de emprego.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Eficácia dos Direitos Fundamentais na relação de emprego
- ▶ 3. O direito à informação e devido processo legal como direitos laborais inespecíficos
 - ▶ 3.1. Motivação e devido processo legal para aplicação de penalidades: o paradigma estabelecido pelo Código Civil
 - ▶ 3.1.1. Entidades associativas e sociedades
 - ▶ 3.1.2. Relações condominiais
 - ▶ 3.1.3. O dever de motivação na ação de despejo
- ▶ 4. A necessidade da motivação da despedida como consequência do devido processo legal aplicável à relação de emprego
- ▶ 5. Consequências da despedida sem motivação
- ▶ 6. Conclusão
- ▶ 7. Referências

(*) Juíza do Trabalho no TRT da 5ª Região. Membro do Conselho da Escola Judicial do TRT da 5ª Região e da Escola Associativa da AMATRA5, sendo nesta última coordenadora acadêmica. Membro do Conselho editorial da *Revista Eletrônica do TRT5* e da *Revista Vistos* etc. Especialista em Direito Processual Civil e do Trabalho — Universidade Potiguar. Mestre em Relações

Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia — UFBA. Professora de Direito e Processo do Trabalho em Cursos de Pós-Graduação *latu sensu* da Faculdade Baiana de Direito, da FTC, UFBA, EMATRA5 e da Escola Judicial do TRT da 5ª Região. Ex-professora da Universidade Potiguar (RN) e da UFRN. Diretora cultural da AMATRA5, biênio 2013/2015.

1. Introdução

Passados mais de vinte e cinco anos da promulgação da Constituição de 1988, ainda é lamentável que alguns dos Direitos Fundamentais Sociais ainda pendam de “regulamentação” pelo Poder Legislativo. A solução para a inércia legislativa pode e deve passar pela nova missão que se apresenta ao Poder Judiciário, vez que vinculado objetivamente ao Texto Constitucional, em um contexto pós-positivista.

O art. 7º, I, do Texto Constitucional é um dos dispositivos mais debatidos desde a formação da Assembleia Nacional Constituinte, que ofertou a redação tal como se vê no rol dos Direitos Fundamentais trabalhistas. A inércia do Estado-Legislator é evidente e as soluções para esse hiato são várias, a exemplo da interpretação pela autoexecutoriedade da primeira parte do referido dispositivo constitucional, que, em verdade, é direito de liberdade e não prestacional; ou, até, a exegese segundo a qual despedir de forma vazia o empregado é ato antijurídico, pois assim já restou disposto pela Constituição.

O presente trabalho, sem desprezar as soluções exemplificadas, intenta apresentar mais uma via de possibilidade para a aplicação da regra da proibição ao arbítrio: o devido processo legal aplicado à relação privada de emprego, já que o trabalhador é um cidadão e esse direito laboral inespecífico lhe é aplicável.

2. Eficácia dos Direitos Fundamentais na relação de emprego

Embora o art. 5º, § 1º, do Texto Constitucional não discrepe em relação à eficácia dos Direitos Fundamentais — se o destinatário pode ser o particular ou não —, assegurando que todos eles, sejam defensivos ou prestacionais, de liberdade ou sociais, possuem aplicação imediata, ainda se discute demasiadamente sobre o alcance do indigitado regramento. A doutrina e jurisprudência trabalhistas ainda não possuem um bom desenvolvimento sistemático acerca

da aplicação dos Direitos Fundamentais na relação privada de emprego, embora muito se decida no cotidiano nesse sentido.

É bastante observar, por exemplo, que sempre que se decide que um determinado empregador não pode praticar revista íntima ou nos pertences dos seus respectivos empregados, está a se dizer, em síntese, que o direito à intimidade ou privacidade é resguardado na relação privada de emprego, efetuando-se uma ponderação entre tal direito fundamental e a livre-iniciativa no caso concreto e quando há procedência no pedido indenizatório, em palavras mais técnicas, quer-se dizer que a livre-iniciativa não é princípio absoluto, podendo ser restringido quando em colisão com o direito à intimidade, e que o peso desta é maior na relação privada de emprego, diante da assimetria decorrente do poder social do empregador.

A análise passa, necessariamente — embora habitualmente não se diga — pelos testes prévios da proporcionalidade, como a adequação (o meio — revista íntima ou nos pertences — era adequado a se coibir apropriações indébitas no ambiente de trabalho?) e a necessidade (havia outro meio menos agressivo para o alcance da finalidade?), para se chegar ao resultado procedência ou improcedência do pleito indenizatório, mas normalmente a argumentação não preza pela técnica e passa logo para o juízo de proporcionalidade, embora intrinsecamente se diga exatamente o que foi sinteticamente analisado.

A relação de emprego é, antes de tudo, uma relação de poder, constituída em torno da assimetria⁽¹⁾ firmada na contratação entabulada

(1) Assim também doutrina Carlos Henrique Bezerra Leite: “No âmbito das relações de trabalho, especificamente nos sítios da relação empregatícia, parece-nos não haver dúvida a respeito da importância do estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mormente em razão do poder empregatício (disciplinar, diretivo e regulamentar) reconhecido ao empregador (CLT, art. 2º), o qual, por força dessa relação assimétrica, passa a ter deveres fundamentais em relação aos seus empregados.” (Eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais

entre empregado e empregador, e tal realidade justifica a aplicação forte dos Direitos Fundamentais nesse tipo de relação havida entre particulares⁽²⁾.

Vale dizer, diante da concepção dos Direitos Fundamentais como ordem de valores, há irradiação de efeitos dos mesmos para todos os âmbitos da sociedade, inclusive para as relações travadas entre particulares “iguais”, e no caso da relação de emprego, o poder social e econômico que lhe é próprio justifica e estimula a aplicação dos aludidos direitos de forma direta e imediata⁽³⁾, embora se reconheça que o

na relação de emprego In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 17, p. 33-45, jan./jun. 2011.) Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2014.

- (2) “Convém destacar que um dos fatores primordiais que deve ser considerado nas questões envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a existência e o grau da desigualdade fática entre os envolvidos. Em outras palavras, quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito.” (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 261.)
- (3) À mesma conclusão chegou Andrea Presas Rocha (A eficácia dos Direitos de Cidadania nas relações de emprego — em defesa de uma eficácia direta. In: *Direitos Fundamentais aplicados ao Direito do Trabalho*. ALMEIDA, Renato Rua de (Coord.); CALVO, Adriana; ROCHA, Andrea Presas (Orgs.). São Paulo: LTr, 2010. p. 29-46), verificando que: “tendo como elemento a subordinação jurídica, a relação de emprego distribui desigualdade, entre trabalhador e empregador, os poderes econômico e social, pondo o trabalhador em situação de sujeição em face do poder diretivo do empregador. Pela sua própria natureza, é, pois, a relação de emprego, ambiente propício a que a liberdade e os direitos individuais do trabalhador seja vulnerados. Cuidando-se, assim, de relação manifestamente desigual, conclui-se que a vinculação do empregador aos direitos fundamentais é direta e imediata, inclusive no atinente aos denominados direitos fundamentais de cidadania.” Em sentido idêntico, a doutrina de Hermano Queiroz Júnior (*op. cit.*, p. 141) assevera que: “além da vinculação dos tomadores de serviço decorrer diretamente da circunstância de o Texto Constitucional lhes

problema não é assim tão facilmente resolvido, tendo-se que na relação de emprego ambos os pactuantes são titulares de Direitos Fundamentais (normalmente a “colisão” é firmada da seguinte forma: livre-iniciativa *versus* direito à cidadania ou personalidade) e essa questão somente poderá ser resolvida, concretamente, segundo a técnica da ponderação de princípios constitucionais, com os olhos do examinador voltados para a concordância prática entre os mesmos, elaborando-se um juízo de ponderação, constituído em torno da análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Se é certo que o poder social próprio da relação de emprego justifica a penetração de todos os Direitos Fundamentais nesse tipo de relação privada, não menos correto é afirmar que essa mesma assimetria serve como peso para definir o alcance ou limitação da autonomia do empregador na supressão ou diminuição dos Direitos Fundamentais do empregado.

Com isso não se quer afirmar que sempre haverá a mesma solução para o caso de colisão de Direitos Fundamentais na relação de emprego. Aqui vale a advertência já perpetrada por Alexy⁽⁴⁾, segundo a qual a lei de colisão é firmada quando há afronta de um princípio constitucional em face de outro princípio constitucionalmente previsto, mas o resultado sempre dependerá de circunstâncias presentes no caso concreto, que serão analisadas topicamente, tendo-se que todos os princípios são analisados e válidos *prima facie*, não havendo precedência absoluta de um em relação ao outro.

cometer, imediatamente, a obrigação de respeito ao mínimo dos direitos fundamentais previstos, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais dos trabalhadores deflui igualmente do fato de a relação de trabalho se caracterizar por sua natureza manifestamente desigual, na medida em que estabelecida entre os detentores de algum, ou muito, poder econômico-social de um lado, o tomador de serviço e de indivíduos quase que totalmente desvestidos de parcelas de poder do outro, o trabalhador.”

- (4) ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 164-165.

Perceba-se, inclusive, que não se fala em eficácia horizontal porque a relação de emprego não é horizontal, as partes não estão no mesmo patamar⁽⁵⁾. Ao revés, há uma verticalidade entre empregador e empregado, tendo-se que este se submete às regras firmadas unilateralmente por aquele, que é detentor de “poder” diretivo, podendo, inclusive, aplicar a pena capital, que é a rescisão contratual.

Em decisão paradigmática, já decidiu a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 1996, sobre a incidência dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, no Recurso Extraordinário n. 161.243-6/DF, onde foi Relator o Ministro Carlos Mário Velloso. Na lide analisada, o empregado brasileiro da Air France pretendia o reconhecimento de direitos trabalhistas assegurados no Estatuto do Pessoal da Empresa, tendo o tribunal acolhido a pretensão com fulcro no princípio da igualdade:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. CF, 1967, ART. 153, § 1º, CF, 1988, ART. 5º, *CAPUT*.

I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade” (CF, 1967, art. 153, § 1º, CF, 1988, art. 5º, *caput*).

II – a discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg) – PR, Célio Borja, RTJ 119/465.⁽⁶⁾

(5) Em obra inovadora, Gamoral (GAMORAL C. Sérgio. *Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: LTr, 2011) defende que esse tipo de eficácia é diagonal.

(6) Informativo STF n. 197.

O grande problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas não se limita à filiação à tese da eficácia mediata⁽⁷⁾ ou imediata⁽⁸⁾, já que a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, § 1º assegurou o princípio

(7) Segundo a teoria da eficácia mediata ou indireta, inicialmente formulada por Günter Dürig (DÜRIG, Günter. *Direitos fundamentais e jurisdição civil*. Tradução de Luís Afonso Heck. In: *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Textos clássicos. HECK, Luiz Afonso (Org.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012), em 1956, e utilizada pelo famoso caso Lüth, em 1958, os Direitos Fundamentais não incidem nas relações privadas como direitos subjetivos constitucionais, mas, sim, como normas objetivas, ou como sistema de valores. Assim sendo, toda essa ordem axiológica “está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e dos tribunais em segundo plano” (STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 137), cabendo ao legislador “o desenvolvimento ‘concretizante’ dos direitos fundamentais por meio da criação de regulações normativas específicas, que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares” (*idem*), e ao Poder Judiciário, na análise do caso concreto e diante da inércia do legislador, compete “dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação dos textos de normas imperativas de direito privado” (*idem*). É dizer, os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas abertas do Direito Privado serviriam como uma via através da qual os Direitos Fundamentais penetrariam, mas sempre com a dimensão de valores e não como direitos subjetivos, pois estes somente teriam como destinatário o Estado, jamais os particulares, mediatemente vinculados ao texto fundamental.

(8) De acordo com a teoria da eficácia direta ou imediata dos Direitos Fundamentais, também conhecida como teoria monista (MAC CROIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 21), todos estes direitos, por serem concebidos segundo a sua subjetividade, têm como destinatário o Estado e também os particulares, principalmente se a entidade privada detém um poder privado ou social, mas todos os seus defensores possuem sempre um argumento em comum, constituído em torno da necessidade de ponderação no caso concreto com o princípio da autonomia privada, tendo-se que este é um princípio reconhecidamente constitucional. Isso porque a conclusão acerca da permeação direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas atenta sempre para o fato de que esse tipo de fenômeno não se dá da mesma forma em que ocorre quando o destinatário é o Estado, sendo necessária uma ponderação de princípios que informam o caso concreto.

da máxima eficácia dos Direitos Fundamentais, não discriminando se tal eficácia seria em desfavor do Estado ou dos particulares, ou se estes seriam vinculados de forma negativa ou positiva aos aludidos Direitos. Assim, toda a problemática da dita eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares é questão de colisão de interesses constitucionalmente assegurados, pois, topicamente, o problema será o contraponto entre dois princípios fundamentais que, no fim, garantem ou se elevam com o próprio princípio constitucional da autonomia privada⁽⁹⁾.

Tendo-se as teorias aludidas, força é concluir que não há um modelo que isoladamente acarrete perfeição, sendo viável a combinação de modelos. Assim, diante da dimensão objetiva própria dos Direitos Fundamentais, estes se irradiam para todo o ordenamento jurídico, vinculando todos os Poderes Públicos e também os particulares, mas, quando há conflito entre a livre-iniciativa e qualquer outro Direito Fundamental cujo titular é o empregado, a solução da ponderação de interesses não pode desprezar que o Legislador tem o dever de prever a respectiva conduta, diante do dever de proteção que lhe é próprio. Em um segundo momento, em não havendo lei a regulamentar e resolver o conflito, cabe ao Judiciário aplicar diretamente a Constituição para a resolução do caso concreto, tendo-se que este Poder também é vinculado aos Direitos Fundamentais de forma objetiva, sendo seu também o dever de salvaguardar tais direitos. Daí a importância da concepção de Direitos Fundamentais como princípios e estes como normas jurídicas.

A junção de modelos rebate completamente o argumento contrário à tese da eficácia direta

(9) Desse raciocínio discrepa Virgílio Afonso da Silva (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares, 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 158 e ss.), por acreditar que o princípio da autonomia privada não é sopesado com Direitos Fundamentais, pois aquele é mero princípio formal e estes, como princípios — mandamentos de otimização, portanto — que são, devem sempre ser tidos em sua máxima eficácia, não havendo razão para a não sua observância no âmbito privado.

dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, no tocante à maximização dos poderes do Juiz, pois permite que o Legislador cumpra o seu mister constitucional, protegendo os Direitos Fundamentais, mas, quando este resta inerte, o Estado-Juiz é instado a agir, pois é tão objetivamente vinculado aos Direitos Fundamentais quando o Legislador, não podendo simplesmente detectar que há um claro na Legislação, sem qualquer resolução para o caso concreto. Agindo assim, o Juiz será tão inerte quanto o Legislador, descumprindo o seu dever de guarda dos Direitos Fundamentais, protegendo também tais direitos de forma insuficiente⁽¹⁰⁾.

3. O direito à informação e devido processo legal como direitos laborais inespecíficos

Durante muitos séculos, as relações firmadas entre tomadores e prestadores de serviços tiveram como pano de fundo as normas civis, baseadas na plena igualdade das partes, paradigma que somente foi modificado com a ultrapassagem do Estado Liberal para o Estado Social.

Nesse passo, o constitucionalismo passou, a partir da Constituição mexicana de 1917, de Weimar, de 1919, e, por que não dizer, com a Constituição brasileira de 1934, a prever direitos laborais específicos, inaugurando, assim, um modo intervencionista de o Estado se apresentar.

Os direitos laborais específicos mereceram, na Constituição Federal de 1988, lugar

(10) Paula Sarno Braga (BRAGA, Paula Sarno. *Direitos fundamentais como limites à autonomia privada*. Salvador: Jus Podium, 2008. p. 143-145), afirmando que o ordenamento jurídico brasileiro incorporou a tese ora sustentada, combinando os deveres de proteção e a eficácia direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, concluiu que: “as atividades legislativa e judicial não se excluem. Complementam-se. Legislador e Juiz têm o poder de dar efetividade aos direitos fundamentais nas relações particulares. Tanto o legislador pode fazê-lo em tese, nas leis privadas, quanto o juiz, à luz do caso concreto. Se omissor o legislador, não pode o cidadão ser privado de uma decisão judicial que salvaguarde seus direitos humanos no litígio travado.”

de honra⁽¹¹⁾, sendo eles cobertos pelo manto protetivo das cláusulas pétreas, não podendo haver modificação no Texto Constitucional de forma retrocessiva.

O ambiente da relação de emprego, com evidente poder social concentrado unicamente nas mãos do empregador, é um sítio propício ao exercício de determinados Direitos Fundamentais que, embora não postos no capítulo destinado na Constituição aos direitos trabalhistas, funcionam como se laborais fossem, diante da penetração direta que possuem na relação privada: o vínculo de emprego.

Isso ocorre porque, quando o empregado se vincula à contratação empregatícia, malgrado a subordinação tida como própria ao liame, não se despe de seus direitos de personalidade⁽¹²⁾. Ao revés, tais direitos devem não só ser respeitados pelo empregador, mas também por este estimulado, a fim de que o meio ambiente de trabalho não se torne um círculo de adoecimento ou, até mesmo, um refúgio à margem dos Direitos Fundamentais.

É dizer, todos os Direitos Fundamentais classicamente conhecidos como direitos de primeira geração, ou direitos de cidadania, aqui também entendidos como direitos laborais inespecíficos, permeiam o contrato de emprego, amalgamando-se aos direitos laborais e constitucionais específicos, para que todos os direitos da pessoa humana também sejam observados ao cidadão-trabalhador.

À mesma conclusão chegou o Tribunal Constituição espanhol, que no dia 10.4.2000 julgou o Recurso de Amparo n. 4.015/96, apresentado por Don Santiago Idazábal Gómez (representante do Comitê de Empresa) frente

à Sentença da Sala Social do Tribunal Superior de Justiça da Galícia. Este Tribunal modificou a decisão anterior, que havia declarado contrário à Constituição e, consequentemente, ofensivo aos Direitos Fundamentais, a instalação de microfones nas roletas francesas de um cassino, por considerar que este já possuía sistema fechado de segurança que captava som e imagem no ambiente de trabalho dos obreiros, sendo a atitude extremada ato que contrariava o princípio da proporcionalidade e invadia a esfera de intimidade pessoal, prevista no art. 18 da Constituição da Espanha.

Na Sentença n. 98/2000, disse o Tribunal Constituição espanhol que:

A la vista de la doctrina sentada por este Tribunal, no puede admitirse que la resolución judicial objeto del presente recurso de amparo haya ponderado adecuadamente si en el presente caso se cumplieron los requisitos derivados del principio de proporcionalidad. De entrada, resulta inaceptable, como ya se dijo, la premisa de la que parte la Sentencia impugnada en el sentido de que los trabajadores no pueden ejercer su derecho a la intimidad en la empresa, con excepción de determinados lugares (vestuarios, servicios y análogos). Esta tesis resulta refutada por la citada doctrina del Tribunal Constitucional, que sostiene que la celebración del contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, por más que el ejercicio de tales derechos en el seno de la organización productiva pueda admitir ciertas modulaciones o restricciones, siempre que esas modulaciones estén fundadas en razones de necesidad estricta debidamente justificadas por el empresario, y sin que haya razón suficiente para excluir a priori que puedan producirse eventuales lesiones del derecho a la intimidad de los trabajadores en los lugares donde se realiza la actividad laboral propiamente dicha.⁽¹³⁾

Atribui-se a José João Abrantes a expressão “cidadania na empresa”, explicando o referido

(11) Todo o capítulo II.

(12) Como já afirmou José João Abrantes (*Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 61): “a conclusão de um contrato de trabalho não implica, de modo algum, a privação de direitos que a Constituição reconhece ao trabalhador como cidadão. Na empresa, o trabalhador mantém, em princípio, todos os direitos de que são titulares todas as outras pessoas.”

(13) Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-2000-9223.pdf>> Acesso em: 7 fev. 2014.

autor que há determinados Direitos Fundamentais que não são especificamente laborais, mas devem ser exercidos por todos os trabalhadores, enquanto cidadãos, na empresa⁽¹⁴⁾, ou seja, são direitos atribuídos “genericamente aos cidadãos, exercidos no quadro de uma relação jurídica de trabalho por cidadãos, que, ao mesmo tempo, são trabalhadores e que, por isso, se tornam verdadeiros direitos de matriz juslaborista, em razão dos sujeitos e da natureza da relação jurídica em que são feitos valer”⁽¹⁵⁾.

Tais direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores são os previstos para todos os cidadãos, sendo àqueles assegurados, dentre outros, como já asseverou Rua de Almeida, “o direito à personalidade, o direito à informação, o direito à presunção de inocência, o direito à ampla defesa e o direito ao contraditório”⁽¹⁶⁾ e, poderia ser acrescentado, o direito à privacidade, à intimidade e à liberdade religiosa.

A Constituição da República portuguesa prevê o direito à informação como direito laboral específico, dispondo em seu art. 54, 5, alínea *a*, sobre o direito à comissão de representação dos trabalhadores para a defesa dos interesses e intervenções democráticas na vida da empresa, assim como no art. 55, 6, do mesmo Diploma Legal, em relação aos representantes eleitos para o exercício da liberdade sindical⁽¹⁷⁾, que nada mais é do que uma liberdade social.

Por seu turno, o Código do Trabalho português de 2009, em seu art. 338, proíbe terminantemente a despedida de empregado

sem que haja uma justa causa para tanto, ou seja, há de ter, pelo menos, uma causa e esta deve ser justa, contemplando a necessidade de motivação no ato da despedida. Também se encontra no art. 353 do mesmo Código, referência ao direito de informação, quando este dispositivo assegura que, na despedida por justa causa, há a necessidade de o empregador comunicar a respectiva falta ao obreiro, por escrito, bem assim à comissão de trabalhadores, garantindo-se, dessa forma, a possível análise dos motivos da dispensa perante o Órgão Extrajudicial ou pelo Poder Judiciário.

A Constituição Federal de 1988 assegurou o direito à informação a todos os cidadãos em seu art. 5º, XIV, e o direito ao devido processo legal no mesmo artigo, inciso LIV, e tais direitos, de cidadania que são, invadem o contrato de emprego, limitando a livre-iniciativa, igualmente protegida pela Constituição (art. 170).

Vale dizer, a livre-iniciativa não se constitui em direito constitucional absoluto, encontrando limites no dever de informação e motivação, bem assim na própria cláusula do devido processo legal, que, em verdade, já contém aquele.

A cláusula do devido processo legal é aberta, “instituto de teor inexato, vago, indefinido”⁽¹⁸⁾, contendo em si algumas garantias, como o dever de informação e motivação das decisões⁽¹⁹⁾, com o único fim de inibição do arbítrio⁽²⁰⁾.

Nas palavras da Ministra Carmen Lúcia, o devido processo legal é princípio basilar de qualquer Estado Democrático de Direito e entre nós está previsto no art. 5º, LIV, da CRFB/88, sendo um conjunto de elementos jurídicos garantidores de direitos fundamentais, como: “a) direito de ser ouvido; b) direito ao

(14) *Op. cit.*, p. 60.

(15) *Op. cit.*, p. 60.

(16) Os direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores. In: *Direitos laborais inespecíficos*. Os direitos gerais de cidadania na relação de trabalho, ALMEIDA, Renato Rua de (Coord.); SUPIONI JUNIOR, Claudimir; SOBRAL, Jeana Silva (orgs.) São Paulo: LTr, 2012. p. 9-13.

(17) Art. 55, 6 da Constituição de Portugal: “Os representantes eleitos dos trabalhadores gozam do direito à informação e consulta, bem como à protecção legal adequada contra quaisquer formas de condicionamento, constrangimento ou limitação do exercício legítimo das suas funções.”

(18) BRAGA, Paula Sarno, *op. cit.*, p. 180.

(19) Cf. PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal*. Direito fundamental do cidadão. Coimbra: Almedina, 2009. p. 130-138.

(20) Sobre a evolução da referida cláusula, veja-se a obra de: PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

oferecimento e produção de provas; c) direito a uma decisão fundamentada.”⁽²¹⁾

É evidente que dita cláusula foi idealizada para coibir abusos estatais, mas o conceito evoluiu com o pensamento de que determinadas entidades possuem poderes privados próprios ou equivalentes ao Estado e, como tal, sofrem limitações para que não haja arbítrio nas suas decisões, sobretudo nas decisões que aplicam sanções.

Hodiernamente, é correto se falar que os deveres de informação e motivação, decorrentes que são do devido processo legal, tido como cláusula abstrata⁽²²⁾, penetram nas relações particulares, sendo a relação de emprego um dos maiores campos para a sua aplicação, diante da assimetria existente entre empregado e empregador, ou seja, aliados aos direitos laborais específicos, previstos no Capítulo II da Constituição Federal de 1988, estão os direitos de cidadania, dentre os quais se destacam o direito de informação e motivação das decisões⁽²³⁾, corolários do devido processo legal.

Vecchi lança luzes sobre a necessidade de aplicação da cláusula do devido processo legal – tida por ele como um direito laboral inespecífico – na dispensa do empregado por motivo disciplinar, afirmando que a garantia constitucional incide diretamente na relação de emprego, impedindo que o empregado seja

despedido por ato único do empregador, sem que possa apresentar defesa prévia, ou sequer apresentar seus motivos. Dessa forma:

Necessário se faz uma “filtragem constitucional” das noções antes tidas e “consagradas” sobre o poder empregatício, a fim de que esse poder se exerça não como um poder arbitrário e isolado dentro do contrato de trabalho, mas que se submeta aos ditames da ordem jurídica vigente. Afirmar que os direitos fundamentais e os princípios constitucionais são limites e condicionamentos ao exercício do poder disciplinar do empregador é afirmar que o ser humano é um fim em si, não um meio, sendo dotado de dignidade, bem como que o empregado não deixa de ser cidadão ao adentrar no “chão da fábrica”.⁽²⁴⁾

O Ordenamento Jurídico brasileiro, bem como a jurisprudência, vêm consagrando que tais direitos específicos aos cidadãos, mas, ainda inespecíficos⁽²⁵⁾ aos trabalhadores, permeiam as relações particulares, sobretudo quando tais desvelam um poder privado.

3.1. Motivação e devido processo legal para aplicação de penalidades: o paradigma estabelecido pelo Código Civil

O direito às decisões motivadas deriva da cláusula do devido processo legal e esta, por ser disposição aberta, também comporta o

(21) ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Devido processo legal. *Revista de Informação Legislativa*, ano 34, n. 136, p. 15, 1997.

(22) No dizer de Nelson Nery Junior: “bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.” (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 32.)

(23) Paula Sarno Braga (*op. cit.*, p. 181, 183, 193), analisando o alcance da cláusula do devido processo legal, assegura que desta decorre a necessidade de “decisões motivadas”, ou “decisões fundamentadas”.

(24) VECCHI, Ipojuca Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. *Rev. TST*, Brasília, vol. 77, n. 3, p. 111-135, jul./set. 2011.

(25) Eis a doutrina de Vecchi: “os direitos fundamentais inespecíficos são aqueles direitos não destinados de forma especial aos trabalhadores nas relações de trabalho ou de emprego, mas, sim, os direitos fundamentais que são destinados a qualquer pessoa humana, a qualquer cidadão. Como exemplos, podem ser citados os direitos à intimidade e vida privada, direito de expressão, liberdade religiosa, devido processo legal e direito à honra.” (VECCHI, Ipojuca Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. *Rev. TST*, Brasília, vol. 77, n. 3, p. 111-135, jul./set. 2011).

direito de informação, que nada mais é do que uma pequena parcela do *due process of law*, e toda essa gama de garantias invade as relações privadas, sobretudo a relação de emprego, onde há forte poder social.

O direito de informação, enquanto fundamental, igualmente decorre do princípio da boa-fé objetiva (CC, art. 422), permitindo que as partes convenientes possuam ciência contratual equivalente.

Há muito tempo doutrina e jurisprudência vêm admitindo a aplicação do devido processo legal nas relações privadas, mesmo que não haja previsão formal alguma nesse sentido no liame estabelecido entre as partes⁽²⁶⁾. Isso ocorre, principalmente, por dois motivos: i) a referida cláusula é garantia constitucional fundamental e, como tal, é de observância obrigatória em todos os setores sociais, pois todo o aparato jusfundamental estabelecido na Constituição possui dimensão objetiva e efeito irradiante; ii) as relações privadas não podem servir de refúgio à penetração dos Direitos Fundamentais, sobretudo quando se trata de pactuações eivadas de grande desequilíbrio entre as partes envolvidas, diante da existência de poder social.

Por pertinentes, eis a transcrição das palavras de Júlio Amaral:

Tal como ocorre nas relações jurídicas mantidas com os poderes públicos, os particulares também não podem afrontar os direitos fundamentais. A liberdade e a dignidade dos indivíduos são bens intangíveis, sendo certo que a autonomia da vontade somente poderá atuar até aquele lugar em que não haja ofensas ao conteúdo mínimo

essencial desses direitos e liberdades. E isso não é diferente no âmbito de uma relação trabalhista.⁽²⁷⁾

Determinadas entidades privadas, a exemplo das associações, agremiações e entidades de classe, possuem poderes semelhantes ao Estado, como a faculdade de se fixar penalidades e aplicar sanções, inclusive com expulsão de seus integrantes.

Diante de tal poder privado, surge a necessária reflexão sobre a penetração da cláusula do devido processo legal nesse tipo de relação, sendo o direito à informação/motivação à microparcela de tal cláusula, necessário à tutela maior, que é o acesso ao Poder Judiciário para que este possa analisar os motivos da aplicação da reprimenda, elaborando até um juízo de razoabilidade⁽²⁸⁾.

3.1.1. Entidades associativas e sociedades

Sociedades e associações, segundo o art. 44 do Código Civil, são pessoas jurídicas de direito privado, sendo ambas a reunião de pessoas com objetivos comuns. Diferenciam-se as associações das sociedades, pois aquelas são formadas pela união de pessoas organizadas para fins não econômicos, ao passo que nas sociedades a finalidade do agrupamento humano é elaborada com objetivos econômicos e lucrativos (art. 966).

Tais entidades privadas, seguindo a diretriz constitucionalmente traçada acerca da liberdade associativa (CRFB/88, art. 5º, XX), se organizam por meio da Lei e, principalmente, por

(26) Perceba-se que na relação de emprego o TST admite o devido processo legal na relação privada, mas desde que tal peculiaridade tenha sido prevista em ato empresarial interno (Súmula n. 51), mas não como decorrente diretamente da Constituição. Tal entendimento deve ser revisto, diante da tese ora defendida, no sentido da incidência direta da cláusula do devido processo legal e outros direitos laborais inespecíficos na relação havida entre empregado e empregador.

(27) AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Os direitos fundamentais e a constitucionalização do Direito do Trabalho. In: *Revista do TRT – 9ª Região*, Curitiba, ano 35, n. 65, jul./dez. 2010.

(28) Ruitemberg Nunes Pereira (*O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 238), após traçar detalhadamente a evolução do princípio do devido processo legal substantivo, afirma que “nenhum outro instituto simbolizou tanto essa viragem hermenêutica em busca do ideal de justiça, por meio da abertura constitucional e de sua tendência à observância de valores e princípios não propriamente positivados, quanto o instituto do devido processo legal em sua vertente material”.

seus estatutos sociais, podendo estes prever regras de organização, funcionamento e comportamento da pessoa jurídica para com os seus membros e vice-versa.

Dentre as regras, os ditos estatutos podem instituir penalidades, ou sanções convencionais, devidas em caso de descumprimento de alguma regra estatutária ou legal, tais como advertências, multas, suspensões de direitos, ou, até mesmo a exclusão dos sócios/associados da entidade.

Nesse passo, é dever destas entidades privadas a observância do devido processo legal, constituído, dentre outras garantias, pela necessária motivação do ato punitivo, para que assim a sanção possa eventualmente ser analisada pelo Estado-Juiz, ainda que não haja previsão estatutária nesse sentido.

Isso ocorre por que tal garantia fundamental, diante de sua dimensão objetiva, penetra diretamente nas relações particulares, encontrando o princípio da autonomia privada limitação na cláusula do *due process of law*.

É dizer, se o exercício do princípio da autonomia privada permite a reunião de pessoas com a mesma finalidade, constituídas em torno de sociedade ou associação, tais entidades não podem agir de forma ilimitada e absoluta. Ao revés, devem guardar obediência a todos os Direitos Fundamentais, dentre os quais se destaca o processo devido e suas consequências, como o dever de informação de atos, motivação de decisões, contraditório e ampla defesa⁽²⁹⁾.

(29) Nesse sentido, a lição paradigmática e inovadora de Braga: “sucede que esses entes associativos não podem punir o associado ou o sócio por transgressão de normas legais ou estatutárias, sem assegurar-lhe um processo prévio pautado na lei e na razoabilidade. Deve ser respeitado o devido processo legal em suas facetas formal e material, seguindo-se um rito permeado por garantias mínimas como contraditório, ampla defesa, direito a provas, juiz natural, decisões fundamentadas etc. que se encerre com uma decisão equilibrada e proporcional.” (BRAGA, Paula Sarno, *op. cit.*, p. 213.)

É interessante perceber que a redação originária do art. 57 do Código Civil de 2002 previa a possibilidade de exclusão do associado, somente admissível em havendo justa causa, devidamente prevista no estatuto da entidade e, se esse fosse omissivo, o membro da associação poderia ser, ainda assim, punido, desde que fossem reconhecidos motivos graves, em deliberação associativa fundamentada, pela maioria absoluta dos presentes à assembleia geral, cabendo recurso para esta mesma assembleia, em caso de exclusão do associado.

Extraí-se do dispositivo legal que não havia qualquer previsão acerca do devido processo legal, ampla defesa ou contraditório, embora houvesse disposição legal acerca da necessidade de motivação no ato de expulsão do associado. Mesmo assim, tanto a doutrina⁽³⁰⁾ quanto a jurisprudência⁽³¹⁾ já entendiam que

(30) Referindo-se ao art. 57, disse Venosa: “essa dispositivo disse menos do que devia; qualquer que seja a dimensão da sociedade ou a gravidade da conduta do associado, deve ser-lhe concedido amplo direito de defesa. Nenhuma decisão de exclusão de associado, ainda que o estatuto permita e ainda que decidida em assembleia geral convocada para tal fim, pode prescindir de procedimento que permita ao indigitado sócio produzir sua defesa e suas provas. O princípio, que poderia estar enfatizado nesse artigo do Código, decorre de princípios individuais e garantias constitucionais em prol do amplo direito de defesa (art. 5º, LV da Constituição). Processo sumário ou defeituoso para exclusão de sócio não resistirá certamente ao exame pelo Poder Judiciário. Isso é verdadeiro não somente para a pena de exclusão do quadro social, que é a mais grave; mas também para as demais penalidades que podem ser impostas, como advertência, repreensão, multa ou suspensão.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 288.)

(31) “É nulo o procedimento de exclusão de associado dos quadros de associação, quando não se observa o devido processo legal nem as garantias dele decorrentes, tais como o contraditório e a ampla defesa, além de serem infringidas outras normas legais e estatutárias. – Os danos morais são presumidos no caso de violação à honra, pois se trata de direito personalíssimo, razão pela qual a negligência na instauração e no desenvolvimento de procedimento de exclusão irregular enseja o direito à indenização de cunho compensatório.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Constitucional. *Apelação Cível n. 2.0000.00.480020-4/000(1)*, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas

a cláusula do devido processo legal deveria ser observada para a aplicação da pena capital na entidade privada.

Embora as decisões advindas do Poder Judiciário obrigassem a aplicação do devido processo legal para a exclusão dos associados, não havia um enfrentamento direto acerca da eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, tendo o Supremo Tribunal Federal, pelo julgamento do Recurso Extraordinário n. 201.819, finalmente, apontado o caminho a ser percorrido.

Na referida decisão, a Corte Suprema, ponderando a colisão firmada entre o princípio da autonomia privada *versus* o princípio do devido processo legal, decidiu que as relações privadas não são impermeáveis aos Direitos Fundamentais, devendo, ao revés, ser estes observados nas relações travadas entre particulares, sobretudo quando o ato for de aplicação de penalidade, onde se observará a motivação da decisão, assim como as garantias do contraditório e da ampla defesa⁽³²⁾.

Gerais. Relator: Desembargador Elpídio Donizetti. Belo Horizonte, 16 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>> Acesso em: 30 jan. 2014.) “Ação ordinária de Reintegração em sociedade recreativa. Direito de defesa não assegurado. Nulidade do ato. Independentemente da legitimidade ou não dos motivos que ensejaram a exclusão dos autores do quadro social, percebe-se, com clareza, que estes não tiveram assegurado o direito à ampla defesa, com previsão tanto na Constituição Federal, como no estatuto da entidade demandada. Por outro lado, ainda que pudesse superar o obstáculo formal, a versão apresentada pela ré para a punição aplicada não é consentânea com a realidade, pois inexistiu cedência exclusiva da área comunitária, em seu favor, por parte da prefeitura e de particular, de modo que não poderia impedir que as pessoas se organizassem fora de suas regras, para a prática de futebol.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível n. 70002714095*, da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, 31.10.2002. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 30.1.2014.)

- (32) EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO

DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores — UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação

Colhe-se, ainda, da aludida decisão, que o caráter público da atividade desenvolvida pela União Brasileira de Compositores e a dependência do vínculo associativo para o livre exercício profissional de seus sócios justificam a aplicação direta dos Direitos Fundamentais, máxime o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, demonstrando a Suprema Corte que quanto maior o poder privado, maior deve se a aplicação das normas jusfundamentais na relação particular.

O debate acerca da ausência de um processo devido com possibilidade de contraditório e ampla defesa acirrou-se e o art. 57 do Código Civil foi alterado pela Lei n. 11.127/2005, passando o dispositivo a prever expressamente que o associado em risco de exclusão tem direito a tais garantias processuais, nos termos do estatuto, consagrando a Lei o que já vinha sendo feito para jurisprudência e ratificado pela doutrina, ou seja, hoje há ordem expressamente dirigida às entidades associativas, para que estas, no exercício de sua autonomia privada, prevejam o modo como o Direito Fundamental ao devido processo legal será observado na aplicação da penalidade de expulsão, não havendo margem para a não previsão da garantia nos estatutos.

É interessante perceber que há um silêncio na Lei Civil em relação à aplicação de outras sanções, como a suspensão ou advertência, embora doutrina⁽³³⁾ e jurisprudência não estejam

fazendo distinção entre a aplicação da penalidade de expulsão ou outras mais leves, como dá conta a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO C/C DANOS MORAIS. CLUBE RECREATIVO. SUSPENSÃO DO SÓCIO DE FREQUENTAR O CLUBE POR TRINTA DIAS. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.⁽³⁴⁾

Em relação às sociedades, o Código Civil silenciou relativamente, tendo-se que apenas o art. 44, § 2º, prevê que “as disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades”. É dizer, todas as previsões contidas no art. 57, devem ser observadas nas relações travadas entre sociedade e sócio, sobretudo quando se tratar de risco de expulsão deste, ou aplicação de outras penalidades, sendo obrigatório o cumprimento do devido processo legal.

Nada obstante, o art. 1.085 do Código Civil estabelece o procedimento para exclusão de sócio minoritário das sociedades limitadas, dispondo expressamente que somente poderá se dar a pena capital por ato de “inegável gravidade”, devidamente apurado em assembleia convocada com tal fim, desde que o estatuto respectivo haja previsto a exclusão por justa causa, sendo, em todo caso, necessária a prévia ciência do acusado em tempo hábil, para que este possa comparecer à assembleia e apresentar defesa.

direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Recurso Ordinário n. 201819*, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 jan. 2014.

(33) Eis a lição de Paula S. Braga (*op. cit.*, p. 218): “conclui-se, assim, com base nessa doutrina, que o dispositivo em questão [CC, art. 57] deve ser alvo de uma interpretação bem abrangente, para entender-se que assegurou não só a ampla defesa, mas, sim, um autêntico processo prévio orientado por todas as garantias

inerentes ao devido processo legal — dentre elas, o direito a provas, a publicidade, a um julgador natural, a decisões fundamentadas e razoáveis. E mais, esse processo é exigível não só para a exclusão do associado, como também para infligir qualquer outro tipo de sanção (ex.: multa, suspensão de direitos etc.).”

(34) RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível n. 216167*, relator: Desembargador Carlos Adilson Silva. Porto Alegre, 27 ago. 2009. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 30 jan. 2014.

Advoga Braga, que o princípio-garantia do devido processo legal foi explicitamente previsto no indigitado dispositivo, quando da exclusão do sócio minoritário da sociedade limitada e que a regra deve ser aplicada por analogia em todas as formas societárias⁽³⁵⁾.

Em relação às sociedades cooperativas, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (RE n. 158.215-RS) já possui julgado paradigmático, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio Mello, decisão esta sempre apontada quando se fala em aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, como sendo a pioneira nesse sentido. Veja-se:

DEFESA — DEVIDO PROCESSO LEGAL — INCISO IV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS — EXAME — LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito — o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA — EXCLUSÃO DE ASSOCIADO — CARÁTER PUNITIVO — DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de

processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.⁽³⁶⁾

A controvérsia havida em torno da aplicação do devido processo legal e as garantias que lhe são decorrentes, quando se trata de aplicação de penalidades nas relações societárias ou associativas, hoje, diante das decisões da Corte Maior, não encontra mais tanta divergência.

3.1.2. Relações condominiais

Embora o condomínio não seja legalmente considerado pessoa física ou jurídica, o Código Civil lhe dedicou atenção especial, dispondo, inclusive, sobre as sanções pecuniárias que poderão ser aplicadas aos condôminos faltosos.

O art. 1.336, I, do Código Civil elaborou um sistema de aplicação de penalidade de forma graduada, sendo certo que se o condômino, praticante dos atos previstos como faltas na convenção condominial, pode ser punido, de acordo com a forma posta no ferido dispositivo legal, penalidade a ser aplicada, logicamente, pelo próprio condomínio.

A Lei Civil não traz qualquer previsão acerca da possibilidade de outras sanções que não as pecuniárias já legalmente previstas, como a restrição de áreas comuns, ou até a expulsão do condômino.

No entanto, tanto a doutrina⁽³⁷⁾ quanto a jurisprudência⁽³⁸⁾ têm se inclinado sobre a

(35) BRAGA, Paula Sarno. *Op. cit.*, p. 219.

(36) DJ de 7.6.1996. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 30 jan. 2014.

(37) Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direitos Reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 299-307.

(38) É o que se extrai da decisão emanada do TJSP: “Medida cautelar — Direito de uso do salão de festas do condomínio obstado ao condômino inadimplente — Inadmissibilidade — Imposição injustificada de restrição ao uso das áreas comuns em decorrência da inadimplência — Violação ao direito de propriedade — Discussão da dívida em regular ação de cobrança e em consignatória, ambas em trâmite — Sentença mantida — Improvida a irresignação recursal (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 0150356-03.2006.8.26.0000*, 8ª Câmara de Direito Privado. Relator: Luiz Ambra. São Paulo, 4 jul. 2011. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19978391/apelacao-apl-1503560320068260000-sp-0150356-0320068260000-tjsp> Acesso em: 30 jan. 2014.)

necessidade de aplicação do devido processo legal — principalmente a necessidade de se apresentar uma justificativa para o ato — quando o condomínio desejar aplicar penalidades não pecuniárias, devidamente previstas na norma convencional.

O Enunciado n. 92 do Conselho da Justiça Federal enfaticamente estabelece:

“as sanções do CC, 1.337 não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo.”

3.1.3. O dever de motivação na ação de despejo

O direito à habitação proveniente de contrato de locação é protegido pela Lei n. 8.245, de 1991, estabelecendo esta em seu art. 59 que tal direito somente pode ser suprimido mediante ação de despejo, devidamente fundada nos exclusivos motivos presentes nos nove incisos do indigitado dispositivo legal.

É dizer, necessariamente o direito de o proprietário reaver seu imóvel locado a inquilino faltoso, por qualquer outro motivo expressamente previsto em lei, somente pode se dar mediante ação própria e desde que haja uma razão, devidamente comprovada processualmente, a não ser, é lógico, que as partes livremente contemplem cláusula em contrário.

4. A necessidade da motivação da despedida como consequência do devido processo legal aplicável à relação de emprego

Ao longo do tópico anterior observou-se que as normas civis, que possuem como um dos principais pilares a igualdade entre as partes, não dissentem quando o assunto é aplicação do dever de motivação dos atos punitivos nas entidades privadas, assim como também não ignoram o fato de que tal dever motivacional decorre do princípio do devido processo legal, paradigma legal acolhido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, inclusive mediante decisões do Supremo Tribunal Federal.

Viu-se, também, que todas as normas cíveis analisadas dispõem sobre o *due process of law*, bem assim as garantias que lhe são decorrentes nas relações privadas e que isso somente é possível diante da percepção de que todos os Direitos Fundamentais invadem os entes particulares de forma objetiva e irradiante, limitando a autonomia privada, sobretudo quando tais entidades são dotadas do que se convencionou chamar de poder privado.

Ora, se até as normas civis, que têm como paradigma a plena igualdade das partes, consagram o dever de motivação nas entidades privadas quando estas desejam aplicar penalidades aos seus componentes, com muito mais razão tal dever se impõe na relação de emprego, quando o empregador deseja a dispensa do empregado⁽³⁹⁾.

Isso ocorre porque a relação de emprego é eivada de forte poder social, sendo essa peculiaridade o principal motivo da observância dos assim denominados direitos laborais inespecíficos, como o devido processo legal e seus corolários, o dever de informação e o dever de motivação das decisões.

Quanto ao tema, é importante relembrar a lição de José João Abrantes, quando se refere à relação de emprego, pontificando que esta é eivada de grande desigualdade, sendo “precisamente aí, no caráter desigual dessas relações, que radica a necessidade de assegurar um efectivo exercício das liberdades”⁽⁴⁰⁾.

É certo, porém, que o art. 7º, I, do Texto Constitucional consagrou como direito laboral específico — afirmando que o ordenamento

(39) Em sentido exatamente idêntico e em outras palavras, já se manifestou Vecchi (*op. cit.*), assegurando que o STF já pôs fim à discussão acerca da aplicabilidade do princípio do devido processo legal às relações privadas, e tal garantia deve ser amplamente observada na relação de emprego, pois “se mesmo em relações marcadas por um maior patamar de igualdade entre as partes houve a aplicação do devido processo legal, no campo do poder disciplinar do empregador, por ser a relação assimétrica, essa aplicação se torna ainda mais cogente”.

(40) *Op. cit.*, p. 23.

jurídico brasileiro já defere a proteção contra a despedida arbitrária — a proteção à relação de emprego em face da despedida arbitrária e o dever de motivação já está inserido em tal assertiva, sendo certo que a aplicação da cláusula do devido processo legal, como direito laboral inespecífico, serve para fornecer mais um supedâneo jusfundamental desenvolvido ao longo de séculos como proibição *mater* ao arbítrio.

O cidadão-trabalhador, pelo simples fato de se vincular a uma relação onde é dependente⁽⁴¹⁾ não se despe da condição maior que é justamente a de ser humano, detentor de todos os Direitos e Garantias Fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, sendo a motivação do ato de dispensa, um direito laboral inespecífico antes mesmo, até, de ser específico.

O art. 165 da CLT dispõe que será considerada como despedida arbitrária a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro⁽⁴²⁾. É dizer, se a Constituição contém proteção diretamente dirigida ao particular-empregador para que este não pratique despedida arbitrária, significa afirmar que não se pode despedir empregados sem que haja um dos motivos apontados no referido artigo da norma laborista, demonstrando o raciocínio que não pode o empregador despedir de forma vazia, pois, assim procedendo, estará praticando ato arbitrário⁽⁴³⁾.

(41) Esse é o termo técnico utilizado pela CLT e ora empregado para que se evitem futuras discussões acerca da subordinação clássica, objetiva, estrutural, reticular etc.

(42) Antônio Álvares da Silva (*op. cit.*, p. 253) não concorda com esse ponto de vista, dizendo que “essa opinião não pode ser aceita”, pois o art. 165 da CLT define o que vem a ser a dispensa arbitrária e, *a contrario sensu*, “a dispensa que se baseia em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro não é protegida pela Constituição, ou seja, situa-se na área de permissibilidade jurídica”.

(43) Essa também é a conclusão do Ministro Mauricio Godinho Delgado (*Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 1186), para quem o Direito do Trabalho brasileiro ainda não logrou incorporar, como

Em obra que precisou com maestria a questão em análise, Valdete Souto Severo ressaltou que “arbitrário é sinônimo de destituído de motivos lícitos, e a motivação é, necessariamente, dever de quem tem a obrigação de motivar”⁽⁴⁴⁾.

Relembre-se, ainda assim, que o Código Civil de 2002, em seu art. 122, parece dialogar com a tese ora defendida, dispondo que entre as condições defesas por lei se incluem as que sujeitarem o negócio jurídico ao puro arbítrio de uma das partes.

Transplantando o regramento civilista para a contratação de emprego, é fácil perceber que o empregador não pode concentrar em suas mãos o arbítrio de dissolução do negócio jurídico, ou seja, não pode ele próprio decidir, por puro talante e sem qualquer motivação, o fim da relação de emprego, pois, assim procedendo, praticará ato defeso por Lei.

Pensar o contrário é permitir que as relações cíveis possuam regramento protetivo maior que o regramento constitucional trabalhista que, segundo os mais ortodoxos, permite a denúncia contratual vazia, sem qualquer motivação.

O raciocínio do arbítrio, concentrado na suposta possibilidade de o empregador despedir de forma vazia não se justifica em um Estado que, antes de ser de Direito, é Democrático, e põe toda a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, que não pode ser, de modo algum, ignorado pela livre-iniciativa (CRFB/88, art. 170, *caput*).

O entendimento em voga, constituído em torno do direito potestativo da despedida, além de ser ato antijurídico, contrário à Constituição e ao próprio Código Civil, atenta, inclusive, contra o modelo estabelecido para a proteção dos Direitos Sociais.

regra geral, a necessidade de motivação e que se isso ocorresse, “levaria ao fim da *dispensa meramente arbitrária* no mercado laborativo do país, que se realiza por meio de simples ato potestativo empresarial”.

(44) SEVERO, Valdete Souto. *O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 135.

Tenha-se como exemplo a Lei n. 8.245, de 1991, que protege o direito de habitação (CRFB, art. 6º) do inquilino, somente permitindo que este deixe o imóvel contra a sua vontade, desde que haja um motivo relevante, expressamente apontado pela aludida Lei.

Se o direito de habitação é acobertado por norma de tal conotação, em que as partes são plenamente iguais, com mais razão ainda o mesmo raciocínio deve ser utilizado em relação ao direito ao trabalho, igualmente previsto na Constituição no rol dos Direitos Sociais.

Diante da análise das normas civilistas que pregam e asseguram a motivação quando as entidades privadas desejam aplicar penalidades, resta evidente que há uma grande aporia firmada em torno da ideia de faculdade de o empregador despedir empregados sem qualquer apresentação de motivos, justamente na relação de emprego, extremamente assimétrica e permeada de forte poder social, onde o dever de apresentação de motivos se faz ainda mais necessário.

A função de um Estado que se propõe comprometido com a realização dos Direitos Fundamentais é questionável diante da ausência da desejada Lei Complementar para regulamentar o art. 7º, I, do Texto Constitucional de 1988, em evidente desproteção para os trabalhadores. O que é mais curioso é que a insuficiente proteção estatal se dá exatamente na relação cujo paradigma principal é a proteção do ser humano trabalhador.

As soluções para a aporia apresentada são diversas, desde a mais simples, até as mais ousadas, segundo a qual tal dispositivo é direito de liberdade⁽⁴⁵⁾ e, como tal, deve ser interpretado

tendo-se a sua mais alta eficácia, passando pela eficácia plena da primeira parte do Texto Constitucional analisado, possuindo a segunda parte baixa eficácia normativa, até se chegar à eficácia do devido processo legal na relação de emprego, sendo o dever motivacional uma de suas peculiaridades.

Recentemente, especificamente no dia 6.2.2013, o Supremo Tribunal Federal, julgando o Mandado de Injunção n. 943, decidiu, *por unanimidade de votos*, que a regra sobre o pagamento de aviso-prévio proporcional, estabelecida pela Lei n. 12.506, de 11 de outubro de 2011, deve ser aplicada em relação aos outros MIs com andamento na Corte, mas com julgamento suspenso. É dizer, a referida Lei será aplicada nos casos anteriores ao seu advento, resolvendo o Poder Judiciário suprir a omissão legislativa anterior.

A decisão aludida serve como norte para o tema objeto deste artigo, pois se a Corte Maior já resolveu que, não obstante a carência de norma específica sobre o aviso-prévio proporcional, este instituto deve ser utilizado de acordo com os parâmetros traçados somente com o advento da Lei n. 12.506/11, suprimindo a lacuna legal, o mesmo raciocínio deve ser utilizado para a proteção presente no art. 7º, I, da CRFB/88, já que a legislação infraconstitucional já define o que vem a ser a despedida arbitrária.

5. Consequências da despedida sem motivação

Já se disse que o ato demissionário vazio é antijurídico e, portanto, rejeitado pela ordem jurídica brasileira, que institui a proteção em face da despedida arbitrária. Assim, se a despedida não restar embasada em justa causa,

demais dispositivos que tratam de Direitos Sociais, há direitos prestacionais e direitos de defesa, sendo mais coerente tratar estes últimos como “liberdades sociais” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 174).

(45) Nesse trilhar, concordando que os Direitos Fundamentais Sociais não se encerram na sua função prestacional, Sarlet já asseverou que grande parte dos direitos dos trabalhadores, presentes nos arts. 7º a 11 da nossa Constituição, “são, na verdade, concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas”, deixando evidenciado que, no rol aludido assim como nos

como determina o art. 482 da CLT, deverá ser, necessariamente, fundamentada em algum motivo, sendo certo que se assim não for, o ato será arbitrário.

O art. 7º, I, do Texto Constitucional faz referência à indenização, ainda sem previsão em Lei Complementar, mas o art. 10, inciso I, do ADCT igualmente prevê indenização para a dispensa *sem justa causa*, pois o ato resilitório arbitrário é proibido pela Lei Maior, ensejando a nulidade do ato e retorno das coisas ao *status quo ante*, seguindo a regra secular estabelecida pela Teoria Geral civilista, ou seja, o empregado dispensado sem qualquer apresentação dos motivos indicados no art. 165 da CLT, deve ser reintegrado ao emprego, mas, não sendo isso possível, poderá o Magistrado fixar indenização compensatória.

Nesse trilhar, a ordem jurídica pátria prevê quatro hipóteses de dispensa: i) arbitrária, ou sem qualquer motivação, sendo possível, nesse caso, a reintegração do trabalhador ao emprego, sem prejuízo da indenização a que se refere a Constituição; ii) motivada, mas sem justa causa, passível de indenização compensatória, já prevista no art. 10, I, do ADCT; iii) por justa causa, que não comporta indenização; iv) discriminatória, redundando na nulidade do ato, com a possibilidade de reintegração e indenização.

A solução pela reintegração em havendo despedida sem motivação pode parecer vanguardista demais, mas não se pode perder de vista que o próprio *caput* do art. 7º do Texto Constitucional indica o caminho, pois se o inciso I prevê como consequência do ato resilitório arbitrário a indenização, a “cabeça” do dispositivo constitucional assegura “outros direitos” que visem à melhoria da condição social do trabalhador e a possibilidade de reintegração, sem dúvida, preza pela conservação do empregado ao posto de trabalho, enaltecendo o direito social e subjetivo *ao* trabalho.

Infelizmente, essa não parece ser a diretriz interpretativa seguida pela doutrina “majoritária”

e, certamente, mais ortodoxa, que finca pé na conclusão segundo a qual se a Constituição manda a lei complementar prever indenização compensatória, “implicitamente exclui a estabilidade como regra geral (só a admite nas hipóteses taxativamente enumeradas), e, em consequência, a referida lei complementar não poderá prever a reintegração entre ‘outros direitos’”⁽⁴⁶⁾.

A solução utilitarista estabelecida *provisoriamente* pelo ADCT não pode ser entrave para o fim maior que é a manutenção do emprego, almejado pelo dispositivo constitucional que protege o empregado contra a despedida arbitrária.

Se é certo afirmar que o empregado arbitrariamente despedido tem direito a retornar ao trabalho, não menos certo é afirmar que, utilizando-se a regra dos arts. 495 e 496 da CLT, o Magistrado trabalhista poderá “dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio”, condenar o empregador a pagar indenização compensatória.

Nesse particular, as normas civis ou trabalhistas não trazem parâmetro de tarifação da indenização⁽⁴⁷⁾, sendo usual a utilização da técnica do arbitramento quando “inexistem elementos objetivos para a liquidação do julgado”⁽⁴⁸⁾, sempre com atenção para a “extensão do dano”⁽⁴⁹⁾, expediente largamente utilizado na seara trabalhista para a fixação de indenizações por danos pessoais e que pode igualmente ser manejada para o arbitramento pela despedida sem motivação.

(46) ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. In: CARRION, Valentin (Dir.). Trabalho & Processo, *Revista Jurídica Trimestral*, São Paulo: Saraiva, n. 1, p. 03-35, jul. 1994.

(47) Muito embora a Súmula n. 389, II do C. TST fixe indenização correspondente ao número de parcelas do seguro-desemprego.

(48) GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 407.

(49) CC, art. 944.

6. Conclusões

Não se pode olvidar que no art. 7º, I, do Texto Constitucional há uma ordem direta para que o Legislador atue no sentido de proteger e não de desproteger a relação de emprego e, assim sendo, não se poderá acolher a tese de direito potestativo à despedida sem apresentação de motivos.

A própria tese de eficácia indireta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas admite como correta a penetração destes Direitos nas indigitadas pactuações, desde que por meio dos conceitos jurídicos indeterminados, como a boa-fé contratual e mesmo esta pressupõe o dever de informação.

Nesse passo, diante da insuficiência do Estado-Legislator, o Estado-juiz possui papel importantíssimo, pois deve interpretar o Direito segundo uma de suas funções, que é a proibição do arbítrio, e a solução apontada no presente artigo é apenas uma das vias aptas para tanto, sem se questionar acerca da invasão de um “Poder” na competência do outro. Não se propõe qualquer revolução, elaboração de norma pelo Poder Judiciário ou algo equivalente, mas, tão somente, que este cumpra o seu papel: interpretar a Constituição de modo a lhe dar melhor eficácia.

7. Referências

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

ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melheiros, 2008.

ALMEIDA, Renato Rua de. Os direitos laborais inescíficos dos trabalhadores. In: ALMEIDA, Renato Rua de (Coord.); SUPIONI JUNIOR, Claudimir; SOBRAL, Jeana Silva (Orgs.). *Direitos laborais inescíficos*. Os direitos gerais de cidadania na relação de trabalho. São Paulo: LTr, 2012.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Os direitos fundamentais e a constitucionalização do Direito do Trabalho. In: *Revista do TRT — 9ª Região*, Curitiba ano 35, n. 65, jul./dez. 2010.

BRAGA, Paula Sarno. *Direitos fundamentais como limites à autonomia privada*. Salvador: Jus Podium, 2008.

DÜRIG, Günter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. Tradução de Luís Afonso Heck. In: HECK, Luiz Afonso (Org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Textos clássicos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAMORAL C. Sérgio. *Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais na relação de emprego. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 17, p. 33-45, jan./jun. 2011.

MAC CROIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ROCHA, Andrea Presas. A eficácia dos Direitos de Cidadania nas relações de emprego — em defesa de uma eficácia direta. In: ALMEIDA, Renato Rua de (Coord.); CALVO, Adriana; ROCHA, Andrea Presas (Orgs.). *Direitos Fundamentais aplicados ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Devido processo legal. *Revista de Informação Legislativa*, ano 34, n. 136, p. 15, 1997.

ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. In: CARRION, Valentin (diretor). Trabalho & Processo, *Revista Jurídica Trimestral*, São Paulo, Saraiva, n. 1, p. 03-35, jul. 1994.

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

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SEVERO, Valdete Souto. *O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional*

brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

VECCHI, Ipojuca Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. *Rev. TST*, Brasília, vol. 77, n. 3, p. 111-135, jul./set. 2011.

Hipoteca judiciária: a (re)descoberta do instituto diante da Súmula n. 375 do STJ — Execução efetiva e atualidade da hipoteca judiciária

Ben-Hur Silveira Claus^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo fundamenta a utilização da hipoteca judiciária como medida útil à efetividade da execução, sobretudo após o advento da Súmula n. 375 do STJ. Além de assegurar ao autor da ação direito de sequela sobre os bens objeto do gravame, a hipoteca judiciária inibe fraude à execução.

Palavras-chave:

- ▶ Hipoteca judiciária — Efetividade da jurisdição — Execução trabalhista — Execução efetiva — Fraude à execução — Direito de sequela — Processo de resultados.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A Súmula n. 375 do STJ: proteção ao terceiro de boa-fé
- ▶ 3. A hipoteca judiciária como remédio contra os males da Súmula n. 375 do STJ
- ▶ 4. As sete virtudes capitais da hipoteca judiciária
 - ▶ 4.1. A primeira virtude: a publicação da sentença *constitui* hipoteca judiciária
 - ▶ 4.2. A segunda virtude: a implementação de ofício
 - ▶ 4.3. A terceira virtude: confere o direito de sequela sobre os imóveis gravados
 - ▶ 4.4. A quarta virtude: inibir fraude à execução
 - ▶ 4.5. A quinta virtude: é instituto de ordem pública
 - ▶ 4.6. A sexta virtude: o recurso não suspende sua eficácia imediata
 - ▶ 4.7. A sétima virtude: uma garantia que não exclui outras
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências bibliográficas

(*) Juiz do Trabalho da Vara do Trabalho de Carazinho – RS (4ª Região). Mestre em direito pela Unisinos.

“A hipoteca judiciária é *plus* — cria vínculo *real*, de modo que, na execução imediata ou mediata, está o vencedor munido de direito de seqüela, que não tinha. Daí resulta que os bens gravados por ela podem ser executados como se a dívida fosse coisa certa, ainda se em poder de terceiro, que os haja adquirido sem fraude à execução. Não há boa-fé em tal aquisição, porque a hipoteca judiciária opera como qualquer outra hipoteca. [...] O exequente tem o direito de prosseguir na execução da sentença contra os adquirentes dos bens do condenado.”

Pontes de Miranda

1. Introdução

Instituto previsto no art. 466 do Código de Processo Civil⁽¹⁾, a hipoteca judiciária não tem sido utilizada por magistrados e advogados, em que pese sua utilidade para a efetividade da execução. O advento da Súmula n. 375 do Superior Tribunal de Justiça — STJ, entretanto, veio resgatar a atualidade deste instituto esquecido pela prática judiciária⁽²⁾.

A afirmação de que o advento da Súmula n. 375 do STJ veio resgatar a atualidade do instituto da hipoteca judiciária reclama explicação. É o que tento fazer a seguir.

(1) CPC: “Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos.

Parágrafo único. A sentença condenatória produz hipoteca judiciária:

I — embora a condenação seja genérica;

II — pendente arresto de bens do devedor;

III — ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença.”

(2) PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 112: “Fundamento da hipoteca judiciária, no direito brasileiro, é permitir-se que o vencedor da ação não vá, desde logo, às medidas constritivas cautelares ou de execução (arresto, penhora), alarmando os credores do condenado ou diminuindo-lhes, com tais medidas judiciais, o crédito. Aguarda-se melhor momento para a execução. Por outro lado, pode munir de garantia o vencedor, antes de se julgar em último grau a ação, e o arresto não impediria que o condenado contraísse outras dívidas. Ressalta, assim, a função econômica e jurídica da hipoteca judiciária.”

2. A Súmula n. 375 do STJ: proteção ao terceiro de boa-fé

A Súmula n. 375 do STJ assenta o entendimento de que “[...] o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”⁽³⁾.

A leitura do verbete revela que a Súmula n. 375 do STJ visa a proteger o terceiro que adquiriu de boa-fé o bem do executado. Há uma clara opção pela segurança jurídica do negócio celebrado entre o executado e o terceiro adquirente de boa-fé.

Editada em 30.3.2009, a Súmula n. 375 do STJ teve inspiração no art. 240 da Lei dos Registros Públicos (LRP) e no art. 659, § 4º, do Código de Processo Civil.

O art. 240 da Lei Registros Públicos estabelece: “Art. 240. O registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior.”

Já o § 4º do art. 659 do Código de Processo Civil atribui ao credor o ônus de registrar a penhora no cartório de registro de imóveis. Isso para que se estabeleça presunção absoluta de conhecimento por terceiros da existência da penhora. A atual redação do § 4º do art. 659 do CPC foi dada pela Lei n. 11.382, de 6.12.2006: “§ 4º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial.”

Como é de intuitiva percepção, é muito difícil para o credor prejudicado provar que o terceiro adquirente agiu de má-fé ao adquirir

(3) Súmula n. 375 do STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente.” A Súmula n. 375 do STJ foi editada em 30.3.2009.

o bem do executado. De acordo com inteligência da súmula, cabe ao credor prejudicado provar que o terceiro adquirente tinha conhecimento da existência da ação movida contra o executado-alienante. A má-fé do terceiro adquirente caracteriza-se pela prova de que ele tinha ciência da existência de demanda contra o executado por ocasião da aquisição do bem. Esse ônus de prova é atribuído ao credor.

A comprovação do conhecimento da existência da ação caracteriza a má-fé do terceiro adquirente. Não havendo tal comprovação, a diretriz da súmula é a de não reconhecer fraude à execução, preservando-se a eficácia do negócio realizado entre o executado e o terceiro adquirente de boa-fé — em detrimento do interesse do credor prejudicado pela alienação do imóvel do executado.

3. A hipoteca judiciária como remédio contra os males da Súmula n. 375 do STJ

Contudo, se, por ocasião da sentença, o juiz tomar a iniciativa de determinar o registro da hipoteca judiciária na matrícula dos imóveis da empresa reclamada, a existência desse gravame será considerada de conhecimento geral, pois o cartório de registro de imóveis é um registro público, que pode ser consultado por todas as pessoas. A iniciativa do juiz de determinar o registro da hipoteca judiciária é providência expressamente prevista no art. 466 do CPC⁽⁴⁾, a ser realizada de ofício.

Feito o registro da hipoteca judiciária, o terceiro adquirente já não mais poderá alegar a condição de adquirente de boa-fé, pois tinha acesso à informação⁽⁵⁾ da existência de ação judicial contra a empresa alienante (a

futura executada), situação em que o terceiro adquirente passa a ser considerado adquirente de má-fé⁽⁶⁾. Em outras palavras, o registro da hipoteca judiciária esvazia a alegação de ter o terceiro adquirido o imóvel de boa-fé e atua para fazer caracterizar fraude à execução no negócio celebrado entre a empresa reclamada e o terceiro adquirente.

A teoria jurídica identifica a hipoteca judiciária como efeito anexo imediato da sentença condenatória⁽⁷⁾. Tal identificação decorre de expressa previsão legal (CPC, art. 466). Na lição de Luiz Guilherme Marinoni e de Daniel Mitidiero, “a eficácia anexa é aquela que advém da lei, sem necessidade de pedido”⁽⁸⁾. A previsão legal é a de que a sentença condenatória “[...] valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária” (*caput*). A previsão legal é completada pela afirmação de que “A sentença condenatória *produz* a hipoteca judiciária” (parágrafo único). É dizer, a simples publicação da sentença condenatória produz a hipoteca judiciária.

Publicada, a sentença condenatória produz a hipoteca judiciária cuja eficácia é imediata quanto ao réu, que é parte no processo.

Entretanto, a eficácia da hipoteca judiciária quanto a terceiros — que não são parte no processo — depende do respectivo registro no cartório imobiliário no qual estão registrados os imóveis da empresa reclamada. Realizado tal registro, presume-se em fraude à execução a alienação superveniente do imóvel hipotecado judiciosamente.

A pessoa que adquire o imóvel da empresa reclamada é considerada terceiro; trata-se do terceiro adquirente.

(4) CPC: “Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos.”

(5) Com o registro da hipoteca judiciária, o terceiro passa a ter a possibilidade de informar-se, junto ao Cartório do Registro de Imóveis, da existência de ação judicial contra o executado.

(6) PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 111.

(7) SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTR, 2007. p. 104: “A hipoteca judiciária é automática e será ordenada pelo juiz, como determina o art. 466 do CPC.”

(8) MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 4 ed. São Paulo: RT, 2012. p. 445.

Apesar das virtudes da hipoteca judiciária⁽⁹⁾ para a efetividade da execução, registra-se grande timidez dos magistrados trabalhistas na utilização dessa útil ferramenta. Observação semelhante é feita por *Carlos Zangrando*: “Não compreendemos a razão pela qual a garantia da hipoteca judiciária não é utilizada na prática, tanto no Processo do Trabalho quanto no Processo Civil. Talvez a resposta esteja no seu desconhecimento; ou talvez na vã concepção de que se possa alegar ‘fraude à execução’, se o réu se desfizer dos seus bens após demandado (CPC, art. 593, II). Infelizmente, a prática nos ensinou que, quando o processo chega a um estágio em que é necessário ao credor tentar anular a venda dos bens de devedor, tudo indica que a situação já se deteriorou a tal ponto que os riscos de frustração na execução aumentaram exponencialmente.”⁽¹⁰⁾

Nada obstante a jurisprudência do TST já estar pacificada a respeito da licitude da aplicação de ofício da hipoteca judiciária ao processo do trabalho⁽¹¹⁾, ainda é bastante restrita a utilização dessa medida pelos juízes.

O advento da Súmula n. 375 do STJ, porém, opera como um importante estímulo à (re)descoberta da hipoteca judiciária. Isso porque os prejuízos que a Súmula n. 375 do STJ acarreta à efetividade da execução podem ser atenuados pelas virtudes do instituto da hipoteca judiciária.

(9) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. vol. II. São Paulo: LTr, 2009. p. 1291: “Este é, sem dúvida, um dos mais expressivos efeitos secundários da sentença condenatória e sua compatibilidade com o processo do trabalho parece-nos incontestável.”

(10) *Processo do Trabalho – Processo de conhecimento*. vol. 2. São Paulo: LTr, 2009. p. 1240.

(11) Os seguintes acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais n. 1 do Tribunal Superior do Trabalho são representativos da posição hoje pacificada sobre a matéria no âmbito da SBDI-1 do TST, favorável à aplicação da hipoteca judiciária de ofício ao direito processual do trabalho: TST-SBDI-1-E-RR 98600-73.2006.5.03.0087; TST-SBDI-1-E-ED-RR 24800-64.2007.5.03.0026.

4. As sete virtudes capitais da hipoteca judiciária

A timidez dos juízes do trabalho na utilização desse instituto jurídico pode ser mais facilmente vencida, na medida em que sejam percebidas as virtudes da hipoteca judiciária para a efetividade da execução trabalhista, virtudes a seguir resumidas.

4.1. A primeira virtude: a publicação da sentença constitui a hipoteca judiciária

A primeira virtude do instituto está na circunstância de que a hipoteca judiciária é *constituída* pela simples publicação da sentença condenatória.

A hipoteca judiciária é *efeito anexo imediato* da sentença estabelecido em lei: a mera publicação da sentença condenatória *constitui* a hipoteca judiciária, por força de previsão legal. A previsão legal está no *caput* do art. 466 do CPC: “Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como *título constitutivo* de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos.” Segundo a doutrina de *Luiz Guilherme Marinoni* e de *Daniel Mitidiero*, “exemplo típico de eficácia anexa é a produção de hipoteca judiciária (art. 466, CPC)”⁽¹²⁾.

Ratificando a previsão de que a sentença condenatória *constitui* hipoteca judiciária, o parágrafo único do art. 466 do CPC explicita tal *efeito anexo imediato* da sentença, ao estabelecer que “A sentença condenatória *produz* a hipoteca judiciária”. O verbo *produz* está para *efeito anexo imediato*, como a metáfora está para a poesia. Daí a assertiva categórica de *Moacyr Amaral Santos*: “Do só fato de haver sentença de efeito condenatório resulta, por força de lei, hipoteca judiciária sobre os

(12) MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil*: comentado artigo por artigo. 4 ed. São Paulo: RT, 2012. p. 445.

imóveis do condenado, e, assim, o poder do autor de fazer inscrevê-la mediante simples mandado do juiz.”⁽¹³⁾

Portanto, a *constituição* da hipoteca judiciária decorre do mero advento da sentença condenatória, embora seja necessário o respectivo registro na matrícula dos imóveis da empresa reclamada no Cartório do Registro de Imóveis, a fim de valer contra terceiros — vale dizer, a fim de valer contra o terceiro adquirente⁽¹⁴⁾.

4.2. A segunda virtude: a implementação de ofício

A segunda virtude da hipoteca judiciária é sua implementação de ofício, pelo juiz.

Com efeito, o *caput* do art. 466 do CPC atribui ao magistrado a iniciativa para o ato, ao estabelecer que a inscrição da hipoteca judiciária “[...] *será ordenada pelo juiz* na forma prescrita na Lei de Registros Públicos”. Ao comentar o instituto da hipoteca judiciária, *Pontes de Miranda* identifica a inscrição da hipoteca judiciária como um *dever do juiz* estabelecido pela lei processual quando se tratar de sentença condenatória: “O elemento mandamental da sentença de condenação é tornado bastante, pelo art. 466, parágrafo único, para a inscrição. Há dever do juiz.”⁽¹⁵⁾

A implementação da hipoteca judiciária é realizada de ofício pelo juiz, dispensando pedido da parte beneficiária da condenação. A doutrina de *Antônio Álvares da Silva* é precisa a respeito: “A hipoteca judiciária é automática e será ordenada pelo juiz, como determina

o art. 466 do CPC. Portanto independe de requerimento da parte. É uma consequência da sentença.”⁽¹⁶⁾ No mesmo sentido, alinha-se a doutrina de *Luiz Guilherme Marinoni* e de *Daniel Mitidiero*: “Exemplo típico de eficácia anexa é a produção de hipoteca judiciária (art. 466, CPC). A constituição de hipoteca judiciária independe de pedido da parte. A sentença de procedência produz a hipoteca judiciária ainda que a condenação seja genérica, pendente arresto de bens de devedor ou quando o credor possa promover a execução provisória da sentença (art. 466, parágrafo único, CPC).”⁽¹⁷⁾

A jurisprudência do TST é pacífica⁽¹⁸⁾ a respeito: não é necessário requerimento da parte para o registro da hipoteca judiciária⁽¹⁹⁾.

(13) *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 426.

(14) Nesse sentido, é o magistério de SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 426 e de TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. vol. II. São Paulo: LTr, 2009. p. 1291: “c) para que produza efeitos com relação a terceiros, é indispensável que a hipoteca judiciária seja inscrita no registro competente, nos termos da Lei de Registros Públicos.”

(15) *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 111.

(16) Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC. São Paulo: LTr, 2007. p. 104. No mesmo sentido, alinha-se o magistério de Luciano Athayde Chaves: “A hipoteca judiciária constitui, à vista desse dispositivo legal, uma eficácia anexa ou secundária da sentença, porquanto independe de pedido da parte.” (*Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista*. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 969.)

(17) MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil*: comentado artigo por artigo. 4 ed. São Paulo: RT, 2012. p. 445.

(18) Devemos a Antônio Álvares da Silva a redescoberta da hipoteca judiciária no âmbito da jurisdição trabalhista. Na condição de desembargador relator de recursos ordinários, Antônio Álvares da Silva passou a determinar, de ofício, a expedição de mandado de registro da hipoteca judiciária. Os acórdãos respectivos passam a ser objeto de Recurso de Revista. Inicialmente majoritário, hoje já se tornou unânime na SBDI-1 do TST o entendimento pela compatibilidade da hipoteca judiciária com o direito processual do trabalho (CLT, art. 769). A alegação recursal de julgamento *extra petita* é rejeitada pela SBDI-1 sob o fundamento de que a hipoteca judiciária é efeito anexo imediato da sentença e pode ser determinada de ofício pelo juiz, conforme a expressa previsão do art. 466 do CPC. A título de ilustração, confirmam-se os seguintes acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais n. 1 do Tribunal Superior do Trabalho: TST-SBDI-1-E-RR 98600-73.2006.5.03.0087; TST-SBDI-1-E-ED-RR 24800-64.2007.5.03.0026.

(19) Como é evidente, a parte poderá requerer a providência caso o juiz não tenha tomado a iniciativa de mandar registrar a hipoteca judiciária constituída pela sentença condenatória.

A iniciativa é do juiz: basta expedir o mandado de registro da hipoteca judiciária; se os imóveis da empresa reclamada estão localizados fora da área de jurisdição da Vara do Trabalho, expedese carta precatória de registro da hipoteca judiciária. Alguns cartórios de imóveis aceitam registrar a hipoteca judiciária por simples ofício expedido pelo juízo, o que simplifica ainda mais o procedimento. A determinação de expedição de mandado de registro da hipoteca judiciária deve constar da sentença.

4.3. A terceira virtude: confere direito de sequela sobre os imóveis gravados

A terceira virtude da hipoteca judiciária é conferir ao credor direito de sequela sobre os imóveis gravados pela hipoteca judiciária.

Ao conferir ao credor direito de sequela sobre os imóveis gravados pela hipoteca judiciária, o instituto previsto no art. 466 do CPC potencializa o cumprimento da sentença. Isso porque, na lição de *Francisco Antonio de Oliveira* acerca da hipoteca judiciária, o credor poderá “... opô-la a terceiros e sujeitar à execução, com direito de sequela, os bens do devedor que restarem vinculados ao julgado”⁽²⁰⁾. Logo se percebe a potencialidade que o instituto da hipoteca judiciária pode aportar à concretização da garantia constitucional da efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) e à realização da garantia constitucional da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

O gravame da propriedade imobiliária da empresa reclamada estimula ao cumprimento da sentença e desestimula recursos protelatórios⁽²¹⁾, além de potencializar a perspectiva

de uma execução exitosa mediante o gravame prévio de bens imóveis que ficarão legalmente vinculados ao cumprimento da respectiva sentença. Com efeito, “a hipoteca judiciária — a ponderação é de criterioso pesquisador do tema da efetividade da jurisdição trabalhista — se constitui em mais uma ferramenta auxiliar à difícil tarefa de imprimir efetividade às resoluções judiciais. Mais do que isso, ainda na fase de pronunciamento do direito — que é a sentença —, reconhece-se a necessidade de sujeição do demandado, agora potencial devedor, aos termos da decisão, assinalando o dever de cumprir com as ordens emanadas do Poder Judiciário”⁽²²⁾.

Identificada por *Ovídio A. Baptista da Silva* como o caso mais comum de efeito anexo da sentença, a hipoteca judiciária produz uma eficácia — a doutrina denomina essa eficácia de direito de sequela — da qual não se poderão desvincular nem partes nem terceiros. Tal ocorre em razão de que é a própria lei a fonte produtora do efeito anexo da sentença representado pela hipoteca judiciária: “... o efeito anexo é previamente determinado pela lei, e, como tal, ocorre necessariamente pela simples verificação da sentença. Ao contrário da eficácia reflexa, o efeito anexo é invulnerável quer pelas partes, quer por terceiros.”⁽²³⁾

A potencialidade que o instituto da hipoteca judiciária pode aportar à efetividade da execução decorre da circunstância de que a hipoteca judiciária confere ao autor da ação direito de sequela sobre os bens gravados. Vale dizer, o autor da ação poderá fazer penhorar os

(20) OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Execução na Justiça do Trabalho*. 6 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 161.

(21) A hipoteca judiciária atua no sentido de distribuir equitativamente, entre as partes, o tempo do processo judicial. A arguta observação é do magistrado CAVALLARO NETO, Arlindo. A sentença trabalhista como título constitutivo de hipoteca judiciária. In: SANTOS, José Aparecido dos (Coord.). *Execução Trabalhista*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 495: “É necessário distribuir equitativamente o ônus da demora do processo, e o

registro da sentença como hipoteca judiciária também alcança esse desiderato, pois parcela do patrimônio do vencido será objeto de ônus real, assim que publicada a sentença condenatória, até que haja o pagamento do credor.”

(22) CHAVES, Luciano Athayde. Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 972.

(23) *Sentença e coisa julgada*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 113.

bens que foram gravados com a hipoteca judiciária, obtendo mais efetividade na execução, na medida em que os imóveis gravados com a hipoteca judiciária responderão pela execução da sentença *ainda que tenham sido transferidos a terceiros*. Essa é a consequência jurídica do direito de sequela que a hipoteca judiciária confere ao credor enquanto efeito anexo da sentença condenatória⁽²⁴⁾.

No dizer de *Pontes de Miranda*, a hipoteca judiciária “[...] cria vínculo *real*, de modo que, na execução imediata ou mediata, está o vencedor munido de direito de sequela, que não tinha. Daí resulta que os bens gravados por ela podem ser executados como se a dívida fosse coisa certa, ainda se em poder de terceiro, que os haja adquirido sem fraude à execução. Não há boa-fé em tal aquisição, porque a hipoteca judiciária opera como qualquer outra hipoteca. [...] O exequente tem o direito de prosseguir na execução da sentença contra os adquirentes dos bens do condenado”⁽²⁵⁾.

No mesmo sentido, alinha-se o magistério de *Moacyr Amaral Santos*. Ao definir a natureza do instituto da hipoteca judiciária, o autor esclarece que o direito de sequela então criado em favor do vencedor da demanda permite-lhe levar à praça o bem gravado pela hipoteca judiciária mesmo quando o bem tenha sido adquirido por terceiro: “Como *hipoteca judiciária* se entende a produzida pela sentença condenatória, autorizando o credor a perseguir o bem imóvel do condenado onde se encontre.”⁽²⁶⁾

Ainda que a alienação do imóvel não tenha caracterizado fraude à execução por não ter produzido a insolvência do alienante, ainda

assim o bem imóvel gravado pela hipoteca judiciária responderá pela execução; significa dizer, o terceiro adquirente não terá êxito nos embargos de terceiro, porque a aquisição do imóvel ocorreu de má-fé. A alternativa do terceiro adquirente será remir o bem pelo valor da avaliação, para não perder o bem imóvel adquirido sob hipoteca judiciária⁽²⁷⁾.

4.4. A quarta virtude: inibir fraude à execução

A quarta virtude da hipoteca judiciária é a sua potencialidade para inibir fraude à execução.

A doutrina identifica a hipoteca judiciária como instituto jurídico que atua como *meio preventivo contra a fraude*⁽²⁸⁾. Isso porque o registro da hipoteca judiciária sobre os imóveis da empresa reclamada estabelece presunção de que o terceiro adquirente tem conhecimento da existência da ação trabalhista, o que esvazia a alegação de boa-fé do terceiro adquirente e atua para fazer caracterizar a fraude à execução. *Pontes de Miranda* utiliza estas palavras para definir a eficácia produzida pela hipoteca judiciária: “A inscrição determina restrição ao *poder de dispor*, por parte do dono do imóvel, de modo que o adquirente não pode alegar boa-fé.”⁽²⁹⁾

Se a hipoteca judiciária já cumpria importante papel no combate à fraude patrimonial,

(24) ZANGRANDO, Carlos. *Processo do Trabalho – Processo de conhecimento*. vol. 2. São Paulo: LTr, 2009. p. 1.240. Para o autor, a hipoteca judiciária confere ao credor também direito de preferência.

(25) *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 111-112.

(26) SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 426.

(27) O terceiro adquirente terá direito regressivo contra o alienante nessa hipótese (CC, art. 346, II).

(28) SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 427; ZANGRANDO, Carlos. *Processo do Trabalho – Processo de conhecimento*. vol. 2. São Paulo: LTr, 2009. p. 1240.

(29) *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 118. O entendimento de *Pontes de Miranda* é compartilhado pela doutrina de *Freddie Didier Jr.*, *Paula Sarno Braga* e *Rafael Oliveira* (*Curso de direito processual civil*. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 373): “Seu principal objetivo é prevenir a fraude à execução, autorizando o credor a perseguir o bem onde quer que se encontre (direito de sequela).”

com o advento da Súmula n. 375 do STJ o instituto adquiriu importância para coibir a fraude à execução em particular⁽³⁰⁾. Em artigo elaborado antes do advento da Súmula n. 375 do STJ, Luciano Athayde Chaves assim identificava essa virtude da hipoteca judiciária: “[...] o registro da hipoteca tem o mérito de reduzir os casos de fraudes à execução, consubstanciados na alienação ou oneração de bens do devedor durante o curso da ação, situações de grande embaraço e retardamento dos feitos judiciais.”⁽³¹⁾ Inibir a fraude à execução é o principal objetivo da hipoteca judiciária, de acordo com a doutrina de *Fredie Didier Jr.*, *Paula Sarno Braga* e *Rafael Oliveira*⁽³²⁾.

As consequências jurídicas decorrentes da Súmula n. 375 do STJ revelam essa quarta virtude da hipoteca judiciária de forma mais evidente quando o tema da fraude à execução é contextualizado sob o influxo do elemento cronológico. Trata-se do tempo de tramitação do processo. Explico. Desde a publicação da sentença até o advento da penhora e seu registro, costuma decorrer o tempo de alguns anos. A alienação de imóvel que a empresa reclamada faça nesse interregno de tempo estará a salvo da ineficácia jurídica inerente à fraude à execução, de acordo com a orientação adotada na Súmula n. 375 do STJ⁽³³⁾.

Admita-se que esse interregno de tempo na tramitação do processo seja de 2 (dois) anos. Durante esses 2 (dois) anos, a alienação de bem imóvel pela empresa reclamada não caracterizará fraude à execução⁽³⁴⁾, por ter ocorrido *antes* do registro da penhora. Esse prazo pode variar para mais ou para menos; geralmente, para mais...

(30) Com a superveniência da Súmula n. 375 do STJ, de 30-03-2009, que exige prévio registro da penhora para caracterizar-se fraude à execução, perde atualidade a observação de *Manoel Antonio Teixeira Filho* no sentido de que a hipoteca judiciária é “de pouca utilidade”, na medida em que o credor pode invocar medida mais eficaz — a ocorrência de fraude à execução (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. vol. II. São Paulo: LTr, 2009. p. 1292). Formulada em obra publicada no início de 2009, a observação do autor é *anterior* ao advento da Súmula n. 375 do STJ e tem por fundamento o argumento de que o credor dispõe do instituto da fraude à execução para coibir a fraude patrimonial. O argumento, contudo, restou afetado pela superveniência do verbete sumular do STJ. Daí nossa afirmação de ter a Súmula STJ n. 375 resgatado a utilidade do instituto da hipoteca judiciária para a efetividade da execução, instituto jurídico a ser redescoberto pela magistratura. Contudo, na 11ª edição da obra *Execução no processo do trabalho*, publicada em 2013, o autor sustenta a necessidade de valorizar-se a hipoteca judiciária diante dos termos da Súmula STJ n. 375. Antes, porém, opina pela inaplicabilidade da Súmula n. 375 do STJ ao processo do trabalho, por incompatibilidade (*Execução no processo do trabalho*. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 201/2). A necessidade de valorização da hipoteca judiciária é apresentada pelo jurista na seguinte passagem: “Considerando que o nosso entendimento quanto à inaplicabilidade da Súmula n. 375, do STJ, ao processo do trabalho possa não vir a ser aceito, seria o caso de valorizar-se a hipoteca judiciária de que o trata o art. 466, do CPC.” (p. 202)

(31) CHAVES, Luciano Athayde. Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista. In: *Curso de processo do trabalho*. CHAVES, Luciano Athayde (organizador). São Paulo: LTr, 2009. p. 972.

(32) *Curso de direito processual civil*. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 373.

(33) Tanto a hipoteca judiciária quanto a averbação premonitória prevista no art. 615-A previnem fraude patrimonial. Tratando-se de processo de conhecimento, a hipoteca judiciária é mais eficaz, pois permite o registro do gravame na matrícula do imóvel logo após a sentença (CPC, art. 466), ao passo que a averbação premonitória do art. 615-A do CPC pressupõe a existência de processo em fase de execução. Portanto, a hipoteca judiciária atua antes da averbação premonitória do art. 615-A do CPC. O mesmo se pode dizer quanto à medida de indisponibilidade de bens do devedor prevista no art. 185-A do Código Tributário Nacional. Aplicável ao processo do trabalho por força da previsão do art. 889 da CLT, a *indisponibilidade de bens* é medida útil à execução trabalhista e pode ser combinada com a hipoteca judiciária. Contudo, sua implementação também pressupõe estar o processo na fase de execução, porquanto a previsão do art. 185-A do CTN estabelece que a indisponibilidade de bens tem lugar quando o devedor, citado, deixa de pagar ou de apresentar bens à penhora.

(34) A afirmação tem como pressuposto a aplicabilidade da diretriz da Súmula n. 375 do STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente.” É bem verdade que não é uniforme a jurisprudência a esse respeito. Contudo, no TST predomina o entendimento pela aplicação da Súmula n. 375 do STJ à execução trabalhista. No âmbito da Seção Especializada em Execução do TRT da 4ª Região, também é predominante o entendimento pela aplicabilidade da Súmula STJ n. 375 ao processo do trabalho.

Contudo, se, por ocasião da publicação da sentença, o juiz determinar o registro da hipoteca judiciária na matrícula dos imóveis da empresa reclamada, o terceiro adquirente já não mais poderá alegar a condição de adquirente de boa-fé e ter-se-á por caracterizada fraude à execução, de modo a esterilizar — em parte — o efeito prejudicial que a aplicação da Súmula n. 375 do STJ acarreta ao credor. Em parte, porque a alienação realizada *antes* do registro da hipoteca judiciária — a ser ordenada na sentença — não caracteriza fraude à execução, de acordo com a orientação da Súmula n. 375 do STJ.

4.5. A quinta virtude: é instituto de ordem pública

A quinta virtude da hipoteca judiciária está em ser instituto de ordem pública concebido em favor da autoridade da sentença e na tutela do credor.

Essa virtude da hipoteca judiciária pode ser haurida com maior profundidade pela jurisdição trabalhista a partir da consideração da circunstância histórico-teórica de que se trata de instituto do processo comum, concebido para valorizar a sentença da Justiça Comum e para tutelar o credor não privilegiado.

Se uma tal intervenção na esfera patrimonial do réu foi outorgada pelo legislador em favor da autoridade da sentença da Justiça Comum e na tutela de credor não privilegiado, é intuitiva a conclusão de que a efetividade da jurisdição cível lá pretendida pela atuação do art. 466 do CPC de ofício encontra nos fundamentos do direito processual do trabalho o substrato axiológico mediante o qual se faz imediata a positiva resposta pela compatibilidade do instituto de ordem pública da hipoteca judiciária com o direito processual trabalhista (CLT, art. 769)⁽³⁵⁾.

(35) A autonomia científica do direito processual do trabalho inspira-se à assimilação dos institutos do processo comum capazes de instrumentalizar sua ontológica vocação de processo de resultados.

A imediata resposta positiva pela compatibilidade do instituto de ordem pública da hipoteca judiciária com o processo do trabalho é potencializada pela contemporânea hermenêutica constitucional que atribui aos direitos do trabalho a hierarquia de direitos fundamentais sociais (CF, art. 7º, *caput*)⁽³⁶⁾.

É digno de anotação o registro histórico de que a razoável duração do processo somente viria a ser elevada à condição de garantia constitucional 30 (trinta) anos depois de atribuir-se à sentença condenatória o efeito de hipoteca judiciária⁽³⁷⁾.

O registro histórico permite aquilatar a profundidade da intervenção judicial — outorgada pelo legislador nos idos de 1973 — realizada na esfera patrimonial do réu mediante a utilização da hipoteca judiciária de ofício em favor da efetividade da jurisdição comum e em favor de credor não privilegiado. Isso numa época em

(36) A compatibilidade da hipoteca judiciária com o direito processual do trabalho é praticamente pacífica na doutrina. A título de ilustração, confira-se a posição de CHAVES, Luciano Athayde. Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista. In: CHAVES, Luciano Athayde (org.). *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 970: “A hipoteca judiciária não encontra previsão expressa no Direito Processual do Trabalho, mas sua aplicação aqui é possível por força da cláusula geral de supletividade (art. 769), já se constitui medida de inteira pertinência teleológica com a tutela adjetiva trabalhista; portanto, não apresenta, dessa forma, qualquer atrito ou incompatibilidade.” A mesma orientação encontra-se no ensaio de CAVALARO NETO, Arlindo. A sentença trabalhista como título constitutivo de hipoteca judiciária. In: SANTOS, José Aparecido dos (coord.). *Execução Trabalhista*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 494: “Em síntese, o instituto da hipoteca judiciária mostra-se compatível com o Processo do Trabalho, pois visa garantir o sucesso da execução, prevenir a fraude à execução, impor direito de preferência ao credor na excussão do bem hipotecado, além de conferir o direito de sequência.” Em sentido contrário à compatibilidade, está o artigo de Fábio Luiz Pereira da Silva (Necessária revisão da aplicabilidade da hipoteca judiciária no processo judiciário do trabalho. In: *Revista LTr*, São Paulo, v. 75, n. 8, p. 959-962. ago. 2011).

(37) A hipoteca judiciária foi instituída pelo Código de Processo Civil de 1973. A garantia constitucional da razoável duração do processo foi instituída pela Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004.

que ainda estava por se afirmar o entendimento de que a garantia constitucional de acesso à justiça deveria evoluir de uma concepção meramente formal de acesso à jurisdição para uma concepção de real acesso à jurisdição efetiva.

4.6. A sexta virtude: o recurso não suspende sua eficácia imediata

A sexta virtude da hipoteca judiciária radica na circunstância de que sua imediata eficácia não se suspende pela interposição de recurso.

A imediata eficácia da sentença condenatória enquanto título constitutivo de hipoteca judiciária não é paralisada pela interposição de recurso. Isso porque da dicção do parágrafo único do art. 466 do CPC — “a sentença condenatória *produz* a hipoteca judiciária” — decorre a interpretação de que esse efeito imediato da sentença não é atingido pelo recurso interposto contra a sentença. Não se exige trânsito em julgado para que a sentença produza tal efeito. Basta a sua publicação⁽³⁸⁾.

Ainda que o recurso interposto seja dotado de efeito suspensivo, o que não ocorre com o recurso ordinário previsto no art. 895 da CLT (CLT, art. 899), tal efeito suspensivo não neutraliza a imediata eficácia jurídica que o art. 466 do CPC confere à sentença condenatória enquanto título constitutivo de hipoteca judiciária. Na interpretação do art. 466 do CPC, a jurisprudência já consolidou o entendimento de que o efeito suspensivo do recurso não impede a imediata eficácia jurídica da sentença condenatória enquanto título constitutivo de hipoteca judiciária, conforme revela a seguinte ementa: “Hipoteca judiciária. Recurso pendente. O efeito da condenação a que alude o CPC, art. 466, não se suspende com o advento do recurso.” (RT 511/125)⁽³⁹⁾

(38) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. vol. II. São Paulo: LTr, 2009. p. 1292. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 428: “... a produção da hipoteca judiciária não depende do trânsito em julgado da sentença...”

(39) A ementa é citada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, nos comentários ao art. 466

A interposição de recurso não suspende a imediata eficácia da sentença condenatória enquanto título constitutivo de hipoteca judiciária porque o instituto da hipoteca judiciária foi concebido pelo legislador como instituto de ordem pública de natureza acautelatória do direito do credor, com a finalidade de proporcionar *imediata* garantia ao credor da sentença condenatória. Essa garantia é realizada tanto por assegurar-se a futura execução mediante o direito de seqüela, que se forma sobre os bens gravados pela hipoteca judiciária, quanto pela inibição à fraude à execução prevenida pelo gravame da hipoteca judiciária registrada na matrícula do imóvel do réu.

A questão foi abordada de forma didática por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira: “O efeito suspensivo atribuído ao recurso não impede a produção da hipoteca judiciária porque ele apenas suspende os efeitos principais da decisão recorrida, isto é, aqueles que decorrem do seu conteúdo. Não suspende os efeitos anexos, porque esses decorrem, como já se viu, da simples existência da decisão judicial.”⁽⁴⁰⁾

Se a interposição de recurso suspendesse tal eficácia, a garantia do credor não seria *imediata* conforme a concebera o legislador, com o que retardar-se-ia a pronta operatividade do efeito anexo da sentença previsto no art. 466 do CPC, efeito que a doutrina qualifica como *automático*⁽⁴¹⁾, mera consequência da publicação da sentença condenatória⁽⁴²⁾.

do CPC, na obra *Código de Processo Civil comentado*. 10 ed. São Paulo: RT, 2007. p. 677.

(40) *Curso de direito processual civil*. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 377.

(41) SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007. p. 104: “A hipoteca judiciária é automática e será ordenada pelo juiz, como determina o art. 466 do CPC. Portanto independe de requerimento da parte. É uma consequência da sentença.”

(42) SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 426: “Do só fato de haver sentença de efeito condenatório resulta, por força de lei, hipoteca judiciária

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero são categóricos acerca da matéria, assentando o entendimento de que “o recebimento do recurso de apelação com efeito suspensivo (art. 520, CPC) não impede a inscrição da hipoteca judiciária no registro competente (STJ, 3ª Turma, REsp n. 715.451/SP, relª. Minª. Nancy Andrighi, j. em 6.4.2006, DJ 2.5.2006, p. 310)”⁽⁴³⁾.

É o que restou assentado na ementa do acórdão publicado na Revista dos Tribunais n. 596/99: “Hipoteca judiciária. Inscrição com recurso pendente. A hipoteca judiciária, que tem natureza acautelatória do direito do credor, pode ser inscrita, desde que ajuste às disposições legais, independentemente da pendência ou não de recurso, pois é resultante de um efeito imediato da decisão, que surge com ela, para oferecer pronta garantia à disponibilidade do credor.”⁽⁴⁴⁾

4.7. A sétima virtude: uma garantia que não exclui outras

A sétima virtude da hipoteca judiciária repousa na sobreposição das garantias previstas no parágrafo único do art. 466 do CPC.

A expressiva intervenção que o instituto da hipoteca judiciária produz na esfera patrimonial do réu revela-se mais eficaz pela lícita sobreposição às demais garantias previstas no parágrafo único do art. 466 do CPC em favor do vencedor da demanda condenatória⁽⁴⁵⁾.

sobre os imóveis do condenado, e, assim, o poder do autor de fazer inscrevê-la mediante simples mandado do juiz.”

(43) MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil*: comentado artigo por artigo. 4 ed. São Paulo: RT, 2012. p. 445.

(44) A ementa é citada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, nos comentários ao art. 466 do CPC, na obra *Código de Processo Civil comentado*. 10 ed. São Paulo: RT, 2007. p. 677.

(45) Na doutrina, há autores que sustentam a aplicação da hipoteca judiciária mesmo quando a demanda não seja condenatória. É o caso de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. Para esses autores, o fato de a demanda mandamental poder vir a ser resolvida mediante indenização justifica o entendimento pela

Isso porque o registro da hipoteca judiciária constituída pela sentença condenatória não exclui outras garantias que a ordem jurídica outorga ao vencedor da demanda; portanto, a hipoteca judiciária acumula-se com medida cautelar de arresto e com execução provisória, sem que resulte *bis in idem* dessa sobreposição de garantias que a ordem jurídica outorga ao vencedor da demanda⁽⁴⁶⁾. É nesse sentido o magistério de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira: “A hipoteca judiciária pode ser efetivada ainda que a condenação contida na sentença seja ilíquida e careça de posterior liquidação (art. 466, parágrafo único, I, CPC). Deve ser efetivada também ainda que haja outros bens arrestados em garantia do mesmo crédito (art. 466, parágrafo único, II, CPC).”⁽⁴⁷⁾

A conclusão não se altera pelo fato de o processo do trabalho exigir depósito recursal como pressuposto objetivo de admissibilidade dos recursos do empregador na fase de conhecimento (CLT, art. 899, §§ 1º e 2º).⁽⁴⁸⁾

aplicabilidade da hipoteca Judiciária também nessa espécie de demanda. Vale conferir o que dizem os referidos autores, que se caracterizam por uma concepção teórica dirigida a outorgar à jurisdição a máxima eficácia possível: “Na realidade, havendo possibilidade de resolver-se a obrigação originária em perdas e danos, a sentença de procedência produz a constituição de hipoteca judiciária. Daí a razão pela qual não só a sentença condenatória ao pagamento de quantia tem por eficácia anexa a constituição de hipoteca judiciária, mas também a sentença mandamental que impõe um fazer ou não fazer (art. 461, CPC) e a sentença executiva *lato sensu* que tem por objeto a tutela do direito à coisa (art. 461-A, CPC), porque em todos esses casos a tutela específica pode acabar se tornando de impossível obtenção, não restando ao demandante outra saída que não a obtenção de tutela pelo equivalente monetário (arts. 461, § 1º, e 461-A, § 3º, CPC).” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil*: comentado artigo por artigo. 4 ed. São Paulo: RT, 2012. p. 445.)

(46) ZANGRANDO, Carlos. *Processo do Trabalho — Processo de conhecimento*. vol. 2. São Paulo: LTr, 2009. p. 1.240.

(47) *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 376.

(48) Não há exclusão de garantias. As garantias previstas no parágrafo único do art. 466 do CPC combinam-se em favor do credor. Como preleciona Antônio

A garantia do depósito recursal soma-se às demais garantias previstas no parágrafo único do art. 466 do CPC. Estabelecida em lei, a exigência de depósito recursal corresponde à assimetria da relação de emprego e justifica-se em face da natureza alimentar do crédito trabalhista reconhecido na sentença condenatória⁽⁴⁹⁾, crédito representativo de direito fundamental social (CF, art. 7º).

Em outras palavras, o vencedor da demanda condenatória pode se valer, simultaneamente, de hipoteca judiciária, de arresto e de execução provisória (CPC, art. 466, parágrafo único, II e III), ainda que a condenação seja genérica (I), hipótese em que se observará o valor arbitrado à condenação para efeito de registro da hipoteca judiciária⁽⁵⁰⁾. Os emolumentos cartorários ficam "... por conta de devedor condenado", conforme o magistério de *Pontes de Miranda*⁽⁵¹⁾.

5. Conclusão

A hipoteca judiciária pode contribuir para combater o principal problema do sistema

judicial: a falta de efetividade da jurisdição. A falta de efetividade da jurisdição aparece de forma incontornável no expressivo número de processos trabalhistas arquivados com dívida na fase de execução⁽⁵²⁾.

Se é certo que fatores metajurídicos⁽⁵³⁾ contribuem para conformar o quadro de falta de efetividade da jurisdição, também é certo que as potencialidades do direito positivo devem ser otimizadas — e redescobertas — para melhorar a *performance* da jurisdição trabalhista.

Para tanto, é necessário combinar todas as medidas legais capazes de dotar a jurisdição de maior poder de coercibilidade, na fase de execução. Entre as medidas previstas no direito positivo para aumentar a efetividade da execução, está a hipoteca judiciária prevista no art. 466 do CPC. Mas a hipoteca judiciária não deve ser considerada de forma isolada. Aplicar apenas a hipoteca judiciária é insuficiente à efetividade da execução. A efetividade da execução reclama a aplicação articulada das diversas medidas de coerção previstas em lei para fazer cumprir as decisões judiciais. Em outras palavras, é necessário aplicar a hipoteca judiciária, ao lado de outras medidas previstas no direito positivo, para tornar a execução mais efetiva.

Combinada com outras medidas legais como a remoção imediata dos bens móveis penhorados (CPC, art. 666, II), a atribuição de efeito não suspensivo aos embargos à execução (CPC, arts. 475-M e 739-A), a alienação antecipada de bens (CPC, arts. 670 e 1.113), o

Álvares da Silva, "Essas duas providências – depósito e hipoteca judiciária – nada têm a ver com a penhora proveniente de execução provisória, pois cada uma das três medidas têm uma proveniência jurídica diversa e se superpõem sem nenhum *bis in idem*." (*Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007. p. 104.)

(49) A exigência de depósito recursal constitui traço identificador da autonomia científica do direito processual do trabalho.

(50) SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 427: "... mesmo no caso de condenação genérica, portanto, ilíquida, a sentença produz hipoteca judiciária (art. 466, parágrafo único, n. I), valendo o valor da causa para os efeitos da inscrição."

(51) PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 118: "As custas de inscrição são por conta do devedor condenado." No mesmo sentido, CAVALARO NETO, Arlindo. A sentença trabalhista como título constitutivo de hipoteca judiciária. In: SANTOS, José Aparecido dos (Coord.). *Execução Trabalhista*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 496: "As despesas com o registro da sentença como hipoteca judiciária serão computadas na conta geral do crédito exequendo e cobradas do executado."

(52) Os dados divulgados pelo TST revelam que no ano de 2011 tramitavam 2.926.413 processos na fase de execução no país. Desses, 2.118.325 processos permaneceram tramitando, enquanto que 808.088 processos foram arquivados com dívida no ano de 2011. As estatísticas dos anos anteriores guardam a mesma proporção entre o número de processos em tramitação e o número de processos arquivados com dívida. Esses números indicam a baixa efetividade da jurisdição.

(53) Entre os fatores metajurídicos, estão os fatores de macroeconomia, a legislação, a terceirização de serviços e outros.

redirecionamento da execução contra os sócios mediante a desconsideração da personalidade jurídica de ofício (CC, art. 50; CPC, art. 592, II e art. 596; CDC, art. 28, *caput* e § 5º), o protesto extrajudicial da sentença (Lei n. 9.492/97, art. 1º) e a pesquisa de ofício de bens por meio de ferramentas eletrônicas (CLT, arts. 765 e 878), a hipoteca judiciária contribui para melhorar a *performance* da execução trabalhista. São ferramentas a serem utilizadas de forma combinada, para reforçar a capacidade de coerção própria à execução forçada, a qual se impõe em face da recusa do réu em cumprir a obrigação de forma espontânea.

A preeminência que a ordem jurídica confere aos créditos trabalhistas (CF, art. 100, § 1º; CTN, art. 186; CLT, art. 449, § 1º) implica uma hermenêutica que extraia a máxima eficácia da norma do art. 612 do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho (CLT, art. 769). Se no âmbito do processo comum está positivada, na condição de regra geral, a norma de que *a execução realiza-se no interesse do credor* (CPC, art. 612), não pode haver dúvida de que essa regra geral deve operar com maior profundidade no âmbito do processo do trabalho, de modo a produzir uma clara opção pelo princípio da execução mais eficaz, em detrimento da exceção da execução menos gravosa (CPC, art. 620)⁽⁵⁴⁾. É nesse contexto hermenêutico que a hipoteca judiciária pode emergir como instrumento de efetividade da jurisdição trabalhista.

Se nos faltava motivo para (re)descobrir o instituto da hipoteca judiciária, já não falta mais: as consequências jurídicas decorrentes da Súmula n. 375 do STJ exigem o resgate da hipoteca judiciária como medida legal voltada a inibir a fraude à execução, fraude que agora tende a generalizar-se. Essa é apenas uma das

virtudes do instituto, quase tão importante quanto o direito de sequela que a hipoteca judiciária cria para o vencedor da demanda, permitindo-lhe executar o bem hipotecado judiciariamente ainda que já tenha sido transferido para terceiro (nesse caso, terceiro adquirente de má-fé).

6. Referências bibliográficas

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Sentença e coisa julgada*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAVALARO NETO, Arlindo. A sentença trabalhista como título constitutivo de hipoteca judiciária. In: SANTOS, José Aparecido dos (Coord.). *Execução Trabalhista*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2010.

CHAVES, Luciano Athayde. Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. A execução trabalhista não se submete ao princípio da execução menos gravosa – Um olhar contemporâneo para a execução trabalhista efetiva. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*. n. 39. Porto Alegre: HS Editora, 2011.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 4 ed. São Paulo: RT, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10 ed. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Execução na Justiça do Trabalho*. 6 ed. São Paulo: RT, 2008.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

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

SILVA, Fábio Luiz Pereira da. *Necessária revisão da aplicabilidade da hipoteca judiciária no processo*

(54) CLAUS, Ben-Hur Silveira. A execução trabalhista não se submete ao princípio da execução menos gravosa – Um olhar contemporâneo para a execução trabalhista efetiva. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*. n. 39. Porto Alegre: HS Editora, 2011. p.101.

judiciário do trabalho. São Paulo. In: *Revista LTr*, v. 75, n. 8, p. 959-962, ago. 2011.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. vol. II. São Paulo: LTr, 2009.

_____. *Execução no processo do trabalho*. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013.

ZANGRANDO, Carlos. *Processo do Trabalho – Processo de conhecimento*. vol. 2. São Paulo: LTr, 2009.

Autonomia privada no direito do trabalho: o resgate da individualidade do sujeito trabalhador

Rodrigo Trindade de Souza^(*)

Resumo:

- ▶ O Direito do Trabalho justifica-se e individualiza-se na necessidade de romper com as determinantes da vontade, próprias do liberalismo individualista. A Autonomia da Vontade é princípio que segue incompatível, mas, mesmo no Direito Obrigacional, não mais tem seu conteúdo integralmente reconhecido como válido, vez que, contemporaneamente, a ética individualista cede espaço para a ética social. A Teoria do Contrato Realidade de Mario De La Cueva tem notável importância de apartar o contrato de emprego de outros pactos obrigacionais, bem como reafirmar a necessidade de proteção. Deve-se, todavia, revitalizar o aporte do comportamento concludente a partir da identificação de manifestação de vontade do trabalhador a partir da realização de condutas reconhecidas socialmente como formadoras do pacto. A Autonomia Privada reavalia o papel da manifestação volitiva do empregado no conteúdo dos contratos, conseguindo englobar nas questões de natureza não patrimonial elementos de matriz social e pessoal. É importante identificar e valorar a vontade do trabalhador no pacto de emprego, como meio de garantir individualidade, proteger em concreto a dignidade e garantir o *status* de cidadão.

Palavras-chave:

- ▶ Direito do Trabalho — Direito privado — Direito obrigacional — Autonomia da vontade — Autonomia privada — Comportamento concludente — Contrato-realidade — Manifestação de vontade.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O papel da vontade na teoria contratual clássica. Autonomia da vontade
- ▶ 3. O Direito do Trabalho e a minoração da vontade na fixação da relação jurídica

(*) Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Mestre em Direito pela UFPR, Especialista em Direito do Trabalho pela Unibrasil, Especialista en Derecho Laboral pela UDELAR (Uruguay). Professor na Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul (Femargs).

- 4. A teoria do comportamento concludente, de Mario De La Cueva
- 5. Novos rumos da vontade no Direito Obrigacional: a autonomia privada
- 6. A atualidade da importância da vontade do trabalhador no contrato de emprego
- 7. Conclusões
- 8. Referências

1. Introdução

Poucos elementos do mundo jurídico se perpetuaram mais como instituição, e variaram de forma mais intensa em seu conteúdo, que o contrato. A historicidade dos pactos passa pela dogmática intransigente da forma, pelo alcance dos extremos absolutos de definição de conteúdo, pela colonização das mais diversas operações, até alcançar a vinculação ao “social”. A partir daí, adentra na amenização de seus contornos e, em aparente paradoxo, chega na contemporaneidade da ampliação de horizontes e funções.

A inserção do Direito do Trabalho no grande campo do Direito Privado não impediu a formação de diversas — e bem fundadas — críticas à aplicação de referências principiológicas do Direito Obrigacional. Em especial, é a utilidade de identificação de vontade individual manifestada pelo trabalhador o elemento que provoca fortes críticas ao estudo. Afinal, os conteúdos da relação de emprego são formados mais por necessidades indeclináveis do operário que efetivamente por opções de vontade pessoal.

O objetivo deste estudo está longe de negar as determinantes sociológicas e econômicas da relação instrumentalizada pelo contrato de emprego. Ao contrário, parte da referência do trabalhador como ente hipossuficiente e da necessidade de preservação de contrato mínimo em constante ampliação. Mas especialmente preocupa-se em apresentar possíveis utilidades ao progresso do Direito Laboral na aplicação dos conceitos de autonomia privada. Nessa tarefa de “reumanização do contrato de emprego”, principalmente, buscaremos vincular as

ideias de comportamento concludente, valoração social dos contratos individuais, ampliação das referências jusfundamentais e valorização das necessidades obreiras individuais.

2. O papel da vontade na teoria contratual clássica. Autonomia da vontade

Com poucas variações, a doutrina jurídica ocidental reconhece a existência de três princípios contratuais clássicos: autonomia da vontade, obrigatoriedade e relatividade. De modo geral, todos se baseiam numa ideologia mercantil e na reserva ao indivíduo da valoração a partir de uma concepção estritamente proprietária.

A autonomia da vontade é sustentada por dois grandes suportes de ordens filosóficas e econômicas: o individualismo e o liberalismo. Entre os séculos XVIII e XIX, os ideais do Iluminismo foram rapidamente apropriados pela burguesia, tomando a forma do liberalismo econômico e da ossatura estatal aparentemente abstencionista. Como reflexo e suporte dos novos modos de organização de Estado e sociedade, seguiu-se uma orientação individualista, em que o paradigma legal era o princípio da igualdade formal, abstraindo-se a realidade marcada por profundas diferenças sociais e econômicas. A sociedade, para o Direito Privado, era a constituída por pessoas igualmente livres, uma sociedade de proprietários, na qual os que não eram detentores dos meios de produção ou do capital eram, ao menos, proprietários da força de trabalho.

O projeto revolucionário burguês dos séculos XVIII e XIX exigia uma grande reificação do mundo. O negócio jurídico, mais do que

singelo instrumento de circulação de riqueza, passou a ser fundamentado na vontade livre e soberana manifestada pelo indivíduo. Se as trocas eram necessárias para a sobrevivência da burguesia, também era necessário que todos se vissem iguais para intercambiar. Neste ambiente, o contrato animado pela autonomia da vontade passa a ser o centro de todo o regime jurídico.

Os indivíduos passam a ser vistos como dotados de ampla autonomia para definição de praticamente a integralidade do regulamento contratual. A autonomia, ensina BETTI, é apresentada como autoridade, e como *potestas*, de autorregulamentação dos próprios interesses e relações exercidas pelo titular⁽¹⁾.

Nessa qualidade, é reconhecida pela ordem jurídica, equiparando a vontade à própria lei. Reserva-se ao Estado apenas a função de permitir a livre manifestação de seu querer, garantindo a liberdade contratual, ou seja, reconhecer e tutelar juridicamente o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração, os efeitos de sua vontade.

O voluntarismo clássico atribuía à vontade o papel de fonte mais importante para a criação do regulamento do contrato, ao ponto de ignorar a existência anterior do direito objetivo⁽²⁾. Em termos gerais, autonomia da vontade passou a definir o poder atribuído ao querer individual de reger as relações jurídicas, como forma de satisfazer seus interesses.

A autonomia da vontade aparece como instrumentalização do direito contratual no *dogma* da liberdade contratual. Em KANT, encontramos o princípio — *universalizado* pelo Iluminismo — que normalmente aceitamos de forma intuitiva de que “a liberdade de cada um termina onde começa a dos demais”. CAPELLA lembra que a fórmula, como código de conduta, parece justa; mas é paradoxal quando

se examina o ponto de vista das condições de *realizabilidade*⁽³⁾. Ocorre que a perspectiva da autonomia privada implementada pelo liberalismo não diz respeito com as condições potenciais de realização da liberdade, mas na concepção da liberdade de forma juridicamente imanente.

CAPELLA também evidencia a existência de um paradoxo: a gênese da liberdade que têm os indivíduos é invertida no modo da ética individualista de concebê-la, sempre a respeito “dos outros”. As possibilidades de liberdade, adverte, estão em função das possibilidades de liberdade de todos, de modo que quem abusa contra alguém, a todos prejudica. Todavia, o iluminismo não vê dessa forma, porque aplica o que o autor chama de *razão inacabada*: para a razão ilustrada, o âmbito do abuso por excelência é o das relações interindividuais, e que não se confunde com a “ética social”⁽⁴⁾.

Embora a autonomia privada se exponha em termos gerais, como princípio absoluto, ela nunca foi ilimitada. A liberdade conferida sempre encontrou barreiras nas ideias de ordem pública e bons costumes. Também teve o requisito da vontade ser exposta sem vícios psicológicos, além de observar para a validade do contrato objeto lícito e possível, forma não prescrita ou não defesa em lei.

3. O Direito do Trabalho e a minoração da vontade na fixação da relação jurídica

A história do Direito do Trabalho é a história do afastamento da plena liberdade de contratar, no rumo da consagração da formação de uma ordem obrigacional privada estatal cogente e indeclinável. Assim, se estabelece com o objetivo de promoção de igualdade entre pessoas, o que BARBAGELATA chama de particularismo essencial do Direito do Trabalho e que termina por supor importantes

(1) BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. p. 97.

(2) GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: RT, 1980. p. 7.

(3) CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 36.

(4) *Ibidem*, p. 37.

restrições à liberdade daqueles que recebem e desempenham o labor⁽⁵⁾.

Ainda assim, de forma corrente, embora não unânime, reconhece-se o Direito do Trabalho como espécie do Direito das Obrigações, supondo o contrato como figura central. Por meio dele concretizam-se todas as outras fontes normativas, da Constituição ao regulamento de empresa⁽⁶⁾.

Como se disse, a afirmação de que a relação de emprego se desenvolve a partir de um contrato, com diversos fatores de correspondência com o concebido no Direito Civil, não é pacífica⁽⁷⁾.

(5) BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009. p. 20.

(6) MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 201.

(7) JOSÉ MARTINS CATHARINO rememora com propriedade as principais teorias sobre a natureza da relação de emprego: a) *Teoria anticontratualista*. A vontade do empregado é extremamente reduzida, limitando o liame obrigacional em um dever de fidelidade produzido a partir do trabalho como fato. Numa lembrança das relações de *status*, mascara-se uma concepção comunitária da empresa, de esforço conjunto para atingimento dos interesses de produção. É evidente uma tentativa de mascaramento de luta de classes e dominação, sob a ideia da colaboração entre iguais. b) *Teoria acontratualista (paracontratualista)*. A relação de emprego é determinada singelamente pela integração na empresa, num ato bilateral, independentemente da formalização do contrato. Há semelhança com a opção brasileira do art. 442 da CLT, pois identifica a relação de emprego com o próprio contrato. c) *Teorias contratualistas*. A vontade é tida como essencial para o estabelecimento da relação de emprego. O contrato de emprego é, portanto, submetido aos princípios comuns dos demais contratos do direito privado. Omite-se, todavia, que a essencialidade da prestação de trabalho, como forma de obtenção de condições de sobrevivência, reduz intensamente a autonomia das partes. d) *Teoria institucional impura*. Reconhece que a relação de emprego é cada vez mais “estatutária”, diante da intervenção do estado no dirigismo das condições mínimas. Mas não nega a contratualidade da relação de emprego, na singeleza da constatação da opção política de nosso tempo. (CATHARINO, José Martins. *Compêndio universitário de direito do trabalho*. v. 1, São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972. p. 225 e seguintes)

Mesmo no magistério de DE FERRARI, a chamada *instituição*, como forma de definir o liame entre trabalhador e empresa, não exclui de forma completa a vontade. Afirma o autor que, no fundo, a instituição não difere muito do contrato, porque ambas noções jurídicas movem-se de certa forma dentro da esfera da autonomia da vontade e constituem distintos modos de autodeterminação ou formas de expressar livremente o querer individual⁽⁸⁾.

Certo é que o contrato, enquanto elemento exteriorizador da força vinculante da vontade individual, é construção forjada junto ao *Code*, dentro do projeto de um sistema jurídico privado para atos de circulação livre de riqueza⁽⁹⁾.

A Consolidação das Leis do Trabalho não define o contrato de emprego. Na leitura dos artigos 2º e 3º pode-se intuir as categorias de empregado e empregador, sujeitos que com essas características entabulam a específica modalidade pactual. A larga regulamentação estatal no estabelecimento de um contrato mínimo legal, cogente e irrenunciável diminui consideravelmente as matérias que podem ser objeto de livre acordo entre empregado e empregador.

De fato, a instrumentalização da relação de emprego, conforme estabelecido no art. 444 da CLT, outorga espaço bastante limitado para o exercício da força da vontade dos contratantes. Essa característica de baixa valorização do elemento volitivo — em grande parte definidora da autonomia da relação de emprego entre as demais relações jurídico-obrigacionais — torna intuitiva a crítica ao *contratualismo* no trabalho subordinado.

Como identificado acima, segundo a doutrina da autonomia da vontade, a liberdade de contratar se baseava na igualdade formal

(8) DE FERRARI, Francisco. *Lecciones de derecho del trabajo*. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica: Montevideo, 1964. p. 9.

(9) ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 46-47.

assegurada pelo ordenamento. O direito obrigacional, herdeiro do liberalismo, parte do pressuposto da igualdade das partes; sua origem repousa no conceito revolucionário-burguês de cidadão e na prévia concepção ideológica de que todos são iguais perante a lei. No Direito do Trabalho, as partes são desiguais, no sentido de que a desigualdade possa promover a igualdade de oportunidades, transformando a realidade empírica em fato jurídico conhecido⁽¹⁰⁾.

Esses dois institutos, liberdade e negócio jurídico têm influenciado profundamente o Direito do Trabalho brasileiro⁽¹¹⁾. Diante da desigualdade de fato reconhecida, há dificuldade de se afirmar uma ampla liberdade do indivíduo trabalhador na entabulação do contrato de emprego: o querer contratar, escolha do co-pactuante e estabelecimento do conteúdo da avença. A liberdade pregada pelo liberalismo individualista, lastreadora da autonomia da vontade, não dá conta de explicar a complexidade do fato da prestação do trabalho humano por conta da sobrevivência. Sobrevivência tanto do homem que trabalha, como do próprio sistema capitalista de mercado.

Esta preocupação é encontrada já em LARENZ, o qual identifica situações em que, pela imposição da necessidade, não se pode encontrar uma efetiva liberdade contratual quando o indivíduo está impossibilitado de definir o conteúdo do pacto. Tal ocorre quando a necessidade impõe a formação do pacto, como nos contratos com serviços públicos, proibição de contratos que prejudiquem a moral e os bons costumes e obrigações de contratar derivadas da economia dirigida⁽¹²⁾.

Não há dúvidas de que a exigência da vontade, retoma-se, é inegável óbice à caracterização do contrato de emprego como espécie de negócio jurídico. De forma muito evidente, verifica-se que não pode existir vontade real do trabalhador, muito menos livre, quando este não tem a possibilidade de discutir condições elementares da relação, como até mesmo o valor do salário.

É importante reconhecer a utilidade da crítica. A inaptidão do contrato clássico para regular o trabalho subordinado é suposição inafastável, desde a consagração da própria autonomia do Direito do Trabalho⁽¹³⁾. Em tempos de retorno de velhas doutrinas liberais, a afirmação da necessidade de proteção dos direitos dos trabalhadores também passa pela reafirmação de que empregado e empregador jamais terão a mesma potência da definição do regulamento contratual.

As críticas desses notáveis doutrinadores são válidas na importância de afirmar o contrato de emprego com características próprias do restante do direito obrigacional. Mas, como veremos a seguir, ao subtrair todo o elemento volitivo na formação do vínculo de emprego, retira-se a importância do progresso da autonomia privada sobre a autonomia da vontade.

(13) Neste sentido, refere AVELÂS NUNES que “em primeiro lugar, os trabalhadores não são livres para contratar (o que chama atenção para a especificidade deste contrato, tal específico que, em regra, não é hoje celebrado entre o indivíduo-trabalhador e o indivíduo-patrão, mas entre o sindicato representativo dos trabalhadores e a associação representativa dos patrões), pela simples mas decisiva razão de que, sendo juridicamente livres de dispor contratualmente sua força de trabalho, os trabalhadores são também ‘livres de tudo — como sublinha Marx — completamente desprovidos das coisas necessárias à realização da sua potência de trabalho’. E esta última circunstância transforma aquela liberdade de contratar em necessidade de contratar: os trabalhadores são economicamente obrigados a trabalhar para sobreviver, ao contrário dos patrões que podem viver sem trabalhar. Não estão, pois, em posição de igualdade os dois permutantes deste tipo de ‘trocas’ (sem dúvida as mais importantes do modo de produção capitalista). AVELÂS NUNES, Antonio José. *Noção e objeto da economia política*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 60.

(10) GENRO, Tarso. *Introdução à crítica do direito do trabalho*. Porto Alegre: L & PM, 1979. p. 90-91.

(11) BARACAT, Eduardo Milléo. A vontade na formação do contrato de trabalho: o problema do negócio jurídico. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; Gunther, Luiz Eduardo. *O impacto do novo Código Civil no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 247.

(12) LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. v. 1. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1958. p. 66-73.

E, além disso, acaba por render-se ao economicismo da relação de emprego, afastando o papel de dignidade e emancipação para o trabalhador. Trata-se de conquistas que são, justamente, alcançadas no respeito à individualidade do empregado contratado.

4. A teoria do comportamento concludente, de Mario De La Cueva

É conhecida e muito aceita na América Latina a doutrina de Mario De La Cueva, a qual remodela o contratualismo trabalhista a partir da teoria do contrato realidade. Busca, em essência, afastar em definitivo as conformações da autonomia da vontade na ossatura da relação de trabalho. A grande preocupação é a distinção do contrato de emprego dos contratos clássicos de direito civil, como forma de preservação e proteção do indivíduo trabalhador⁽¹⁴⁾. Para tanto, opta por retirar a própria contratualidade do campo da relação de emprego. Sua doutrina é exposta na obra *Derecho Mexicano del Trabajo*⁽¹⁵⁾, de onde, adiante, retiraremos as características básicas.

(14) “Hay, consecuentemente, una diferencia esencial entre la relación de trabajo y los contratos de derecho civil: En éstos, la producción de los efectos jurídicos y la aplicación del derecho, solamente dependen del acuerdo de voluntades, en tanto en la relación de trabajo es necesario el cumplimiento mismo de la obligación del trabajador; de lo cual se deduce que en el derecho civil el contrato no está ligado a su cumplimiento, en tanto la relación de trabajo no queda completa si no es a través de su ejecución. La razón de esta distinta condición nos parece radicar en la circunstancia de que el derecho civil, en su parte de obligaciones y contratos, está destinado a regular el tránsito de las cosas de un patrimonio a otro y, por tanto, tiene que partir de un acuerdo de voluntades; este acuerdo de voluntades es el objeto de la protección de un acuerdo de voluntades; este acuerdo de voluntades es el objeto de la protección legal y tiene que ser así, porque nadie puede quedar obligado sino en la medida de su voluntad. El derecho del trabajo protege a la persona del trabajador, independientemente de su voluntad o de la del patrono y por eso rige imperativamente la prestación de servicios, con independencia de su origen; o dicho en otros términos, la esencia del derecho del trabajo está en la protección al hombre que trabaja independientemente de la causa que haya determinado el nacimiento de la relación jurídica.” DE LA CUEVA, *op. cit.*, p. 456.

(15) DE LA CUEVA, Mario. *Derecho mexicano del trabajo*. México: Editorial Porrúa, 1970. p. 455.

O mestre mexicano afirma que a identificação de uma relação de emprego deve ser buscada a partir da execução de atos materiais de trabalho, a inserção subordinada do sujeito no empreendimento. Explica que assim ocorre, porque a essência do Direito do Trabalho está na proteção do homem, independentemente da causa da relação jurídica⁽¹⁶⁾. Por consequência, a relação de emprego pode existir contra a vontade do empregador, mas não pode se perfectibilizar sem a vontade do empregado.

A teoria do contrato realidade de DE LA CUEVA tem a importância histórica de reafirmar a diferença da relação de emprego das demais relações de direito obrigacional⁽¹⁷⁾, como forma de proteção do indivíduo mais fraco. Igualmente, é valorada, porque justifica essa opção de negação de contratualidade na ideia de vinculação do trabalho realizado com indivíduo trabalhador e, dessa forma, reafirmar o primado da dignidade humana⁽¹⁸⁾.

(16) “No ocurre lo mismo en la relación de trabajo, pues los efectos fundamentales del derecho del trabajo principian únicamente a producirse a partir del instante en que el trabajador inicia la prestación del servicio, de manera que los efectos jurídicos que derivan del derecho del trabajo se producen, no por el simple acuerdo de voluntades entre el trabajador y el patrono, sino cuando el obrero cumple, efectivamente su obligación de prestar un servicio. En otros términos expresado: el derecho del trabajo, que es un derecho protector de la vida, de la salud y de la condición económica del trabajador, parte del supuesto fundamental de la prestación del servicio y es, en razón de ella, que impone al patrono cargas y obligaciones.” DE LA CUEVA, *op. cit.*, p. 455.

(17) A teoria do contrato-realidade é tão importante para De La Cueva, que, em sua doutrina, torna-se o elemento diferenciador da relação de trabalho com outras relações jurídicas obrigacionais no Direito Privado: “La relación de trabajo es el conjunto de derechos y obligaciones que derivan, para trabajadores y patronos, del simple hecho de la prestación del servicio. Esta idea de la relación de trabajo produce la plena autonomía del derecho del trabajo: en efecto, el derecho civil de las obligaciones y de los contratos está subordinado en su aplicación a la voluntad de los particulares, en tanto la aplicación del derecho del trabajo depende de un hecho cualquiera haya sido la voluntad de trabajador y patrono.” DE LA CUEVA, *op. cit.*, p. 457.

(18) Em Tarso Genro, encontramos uma ampliação da teoria do contrato-realidade: “O contrato de trabalho é um

Entretanto, mesmo na doutrina do professor da UNAM, não há uma completa negação da vontade do trabalhador:

La exposición que antecede no debe conducir a la conclusión de que el acuerdo de voluntades entre un trabajador y un patrono para la prestación de servicios esté desprovisto de efectos, pues de ser así resultaría un acto inútil. Estos efectos consisten, respecto del trabajador, en la obligación de ponerse a disposición del patrono para que éste utilice la fuerza de trabajo prometida y, tocante al patrono, en la obligación de permitir al trabajador que desempeñe el empleo que se hubiese ofrecido, a fin de que pueda obtener las ventajas económicas pactadas en el contrato o consignadas en la ley.⁽¹⁹⁾

O reconhecimento de que algumas relações jurídico-privadas obrigacionais desenvolvem-se a partir de meros comportamentos, sem vontade expressamente verbalizada ou escrita, não necessariamente afasta o reconhecimento da contratualidade. Tal entendimento é corrente mesmo na doutrina civilista, como se vê adiante.

Leciona BETTI que um determinado comportamento, dentro de certo ambiente social, ainda que não tenha a intenção de dar conhecimento de uma relação jurídica, pode adquirir significado e valor de declaração, na medida em que torna reconhecível uma posição em própria relação jurídica⁽²⁰⁾. Para o catedrático da Universidade de Roma, pode-se admitir

contrato-realidade num sentido bem mais amplo do que defende Mario De La Cueva. É um contrato-realidade, não simplesmente por ser mera execução, mas sim porque suas determinações histórico-concretas, decorrentes do processo de produção, existem como forma jurídica e relação de poder, num mesmo ato, que impede as partes, mormente ao trabalhador (que tem apenas sua força de trabalho) de escolher outras condições de sobreviver, que não as determinadas pelas necessidades da produção, ou seja, através do contrato de trabalho.” GENRO, Tarso. *Introdução à crítica do direito do trabalho*. Porto Alegre: L & PM, 1979. p. 76-77.

(19) DE LA CUEVA, *op. cit.*, p. 457.

(20) BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. p. 267-268.

que mesmo o silêncio, como ausência de uma manifestação positiva, valha, todavia, como negócio jurídico⁽²¹⁾.

Também ROPPO compreende a força vinculativa de um comportamento. Estabelece que proposta e a aceitação de um contrato são declarações de vontade. Para que este querer possa produzir efeitos jurídicos, deve ser tornada socialmente conhecida; precisa que haja declaração, ou pelo menos manifestação para o exterior. Outros sinais, além da linguagem podem ser utilizados para tanto⁽²²⁾. Explica o professor genovês que há situações em que a vontade não se manifesta pela comunicação, mas resulta de comportamentos do sujeito, numa *manifestação tácita de vontade*. Contudo, adverte que o silêncio não é equiparável à declaração de vontade, pois antes são as próprias ações (desacompanhadas da palavra) que manifestam a vontade⁽²³⁾.

Na doutrina lusófona, PAULO DA MOTA PINTO perfila-se entre os que reconhecem a possibilidade de um comportamento concludente ser suficiente para a formação de um negócio jurídico. Para o autor, não há necessidade de averiguação da vontade real, mas sim de se buscar na conduta praticada um conjunto de circunstâncias que possa outorgar significação ao negócio jurídico⁽²⁴⁾.

(21) BETTI, *op. cit.*, p. 272-273.

(22) ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 93.

(23) Nesse sentido, já se manifestou LARENZ: “La declaración de las partes, en particular la aceptación de la oferta, no precisa hacerse ‘expresamente’ mediante palabras o signos comprensibles; puede producirse también ‘tácitamente’, es decir, al través de una conducta, que, de acuerdo con las circunstancias, pueda ser interpretada por otra parte como expresión del consentimiento (los llamados ‘actos concluyentes’). (...) Em determinadas circunstancias há reglamentado la ley los efectos del silencio con independencia del significado que al mismo debe darse por medio de la interpretación. En tales casos el silencio no há de contemplarse como una modalidad especial de la declaración. Trátase de los casos en que el silencio haya de entenderse como declaración típica de determinado contenido.” LARENZ, Karl, *op. cit.*, p. 86-87.

(24) PINTO, Paulo da Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 412.

O contrato de trabalho insere-se na principiologia do direito das obrigações. O aporte doutrinário do comportamento concludente permite acolher a postura contratualista da vontade, ainda que com o consenso. Trata-se, todavia, de investigar o que é o acordo contratual, para que não se caia numa posição contratualista tradicional, compreensiva do contrato de emprego como simples desdobramento de relações obrigacionais de natureza civil⁽²⁵⁾.

DALLEGRAVE NETTO chama atenção de que a adoção pelo Código Civil Brasileiro da “vetusta” Teoria do Negócio Jurídico não significa que se mantenha a vontade como pedra de toque de sua caracterização. O novel diploma o faz sob nova feição, esteada em um quadro axiológico constitucional, mais social e com forte preocupação ética e solidária. Para este autor, a noção do contrato de emprego como categoria de negócio jurídico é a que faz prevalecer a figura do *contrato dirigido*, o que equivale a passagem da autonomia privada para o solidarismo social⁽²⁶⁾.

Em TARSO GENRO, reencontramos a ideia de que a necessidade do trabalhador em se vincular subordinadamente a uma ação empresarial, vendendo seu trabalho, não afasta o caráter contratual da relação. A relação contratual é, sem dúvida, de natureza contratual, ainda que sob o império da necessidade. A liberdade que possui a classe trabalhadora não se esgota na mera igualdade jurídica formal, mas deve ser entendida como um processo de apropriação, pelo próprio homem trabalhador, da sua própria vida⁽²⁷⁾.

Desta forma, vemos que a inadequação de institutos não se processa entre a relação de

emprego e o negócio jurídico, mas entre o negócio jurídico e a autonomia da vontade⁽²⁸⁾. No momento em que se adapta o negócio jurídico à autonomia privada, há uma facilitação de conjugação de valores e permite-se reconhecer o comportamento concludente como inserido numa realidade de negócio jurídico trabalhista.

Também ALDACY COUTINHO consegue enxergar a doutrina de Mario De La Cueva como uma apreensão doutrinária que enquadra o contrato de trabalho como expressão da autonomia da vontade, “ainda que de forma tácita, levando à necessária apreensão jurídica da prestação de trabalho subordinado em equivalência de posturas relacionistas ou contratualistas”. Para a professora da UFPR, a teoria do contrato realidade deve ser reapreciada a partir de um contrato construído a partir da teoria da autonomia privada, por comportamento concludente⁽²⁹⁾.

O aporte doutrinário do comportamento concludente revitaliza a teoria do contrato-realidade. Possibilita-se que haja a formação de um contrato de emprego por meio de uma declaração de vontade não verbalizada, mas tornada incontestada a partir de um comportamento reconhecido socialmente como formador de uma relação jurídica obrigacional.

Para formação do contrato de emprego por comportamento concludente, basta que, por um lado, o trabalhador comporte-se como legítimo empregado, inserindo-se pessoal,

(25) GENRO, Tarso Fernando. *Direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994. p. 90.

(26) DALLEGRAVE NETTO, José Affonso. Nulidade do contrato de trabalho e o Novo Código Civil. In: DALLEGRAVE NETTO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo. *O impacto do Novo Código Civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 87-88.

(27) GENRO, Tarso Fernando. *Introdução à crítica do direito do trabalho*. São Paulo: L & PM, 1979. p. 76.

(28) “É viável ainda dotar-se a contratualidade como explicação jurídica para a relação de emprego, desde que superada a deturpada e ultrapassada concepção da contratualidade como da autonomia da vontade, reconhecendo-se no contrato de trabalho a atuação direta do Estado na preservação do interesse público e a constituição da relação jurídica pelo comportamento concludente dos sujeitos ou, se assim optar, das situações jurídicas patrimoniais e existenciais.” COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 181.

(29) COUTINHO, Aldacy. *Função social do contrato individual do trabalho*, p. 42-43.

continua e subordinadamente numa atividade empresarial, sob intenção de recebimento de salário. De outra banda, deverá o empresário receber passivamente o trabalho prestado e remunerar, ou prometer remunerar, o serviço. Desse processo, há a formação de um efetivo contrato de emprego. Não se trata de reconhecer a força jurígena do silêncio, como manifestação tácita de vontade, mas de entender que o comportamento das partes é valorado pelo ordenamento e pela sociedade como autêntica relação de emprego.

Na formação do negócio jurídico trabalhista por comportamento concludente, a manifestação de vontade do trabalhador é firmemente identificada. Não pelo silêncio, nem pela comunicação verbal ou escrita do contrato, mas precisamente pela realização da conduta reconhecida socialmente como formadora do pacto.

5. Novos rumos da vontade no Direito Obrigacional: a autonomia privada

De forma mais intensa, a partir de meados do século XX, passou a ficar mais claro que o projeto burguês não atendia aos interesses mais básicos da maior parte da sociedade. Esta crise da modernidade afetou substancialmente as diretrizes básicas do contrato.

A se iniciar, pelo modelo de Estado Social, como superador do Estado Liberal. Passou-se a exigir do Estado atuação positiva. Sintetiza CASTEL que se chega diante de uma bifurcação: aceitar uma sociedade inteiramente submetida às exigências da economia, ou construir uma figura do Estado social à altura dos novos desafios⁽³⁰⁾. A solução que se forma é a introdução de um terceiro entre os agentes da moralização do povo e os partidários da luta de classes: abre-se um espaço de mediações que dá ao “social” o sentido de não mais dissolver os conflitos de interesses pelo gerenciamento moral, nem subverter a

sociedade pela violência revolucionária, mas negociar compromissos entre posições diferentes, superar o moralismo dos filantropos e evitar o socialismo dos distributivistas⁽³¹⁾. Em poucas palavras, passa o Estado a agir nas relações jurídico-privadas para diminuição da esfera da liberdade, como forma de promover a igualdade⁽³²⁾.

Essa crise do contrato animado unicamente pela vontade dos pactuantes tem como grande determinante o fenômeno da adesão e da massificação contratual. A massificação das relações contratuais, com intensa interação econômica nas sociedades atuais, faz com que as contratações normalmente sejam pautadas pelo estabelecimento de todas as condições por apenas uma das partes. O outro pactuante, economicamente inferior, apenas “adere” às condições previamente estabelecidas. Os contratos *standartizados* são os exemplos mais típicos da restrição da liberdade contratual. Trata-se de restrição da liberdade contratual formada por apenas um dos pactuantes, numa posição de predomínio econômico. Em outras palavras, a liberdade contratual de uma das partes expande-se à custa da liberdade contratual da outra.

Entre os princípios tradicionais do direito contratual, aquele que sofreu maior abalo, ante a nova realidade, foi o da autonomia da vontade, então reconhecida como um direito potestativo do indivíduo, conferido pela ordem jurídica.

O primeiro passo para compreender os novos contornos da vontade no Direito Privado é a compreensão de que o contrato não tem mais sua fonte exclusiva e legitimadora na expressão

(31) CASTEL, *op. cit.*, p. 345.

(32) “Quando se firmou a ideia de que os fracos têm o direito de ser protegidos pelos poderes públicos em razão de sua própria fraqueza, a intervenção legal sacrificou o princípio da igualdade diante da lei, sem confessar que certas categorias de pessoas se tornaram privilegiadas.” RIPERT, Georges. *O regime democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 59.

(30) CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 35.

da vontade dos sujeitos. Amplia-se o conceito de fontes do contrato com o estabelecimento de valores constitucionais fundamentais a serem sempre atendidos, bem como a disposição de normas infraconstitucionais de dirigismo contratual, que servem a dar efetividade àqueles valores.

Com o estabelecimento de bases de reconhecimento da desigualdade entre as partes contratantes, e construção da ideia de intervenção do Estado para diminuição das diferenças, a força da vontade do contrato transmuda-se em *autonomia privada*. Tal conceito declara o contrato como sendo também um instrumento útil para a sociedade. A relação a que se pretendem os sujeitos particulares unir deve ter por objeto o alcance de efeitos previstos na lei. O contrato deixa de ser o poder reconhecido aos particulares para a criação de normas ou preceitos para ser a escolha de resultados já declarados na lei, pois apenas estes são de interesse da coletividade na produção.

Esta passagem da autonomia da vontade para a autonomia privada recebeu em BETTI bem acabada análise. Verifica o autor que a determinação do conteúdo típico de um ato jurídico escapa à iniciativa individual e entra na competência da consciência social e da ordem pública. O critério de determinação é que esse conteúdo se estenda a tudo aquilo cuja expressão ou execução é necessária, segundo a consciência social e a ordem jurídica, para que a declaração ou o comportamento possa desempenhar a função econômico-social tipicamente designada pelo nome do contrato. Somente então estará declarada ou realizada, por forma socialmente suficiente, uma típica regulamentação de interesses privados e o preceito de autonomia privada poderá considerar-se identificado e expresso de modo unívoco. É essa a operação, para BETTI, que dará vida à *fatispécie*⁽³³⁾.

Como refere COUTO E SILVA, a autonomia privada deve ser entendida como a faculdade

ou a possibilidade, não ilimitada, concedida aos particulares para promoverem sua autodeterminação e dirimir seus conflitos de interesses⁽³⁴⁾. A força obrigatória do contrato passa a ser compreendida a partir do desenvolvimento de um direito subjetivo, conformado em uma moldura legal que o reconhece, legitima e protege.

A atenção que deve ter o contrato para com interesses coletivos é preocupação de ORLANDO GOMES, para quem o contrato não é mais fonte única da relação contratual resultante do acordo de vontades, mas também por prescrições da lei, imperativas e dispositivas, e pela equidade. A reconstrução do próprio sistema contratual orientado no sentido de libertar o conceito de contrato da ideia de autonomia privada, e admitir que, além da vontade das partes, outras fontes lhe integram o conteúdo. A nova concepção atenta para o dado novo de que, em virtude da política interventiva do Estado hodierno, o contrato, quando instrumenta relações entre pessoas pertencentes a categorias sociais antagônicas, ajusta-se a parâmetros que levam em conta a dimensão coletiva dos conflitos sociais subjacentes⁽³⁵⁾.

A não correspondência da autonomia da vontade com a teoria geral do contrato é acentuada por PERLINGIERI, para quem a autonomia negocial não é um valor imanente e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais. Obriga-se que se submeta o conteúdo do pacto a um juízo de compatibilidade com o ordenamento globalmente considerado⁽³⁶⁾. O professor da universidade de Camerino associa-se com BETTI ao afiançar que o ato de autonomia privada não é um valor em si; pode sê-lo e, em certos limites, se

(33) BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. p. 304-310.

(34) COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 17.

(35) GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 18-19.

(36) PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 276-277.

e enquanto responder a um interesse digno de proteção por parte do ordenamento⁽³⁷⁾.

ROPPO também recorda que os operadores são tendencialmente livres para organizar e desenvolver as iniciativas econômicas, na forma do contrato. Todavia, isso não significa que para individualizar o contrato se deve recorrer a complicadas introspecções na psique dos contraentes para averiguar as recônditas motivações subjetivas. A validade e a eficácia do regulamento não depende do complexo de posições mentais internas que dão posição à vontade. O autor reconhece que permanece a autonomia privada como fonte primária do regulamento contratual: no caso dos *elementos essenciais* do contrato, as partes *devem* determinar a vontade para os termos básicos da operação econômica, como o preço e bem da compra e venda⁽³⁸⁾. Mas, mesmo nesses elementos, a lei pode substituir a vontade dos particulares quando houver razões de interesse público ou utilidade social — quando isso acontece, ocorre em manifesto contraste com os valores e interesses da autonomia privada.

Não é possível, como se vê, identificar a autonomia da vontade com a autonomia privada, em equivalência de conteúdos. A autonomia privada reavalia o papel da manifestação volitiva no conteúdo dos contratos para englobar às questões de determinante patrimonial elementos de natureza social e pessoal.

6. A atualidade da importância da vontade do trabalhador no contrato de emprego

Desde pelo menos a aceitação da necessidade de construção do Estado Social, há preocupação de despatrimonialização do direito obrigacional e resgate do sujeito singular como centro do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, assinala ACKERMAN que se deve criticar a teoria utilitarista que prega

que os seres humanos trabalham apenas por dinheiro. Para o professor argentino, essa concepção despreza todas as demais concepções humanas, retirando as necessidades de interação social, busca de *status* social e de sentido, ou mesmo de impulso criativo⁽³⁹⁾.

A própria afirmação do Direito em um âmbito social é significativa da valoração do indivíduo. Como lembra DUGUIT, a regra de direito é individual, porque também só se aplica e só pode impor-se a seres dotados de consciência e vontade; “e até hoje não se demonstrou que outros seres, além do homem, tivessem consciência e vontade”⁽⁴⁰⁾.

Na doutrina de FACHIN, a necessidade é de reconhecer os sujeitos destinatários da legislação como sujeitos concretos, revertendo a postura paternalista do liberalismo individualista. Para a observância do sujeito concreto, é importante encará-lo em seus múltiplos significados, com valoração primária de sua subjetividade. Para o autor, recolocando-se o sujeito no cerne das relações jurídicas, duas conclusões são necessárias: primeiro, deve haver uma valoração ética dos comportamentos; segundo, não mais é possível se estabelecer disciplina jurídica fechada para essa valoração⁽⁴¹⁾.

A construção do Direito do Trabalho legislado teve a grata vitória de retirar o sujeito trabalhador de uma série de incertezas que traziam o liberalismo individualista e a absoluta autonomia da vontade na formação do contrato de emprego. Mas, como afirma FONSECA, em estudo largamente lastreado na doutrina *foucaultiana*, parece que o trabalhador, mesmo com a legislação trabalhista, permaneceu como alguém enquadrado, vigiado, controlado. Segundo o autor, foi também pelo direito — ainda

(37) PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 279.

(38) ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 142-145.

(39) ACKERMAN, Mario E. *Tratado de derecho del trabajo*. tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 12.

(40) DUGUIT, León. *Fundamentos do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 24.

(41) FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil à luz do novo Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 313-314.

que não apenas dele — que o trabalhador pôde continuar sendo disciplinado e normalizado, sob os olhos atentos do empregador⁽⁴²⁾.

A regulação estatal das relações de trabalho é aplicada de forma a reconhecer o trabalhador como sujeito abstrato de direito, como mero destinatário passivo da proteção⁽⁴³⁾. A legislação trabalhista mantém o trabalhador enquadrado e vigiado, pois retira sua subjetividade, não o reconhece como sujeito concreto. Essas ideias constroem o sujeito trabalhador como pessoa abstrata, ainda que privilegiada juridicamente pelo contrato mínimo legal. Mas é importante poder ver que o mesmo processo também lhe retira a subjetividade, rebaixando-o a mero destinatário passivo do que o Estado quer lhe dar.

Essa construção abstrata do homem que trabalha, e é simples destinatário passivo da legislação tutelar, retira a dignidade do sujeito concreto, na medida em que não o reconhece como sujeito capaz e interativo com o sistema. A negação da vontade do homem trabalhador alimenta essa concepção de abstração de sua subjetividade consciente e ativa.

Reconhecer a necessidade de afastamento do modelo de direito privado baseado na autonomia da vontade nas relações de trabalho e,

em paralelo, buscar uma fórmula que garanta direitos fundamentais do trabalhador é a agenda preconizada por ALDACY COUTINHO. Para a professora da UFPR, a afirmação de que a relação de emprego envolve direitos fundamentais, de personalidade e de crédito, obriga que haja uma tutela que afaste a exploração e o egoísmo, mas possa fazer justiça social e distribuir riquezas⁽⁴⁴⁾. Nesta perspectiva, que chama de *autonomia emancipatória*, “o poder de celebração de vínculos jurídicos pelos quais se dá a venda de trabalho no modo de produção capitalista deve garantir a emancipação da pessoa humana, embora também o trabalho não abstrato revele a sua dignidade”⁽⁴⁵⁾.

A opção de ver o empregado como homem de “carne e osso” pelo sistema jurídico não se limita a afirmar e proteger abstratamente sua dignidade. A proteção em concreto passa pelo reconhecimento de que se trata cada um de sujeito singular. A afirmação da dignidade humana do trabalhador e indissociabilidade do sujeito do trabalho passa, portanto, por poder reconhecer o destinatário da proteção como pessoa que pode e deve fazer opções valorativas.

Conclui-se com isso que o trabalho executado passa por uma imprescindível opção de vontade. Não é possível outorgar proteção em concreto ao sujeito sem que se reconheça sua subjetividade, com todas as suas opções valorativas. Ainda que premido por necessidades econômicas, e mesmo que por mero impulso, há uma opção consciente do trabalhador em realizar o trabalho.

Retomando os tópicos anteriores, a relação de emprego pode ser formada apenas por um comportamento concludente, e ainda assim se reconhecer uma manifestação volitiva. Esse reconhecimento da vontade serve não tanto para

(42) FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 266-267.

(43) “Para cumprir sua função instrumental, o Direito do Trabalho, em sua vertente liberal, buscou no Direito Privado o instrumento jurídico do contrato, e focou o trabalho, principalmente, como objetivo de uma operação econômica e como objeto da relação jurídica contratualizada. Nessa perspectiva política e teórica, a figura do trabalhador só tem relevância na qualidade de sujeito titular de um bem com valor econômico, sendo dotado de liberdade para firmar contrato e transferir a titularidade de sua força de trabalho. Após o exercício de sua liberdade contratual, o trabalhador reveste-se da qualidade de empregado e passa a ser juridicamente subordinado, com a finalidade de tornar socialmente legítima a transferência de seu trabalho ao empregador.” GEDIEL, Antônio Peres. GEDIEL, José Antônio Peres. A Irrenunciabilidade a Direitos da Personalidade pelo Trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 154.

(44) COUTINHO, Aldacy Rachid. Autonomia privada na perspectiva do Novo Código Civil. In: DALLEGRAVE NETTO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo. *O impacto do Novo Código Civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 83-84.

(45) COUTINHO, *op. cit.*, p. 84.

o reconhecimento da relação como instrumentalizada por um negócio jurídico animado pela autonomia privada, mas principalmente para reafirmação e reforço da condição humana subjetiva do sujeito trabalhador. Nessa afirmação da dignidade do homem trabalhador, afasta-se sua condição de destinatário passivo e eleva-se ao *status* de cidadão.

7. Conclusões

Feitas as considerações sobre Autonomia da Vontade, a vontade no Direito do Trabalho, Teoria do Comportamento Concludente e Autonomia Privada, firmamos os seguintes entendimentos:

I – A Autonomia da Vontade é princípio de Direito Obrigacional que não mais tem seu conteúdo integralmente reconhecido como válido na ordem jurídica, vez que a ética individualista cede espaço para a ética social.

II – A liberdade individual do liberalismo individualista segue sendo incompatível com o Direito do Trabalho.

III – A Teoria do Contrato-Realidade de Mario De La Cueva mantém notável importância de apartar o contrato de emprego de outros pactos obrigacionais, bem como de reafirmar a necessidade de proteção. É possível a revitalização contemporânea com o aporte da teoria do Comportamento Concludente, a qual identifica a manifestação de vontade do trabalhador a partir da realização de condutas reconhecidas socialmente como formadoras do pacto.

IV – A Autonomia Privada reavalia o papel da manifestação volitiva do empregado no conteúdo dos pactos para englobar nas questões de natureza não patrimonial elementos de matriz social e pessoal.

V – É importante identificar e valorar a vontade do trabalhador no pacto de emprego, como meio de garantir individualidade, proteger em concreto a dignidade e garantir o *status* de cidadão.

8. Referências

ACKERMAN, Mario E. *Tratado de derecho del trabajo*. tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.

AVELÂS NUNES, Antonio José. *Noção e objeto da economia política*. Coimbra: Almedina, 1996.

BARACAT, Eduardo Milléo. A vontade na formação do contrato de trabalho: o problema do negócio jurídico. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; Gunther, Luiz Eduardo. *O impacto do Novo Código Civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio universitário de direito do trabalho*. v. 1. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Função social do contrato individual do trabalho. In: COUTINHO, Aldacy (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Régis Fassbender Teixeira*. Curitiba: Juruá, 2000.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DALLEGRAVE NETTO, José Affonso. Nulidade do contrato de trabalho e o Novo Código Civil. In: DALLEGRAVE NETTO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo. *O impacto do Novo Código Civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

DE FERRARI, Francisco. *Lecciones de derecho del trabajo*. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica: Montevideo, 1964.

DE LA CUEVA, Mario. *Derecho mexicano del trabajo*. Mexico: Porrúa, 1970.

DUGUIT, León. *Fundamentos do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil à luz do novo Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

GEDIEL, Antônio Peres; GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: RT, 1980.

_____. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

GENRO, Tarso. *Introdução à crítica do direito do trabalho*. Porto Alegre: L & PM, 1979.

_____. *Direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. v. 1. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1958.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

PINTO, Paulo da Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

RIPERT, Georges. *O regime democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

Hipoteca Judiciária sobre bens não elencados no art. 1.473 do Código Civil — A efetividade da jurisdição como horizonte hermenêutico

Aline Veiga Borges^(*) e Ben-Hur Silveira Claus^(**)

Resumo:

- ▶ O presente estudo tem a finalidade de propor a adoção da utilização do instituto da hipoteca judiciária sobre bens não elencados no art. 1.473 do Código Civil, na perspectiva de inibir a fraude à execução e de prover segurança à futura execução.

Palavras-chave:

- ▶ Hipoteca judiciária — Hipoteca judiciária de bens móveis — Efetividade da jurisdição — Execução trabalhista — Fraude à execução — Ônus do tempo do processo.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A interpretação estrita
- ▶ 3. A finalidade da hipoteca judiciária
- ▶ 4. Hipoteca judiciária x hipoteca convencional: a dicotomia entre interesse de ordem pública e interesse de ordem privada
- ▶ 5. O Direito sempre foi analógico
- ▶ 6. Uma hermenêutica contemporânea para a hipoteca judiciária
- ▶ 7. O ônus do tempo do processo
- ▶ 8. A efetividade da jurisdição como horizonte hermenêutico
- ▶ 9. Conclusão
- ▶ 10. Referências

(*) Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – RS. Membro do Grupo de Estudos de Direito Processual da Escola Judicial do TRT4.

(**) Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – RS. Membro do Grupo de Estudos de Direito Processual da Escola Judicial do TRT4.

“[...] o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional não se volta apenas contra o legislador, mas também se dirige ao Estado-juiz. Por isso, é absurdo pensar que o juiz deixa de ter dever de tutelar de forma efetiva os direitos somente porque o legislador deixou de editar uma norma processual mais explícita.”

Marinoni

1. Introdução

Recentemente editada, prevê a Súmula n. 57 do TRT da 4ª Região que *A constituição de hipoteca judiciária, prevista no art. 466 do CPC, é compatível com o processo do trabalho*⁽¹⁾.

O presente estudo tem a finalidade de propor a adoção da utilização do instituto da hipoteca judiciária sobre bens não elencados no art. 1.473 do Código Civil, na perspectiva de inibir a fraude à execução e de prover segurança à futura execução. Trata-se de ideia surgida nos debates realizados pelo Grupo de Estudos de Direito Processual da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

2. A interpretação estrita

No inventário dos bens que podem ser objeto da hipoteca judiciária prevista no art. 466 do CPC⁽²⁾, o primeiro movimento do intérprete será investigar essa questão à luz dos preceitos de direito material que disciplinam o instituto da hipoteca, porquanto o art. 466 do CPC não indica quais são os bens sujeitos à hipoteca

judiciária, embora faça remissão à Lei dos Registros Públicos⁽³⁾. Esse primeiro movimento de investigação científica apresentar-se-á intuitivo tanto pelo fato de que a hipoteca é antigo instituto de direito material regulado pelo direito privado (CC, arts. 1.473 e seguintes) quanto pela relação estabelecida na teoria geral do direito civil entre hipoteca e bem imóvel.

No âmbito do direito privado, a relação entre hipoteca e bem imóvel é expressão de uma construção conceitual historicamente estabelecida há muitos séculos. Tais aspectos podem conduzir o operador jurídico à interpretação de que a hipoteca judiciária recai apenas sobre os bens relacionados no art. 1.473 do Código Civil, a saber: I – os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles; II – o domínio direto; III – o domínio útil; IV – as estradas de ferro; V – os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham; VI – os navios; VII – as aeronaves; VIII – o direito de uso especial para fins de moradia; IX – o direito real de uso; X – a propriedade superficiária.

Portanto, uma interpretação estrita dos bens sujeitos à hipoteca judiciária conduzirá o intérprete à conclusão de que apenas os bens relacionados no art. 1.473 do Código Civil podem ser objeto de hipoteca judiciária. Essa interpretação estrita foi adotada no bem articulado ensaio escrito pelo magistrado *Arlindo Cavalaro Neto* sobre o tema⁽⁴⁾. Trata-se de uma interpretação respeitável.

3. A finalidade da hipoteca judiciária

Não se pode, no entanto, olvidar a finalidade do instituto, que é a de prevenir fraude à execução e assegurar futura execução. No

(1) A Resolução Administrativa n. 25/2013 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região foi disponibilizada no DEJT nos dias 14, 18 e 19 de novembro de 2013, sendo considerada publicada nos dias 18, 19 e 20 de novembro de 2013.

(2) CPC: “Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos.

Parágrafo único. A sentença condenatória produz hipoteca judiciária:

I – embora a condenação seja genérica;

II – pendente arresto de bens do devedor;

III – ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença.”

(3) Trata-se da Lei n. 6.015/73, que dispõe sobre os Registros Públicos e dá outras providências.

(4) “O Código de Processo Civil não relaciona os bens sujeitos à hipoteca judiciária. Partindo-se da premissa de que a hipoteca judiciária constitui-se em espécie de hipoteca, impõe-se ao intérprete valer-se do elenco apresentado pelo Direito Material. O art. 1.473 do CCB apresenta rol taxativo de bens sujeitos à hipoteca.” (CAVALARO NETO, 2010, p. 492.)

processo do trabalho, essa execução geralmente se presta à satisfação de verba de natureza alimentar. Daí a proposta de ampliar a utilização do instituto da hipoteca judiciária para bens outros, que não apenas imóveis e os demais elencados no art. 1.473 do Código Civil, tornando, assim, mais efetiva a execução trabalhista.

Enquanto a hipoteca convencional constitui direito real de garantia incidente sobre bens imóveis do devedor, para assegurar ao credor o recebimento preferencial de seu crédito, a hipoteca judiciária é instituto de direito processual, de ordem pública, cujo escopo teleológico é o de inibir a fraude à execução e a assegurar a satisfação do crédito reconhecido em sentença. Por consequência, não parece adequado assimilar a hipoteca judiciária à hipoteca convencional definida no direito privado, inclusive no que se refere aos bens que podem ser objeto da hipoteca judiciária, especialmente se, para cumprir a finalidade do instituto, for necessário buscar garantia em outros bens do devedor.

O objetivo de inibir fraude patrimonial revela a dimensão preventiva do instituto da hipoteca judiciária, que se expressa tanto na potencialidade para inibir a fraude patrimonial praticada pelo executado quanto na advertência ao terceiro adquirente, para que não adquira o bem hipotecado judiciariamente, tudo a fim de preservar a efetividade das normas de ordem pública que estabelecem a responsabilidade patrimonial do executado pelas respectivas obrigações (Lei n. 6.830/80, arts. 10 e 30; CPC, art. 591), bem como para prover segurança jurídica aos negócios na vida de relação (CLAUS, 2013, p. 52).

O objetivo de conferir efetividade à execução revela a dimensão assecuratória do direito material que o instituto realiza por meio do direito de sequela inerente à hipoteca judiciária enquanto efeito anexo da sentença condenatória. O direito de sequela assegura ao autor fazer recair a penhora sobre o bem hipotecado

ainda que o bem tenha sido alienado a terceiro. Adquirente de má-fé, o terceiro não terá êxito nos embargos de terceiro. E não lhe restará alternativa: para não perder o bem na hasta pública, terá que fazer a remição da execução; ou a adjudicação do bem pelo valor da avaliação⁽⁵⁾, se o valor da execução for superior ao valor do bem sobre o qual recaíra a hipoteca judiciária.

4. Hipoteca judiciária x hipoteca convencional: a dicotomia entre interesse de ordem pública e interesse de ordem privada

Nada obstante seja intuitivo ao intérprete investigar os bens sujeitos à hipoteca judiciária à luz dos preceitos de direito material que disciplinam o instituto da hipoteca convencional, esse primeiro movimento do intérprete acaba por revelar-se insuficiente à adequada pesquisa dos bens que podem ser objeto de hipoteca judiciária. Isso porque a hipoteca judiciária prevista no art. 466 do CPC é reconhecida natureza jurídica de instituto processual de ordem pública, enquanto que a hipoteca convencional prevista no 1.473 do CC é reconhecida a condição de instituto de direito privado.

Enquanto a hipoteca judiciária visa a assegurar a autoridade estatal da sentença condenatória em geral, a hipoteca convencional visa a garantir o interesse privado de determinado particular envolvido em negócio interindividual. Vale dizer, a dicotomia entre interesse de ordem pública e interesse de ordem privada decalca indelével distinção entre os institutos da hipoteca judiciária e da hipoteca convencional.

É a distinta natureza jurídica da hipoteca judiciária (instituto processual de ordem pública), na comparação com a hipoteca convencional (instituto jurídico de ordem privada), que autoriza o jurista a afastar-se dos limites do art. 1.473 do CC quando se trata de inventariar os bens sujeitos à hipoteca judiciária. Isso

(5) Essa avaliação é realizada pelo Oficial de Justiça Avaliador da Justiça do Trabalho (CLT, art. 721).

porque os objetivos superiores da hipoteca judiciária demandam uma interpretação apta a potencializar tanto o escopo teleológico de inibir fraude patrimonial quanto o escopo teleológico de assegurar a futura execução da sentença condenatória. É dizer: demandam uma interpretação que transcenda aos limites do art. 1.473 do CC.

5. O Direito sempre foi analógico⁽⁶⁾

Assentadas tais premissas, de imediato se faz razoável a conclusão de que o escopo teleológico desse instituto processual de ordem pública se realizará de forma tanto mais eficaz quanto mais amplo for o inventário dos bens sobre os quais possa incidir a hipoteca judiciária prevista no art. 466 do CPC.

Essa conclusão guarda conformidade tanto com a doutrina processual contemporânea quanto com a perspectiva das alterações legislativas instituídas pelas chamadas minirreformas do Código de Processo Civil ocorridas nos últimos anos.

Se, de um lado, a doutrina processual contemporânea compreende a garantia da razoável duração do processo como uma expressão da própria garantia constitucional da efetividade da jurisdição, de outro, as minirreformas adotadas no âmbito do direito processual civil têm por diretriz o objetivo de aumentar a efetividade da jurisdição.

Entre as minirreformas mais recentes, destaca-se a adoção da averbação premonitória

prevista no art. 615-A do CPC⁽⁷⁾, cuja lembrança é evocada pelas afinidades finalísticas que a averbação premonitória guarda com a hipoteca judiciária: ambas as medidas visam a inibir a fraude patrimonial e têm por objetivo garantir o êxito da execução.

Sobre o art. 615-A do CPC, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero esclarecem que a finalidade da norma é a efetiva tutela do direito material. Afirmam que *O objetivo do art. 615-A, CPC, é manter atrelado à tutela jurisdicional o patrimônio do demandado, de modo que seja possível alcançá-lo para eventual atuação da tutela jurisdicional em favor do demandante (art. 591, CPC)* (MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 638-9).

O raciocínio é o mesmo para a hipoteca judiciária, embora a ela não estejam se referindo. O atrelamento de um bem para futura execução é necessário para garantir a efetividade daquela execução e, com isso, do direito material que a fundamenta. Assim, quanto mais espécies de bens puderem ser garantidoras da futura execução, mais efetiva ela se tornará e, por essa razão, parece não se justificar adotar interpretação restritiva ao instituto da hipoteca judiciária, atrelando-a apenas às espécies de bens arrolados no art. 1473 do Código Civil.

(7) CPC: “Art. 615-A. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

§ 1º O exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização.

§ 2º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata este artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados.

§ 3º Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (593).

§ 4º O exequente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2º do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados.

§ 5º Os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo.”

(6) “Ao socorrer-nos, na exposição precedente, das lições dos grandes filósofos do Direito contemporâneos, tivemos a intenção de mostrar que, como diz Kaufmann, a analogia não deve ser utilizada apenas como um instrumento auxiliar, de que o intérprete possa lançar mão, para a eliminação das lacunas. Ao contrário, o raciocínio jurídico será sempre analógico, por isso que as hipóteses singulares nunca serão entre si idênticas, mas apenas ‘afins na essência’. Este é o fundamento gnoseológico que não só legitima, mas determina, como um pressuposto de sua essência, a natureza hermenêutica do Direito, cuja revelação pela doutrina contemporânea conquista, cada vez mais, os espíritos.” (BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 285.)

Portanto, analogicamente⁽⁸⁾, pode-se pensar na averbação de hipoteca judiciária em relação a bens móveis. Ao ordenamento jurídico, incumbe proporcionar meios de assegurar a futura execução da sentença. Na fase de conhecimento, proporciona a hipoteca judiciária. Para a fase de execução, proporciona a averbação do ajuizamento da execução, não só no registro de imóveis, mas também no registro de veículos e no registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto. Restringir a hipoteca judiciária a bens imóveis implica, pois, restringir-lhe a eficácia, o que não se coaduna com uma hermenêutica contemporânea para o instituto.

6. Uma hermenêutica contemporânea para a hipoteca judiciária

Compreendido o contexto hermenêutico em que está inserida a hipoteca judiciária na ordem constitucional vigente, o intérprete encontrará na natureza jurídica de ordem pública desse instituto processual o fundamento sociojurídico pelo qual fica autorizado a liberar-se dos limites do art. 1.473 do Código Civil quando da realização do inventário dos bens sujeitos à hipoteca judiciária, olhos postos no escopo teleológico desse fecundo efeito anexo da sentença condenatória.

O art. 655 do CPC (a que se reporta expressamente o art. 882 da CLT) elenca a ordem preferencial de penhora e, antes de bens imóveis e de navios e aeronaves, arrola dinheiro, veículos de via terrestre e bens móveis em geral. Assim, se, na execução, esses bens têm preferência, em relação aos bens imóveis, para a penhora, não há razão para crer que não possam se prestar, também, à hipoteca judiciária (exceto dinheiro,

que não pode ser objeto de qualquer averbação de restrição).

Tendo em vista as finalidades da hipoteca judiciária, não vemos razão para que essa garantia se dê apenas sobre bens imóveis, navios e aeronaves. Não se pode olvidar que o CPC é de 1973, época na qual a propriedade de bens imóveis era particularmente tangível e conhecida. Veículos automotores, por exemplo, eram privilégio de poucos, o que não se pode dizer do momento atual, em que é até mesmo mais comum ser proprietário de veículo automotor do que possuir “casa própria”.

Nessa esteira, há que se levar em consideração que muitas vezes o devedor trabalhista não tem grande patrimônio⁽⁹⁾, sendo comuns aqueles que não são proprietários de bens imóveis, mas têm outros bens (móveis) que podem se prestar à satisfação da execução. Nessa situação, se a hipoteca judiciária se restringir aos bens elencados no art. 1473 do Código Civil, o respectivo credor trabalhista não terá essa garantia à sua disposição.

Outrossim, não se pode olvidar que a Justiça do Trabalho tem na atualidade ferramentas que permitem pesquisar esse patrimônio, como os convênios RenaJud e InfoJud, e que são de fácil utilização. Trata-se de uma evolução tecnológica de que não poderia cogitar o legislador de 1973. Todavia, estando-se diante dela, é necessário conferir hermenêutica contemporânea à regra legal do art. 466 do CPC, interpretando-se o instituto da hipoteca judiciária — mais precisamente, o seu escopo teleológico — de acordo com a realidade atual, que evoluiu e se distanciou daquela que vigorava ao tempo da publicação do Código Buzaid.

7. O ônus do tempo do processo

A fecundidade da hipoteca judiciária entremostra-se mais evidente à medida que se descobre no art. 466 do CPC o desvelamento

(8) “Toda a regra jurídica é susceptível de aplicação analógica — não só a lei em sentido estrito, mas também qualquer espécie de estatuto e ainda a norma de Direito Consuetudinário. As conclusões por analogia não têm apenas cabimento dentro do mesmo ramo do Direito, nem tão pouco dentro de cada Código, mas verificam-se também de um para outro Código e de um ramo do Direito para outro.” (ENGISCH, 2008. p. 293).

(9) As maiores empregadoras são as micro e pequenas empresas, das quais 61% deixam de atuar no primeiro ano; exatamente as empresas que mais cometem fraude patrimonial (Cf. SILVA, 2007, p. 18).

de um dos raros preceitos legais que responde positivamente ao maior dos desafios da teoria processual na atualidade — a distribuição mais equânime do ônus do tempo do processo⁽¹⁰⁾.

Tratando-se de partes economicamente desiguais, avulta a dimensão desse desafio da teoria processual contemporânea, de prover em favor da equânime distribuição do ônus do tempo do processo. Daí a conclusão de que a aplicação da hipoteca judiciária ao processo do trabalho atua no sentido de fazer realizar a distribuição do ônus do tempo do processo de forma equânime⁽¹¹⁾.

Assimilada a natureza de ordem pública do instituto da hipoteca judiciária e compreendida a sua fecundidade para a distribuição mais equânime do ônus do tempo do processo, a limitação aos bens previstos nos art. 1.473 do CC pode ser superada mediante uma interpretação extensiva, para então se poder agregar outros bens passíveis de hipoteca judiciária, tais como bens móveis, direitos e ações.

Portanto, a título de “hipoteca judiciária”, a inserção de uma menção no registro de veículo de que há ação trabalhista contra o proprietário do veículo julgada procedente poderia ser até mesmo mais eficiente do que a constituição de hipoteca judiciária sobre bem imóvel. Este simples registro seria suficiente para inibir a fraude à execução no tocante àquele veículo,

tornando o bem garantidor da futura execução. Dispensaria, além do mais, a indicação de bens pelo credor, podendo o bem ser localizado pelo próprio juiz, mediante a utilização dos convênios citados, agilizando a tramitação do feito.

Admitir-se fazer recair a hipoteca judiciária sobre veículos, por exemplo, implicará conferir maior eficácia ao instituto previsto no art. 466 do CPC, pois veículos são objeto de fraude patrimonial com maior frequência do que imóveis. Essa conclusão decorre da observação da experiência ordinária⁽¹²⁾, observação na qual o cotidiano revela que a troca de propriedade de veículo é mais frequente do que a troca de propriedade de imóvel. Além de potencializar o escopo teleológico de inibir fraude patrimonial, a hipoteca judiciária sobre veículos também potencializa o escopo teleológico de assegurar a futura execução, porquanto veículos têm maior apelo comercial do que imóveis, situação em que se atrai mais licitantes para leilões judiciais.

Por outro lado, até mesmo pela ótica do devedor, pode ser interessante que a hipoteca judiciária não se constitua sobre bem imóvel de sua propriedade. Assim, se o próprio devedor tiver outros bens e preferir que a garantia recaia sobre esses outros bens, e não sobre um bem imóvel, estar-se-á atuando em consonância com a regra exceptiva segundo a qual a execução se deve dar pelo modo menos gravoso ao devedor, quando por vários meios o credor puder promover a execução (art. 620 do CPC).

8. A efetividade da jurisdição como horizonte hermenêutico

A teoria jurídica começa a desbravar o caminho pelo qual se pode conferir uma interpretação mais contemporânea ao instituto da hipoteca judiciária. Essa vertente interpretativa mais contemporânea do instituto fundamenta-se

(10) “Impende, no entanto, ponderar, desde logo, que o tempo deve ser distribuído no feito, entre as duas partes litigantes, sem sobrecarregar apenas a detentora do direito ameaçado ou violado, como se tem visto na prática quotidiana do foro. *Marinoni* relembra que: ‘por ser ligado ao contraditório, o tempo deve ser distribuído entre as partes. Essa é a grande questão da doutrina processual contemporânea’.” (FAVA, 2009, p. 51.)

(11) A hipoteca judiciária atua no sentido de distribuir equitativamente, entre as partes, o ônus do tempo do processo judicial. A arguta observação é do magistrado trabalhista Arlindo Cavalaro Neto (2010. p. 495): “É necessário distribuir equitativamente o ônus da demora do processo, e o registro da sentença como hipoteca judiciária também alcança esse desiderato, pois parcela do patrimônio do vencido será objeto de ônus real, assim que publicada a sentença condenatória, até que haja o pagamento do credor.”

(12) CPC: “Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado a esta, o exame pericial.”

na compreensão de que, na atualidade, não se justifica mais limitar a hipoteca judiciária aos bens arrolados no art. 1.473 do CC; propõe que a hipoteca judiciária possa recair sobre quaisquer bens do demandado. Essa vertente interpretativa revela-se mais consentânea com os escopos teleológicos da hipoteca judiciária, sobretudo quando se examina o tema no contexto hermenêutico conformado pela garantia constitucional da efetividade da jurisdição.

A doutrina de J. E. Carreira Alvim revela-se paradigmática dessa nova vertente interpretativa. O autor pondera que, *diferentemente do que acontecia quando da promulgação do Código, atualmente existem bens muito mais valiosos do que o bem imóvel, como as aplicações financeiras, os investimentos em títulos da dívida pública, ou, mesmo em ouro ou moeda estrangeira, não sendo razoável que tais bens não se prestem para garantir o cumprimento de uma sentença condenatória*. E conclui que, *Diferentemente, também, da hipoteca legal, que incide apenas sobre bens relacionados nos incs. I a VII do art. 1.473 do Código Civil, a hipoteca judicial incide sobre qualquer bem, qualquer que seja a sua natureza (móveis, imóveis, semoventes, direitos e ações)*. O autor acrescenta não ver sentido em restringir essa especial modalidade de garantia apenas aos bens imóveis, podendo ela, para mim, compreender quaisquer bens (móveis ou imóveis) ou direito (pessoal ou real).

Comentando a previsão legal de que a sentença condenatória produz hipoteca judiciária ainda que existente arresto de bens do devedor (CPC, art. 466, parágrafo único, II), Carreira Alvim (2011, p. 138-140) reitera o entendimento de que a hipoteca judiciária incide tanto sobre bens imóveis quanto sobre bens móveis: *Ao contrário da hipoteca legal, que incide apenas sobre os bens elencados no art. 1.473, I a VII, do Código Civil, o arresto, tanto quanto a hipoteca judicial, pode incidir sobre quaisquer bens (móveis ou imóveis) ou direito (pessoal ou real), desde que devidamente justificado o risco de seu desaparecimento (art. 813).*

A hermenêutica contemporânea que Carreira Alvim empresta à hipoteca judiciária permite resgatar a noção de processo de resultados que inspirou o legislador de 1973 à redação do art. 466 do CPC, evocando a lição com a qual Marinoni⁽¹³⁾ convoca os juízes ao responsável exercício de conformar o procedimento à realização do direito material.

Poderia parecer uma ousadia postular hipoteca judiciária sobre bens móveis na atualidade, se os gregos já não tivessem compreendido assim a *hypothéke*⁽¹⁴⁾.

9. Conclusão

A hipoteca judiciária sobre veículos e outros bens móveis potencializa tanto o objetivo de inibir fraude à execução quanto o direito de sequela próprio à hipoteca judiciária, operando como fator de distribuição mais equânime do ônus do tempo do processo entre partes em situação de desigualdade econômica. Sua aplicação ao processo do trabalho visa a dar

(13) “O que falta, porém, é atentar para que, se a técnica processual é imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos, não se pode supor que, diante da omissão do legislador, o juiz nada possa fazer. Isso por uma razão simples: o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional não se volta apenas contra o legislador, mas também se dirige ao Estado-juiz. Por isso, é absurdo pensar que o juiz deixa de ter dever de tutelar de forma efetiva os direitos somente porque o legislador deixou de editar uma norma processual mais explícita.” (MARINONI, 2013. p. 178.)

(14) “Derivado do grego *hypothéke*, onde mesmo teve origem este instituto jurídico, quer significar a *coisa* entregue pelo devedor, por exigência do credor, para garantia de uma obrigação. E, assim, originariamente, a palavra *hipoteca*, mesmo entre os romanos, designava a *convenção de penhor* ou *pignoratícia*, não importando a maneira por que se realizava, isto é, se se tratava de garantia móvel entregue ao credor, ou de garantia imóvel, que se conservasse em poder do devedor. Entretanto, sobreavisados e cautelosos, os gregos tinham por costume, quando se tratava de garantia imobiliária, assinalar com brandões ou postes os terrenos hipotecados. Fazendo gerar dela um *jus in re*, o que também ocorria no penhor, os romanos terminaram por distinguir os dois institutos, considerando a *hipoteca* aquela em que a coisa dada em garantia não ia às mãos ou à posse do credor, o que era da essência do penhor (*pignus*).” (DE PLÁCIDO E SILVA, 1982, p. 384.) grifos do autor.

concretude substancial às garantias constitucionais da efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) e da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII; CLT, art. 765); aplicação que se justifica em face do privilégio reconhecido ao crédito trabalhista na ordem jurídica brasileira (CF, art. 100; CTN, art. 186; CLT, art. 449; Lei n. 6.830/80, arts. 10 e 30), crédito alimentar representativo de direito fundamental social (CF, art. 7º, *caput*).

A fim de operacionalizar o registro da hipoteca judiciária com maior agilidade e economia, a hipoteca judiciária pode ser realizada na modalidade de restrição de transferência de veículo inserida mediante utilização do convênio RenaJud (CLT, art. 765), observada a necessária proporcionalidade com o valor da condenação e adotada a tabela FIPE — Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. Caso assim não se entenda de proceder, o registro da hipoteca judiciária sobre veículos pode ser realizado mediante expedição de ofício-papel ao DETRAN — Departamento Nacional de Trânsito.

Insuficiente a hipoteca judiciária sobre veículos, poderá ser avaliada a hipótese de fazer-se hipoteca judiciária sobre imóvel, registrando-se o gravame na matrícula do imóvel no respectivo Cartório de Registro de Imóveis.

Inexistente imóvel, a hipoteca judiciária poderá recair sobre outros bens registrados, tais como as quotas sociais no caso de sociedades de responsabilidade limitada e as ações no caso de sociedades anônimas de capital fechado, hipótese em que a hipoteca judiciária será registrada perante a respectiva Junta Comercial do Estado. No caso de sociedades anônimas de capital aberto, a inscrição da hipoteca judiciária poderá recair sobre as ações, registrando-se a hipoteca judiciária perante a respectiva Junta Comercial e perante a Comissão Valores Mobiliários (CVM).

Outrossim, poder-se-á fazer a hipoteca judiciária recair sobre embarcações, mediante registro na Capitania dos Portos. No caso de aeronaves, o registro da hipoteca judiciária far-se-á na Agência Nacional de Aviação Comercial

(ANAC). Para marcas e patentes, o registro é realizado perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial — INPI.

O escopo teleológico de ordem pública do instituto hipoteca judiciária, aliado à privilegiada natureza jurídica alimentar do crédito trabalhista, autorizam conferir interpretação pela qual se reconheça a juridicidade de a hipoteca judiciária recair sobre outros bens, que não apenas aqueles elencados no art. 1473 do Código Civil, em especial veículos automotores e outros bens móveis pertencentes ao réu condenado em sentença, que sejam passíveis de registro.

10. Referências

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARREIRA ALVIM, J. E. *Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro*. v. 5. Curitiba: Juruá, 2011.

CAVALARO NETO, Arlindo. A sentença trabalhista como título constitutivo de hipoteca judiciária. In: SANTOS, José Aparecido dos (Coord.). *Execução Trabalhista*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. Hipoteca judiciária: A (re)descoberta do instituto diante súmula 375 do STJ — Execução efetiva e atualidade da hipoteca judiciária. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 41, 2013.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. v. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

Ações coletivas passivas e o combate ao trabalho escravo contemporâneo — (re)pensando a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana

Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz^(*)

Resumo:

- ▶ Este artigo tem por finalidade demonstrar que o trabalho escravo ainda existe no nosso país, senão com grilhões de ferro, sem dúvidas com novas formas de grilhões, em patente ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, considerado a espinha dorsal do nosso ordenamento jurídico. No mesmo sentido, pretende-se provar que as ações coletivas possuem papel fundamental no combate a essa chaga social, que ainda persiste no nosso país, em especial quanto às empresas que compõem a lista suja do trabalho escravo.

Palavras-chave:

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

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A dignidade da pessoa humana como princípio de sustentação do Estado Democrático de Direito
- ▶ 3. O trabalho escravo contemporâneo — A chaga que não quer cessar
 - ▶ 3.1. Conceito: relações entre trabalho forçado e degradante
 - ▶ 3.2. As características do trabalho escravo contemporâneo — Uma proposta para se superar a problemática apenas pelo viés jurídico
- ▶ 4. As ações coletivas como efeito prático no combate ao trabalho escravo — Aplicando o princípio da dignidade da pessoa humana
 - ▶ 4.1. Conceito
 - ▶ 4.2. Obstáculos para aplicação do instituto e formas de transposição

(*) Juiz do Trabalho — Titular da Vara do Trabalho de Bom Jesus — PI (TRT 22ª Região). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UCAM. Mestrando em Direito (jurisdição e processo) pela PUCRS. Professor Efetivo da

Universidade Estadual do Piauí — UESPI. Presidente da AMATRA 22ª Região. Membro do GAETE — Grupo de Articulação e Enfrentamento do Trabalho Escravo (PI, MA, PA).

- ▶ 4.3. Um novo horizonte hermenêutico
- ▶ 4.4. As ações coletivas passivas aplicadas no combate ao trabalho escravo contemporâneo — Exemplo prático da lista suja
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências

1. Introdução

No presente trabalho, pretendo desenvolver a ideia de que o trabalho escravo contemporâneo existe, apesar da negação por parte de alguns, especialmente embasada na inexistência de um conceito eficaz da matéria. Contudo, proponho que o conceito já existe, pois a partir de momento que a dignidade do trabalhador encontra-se maculada, seja pela via do trabalho degradante, seja mediante o trabalho forçado, tais situações, por si sós, já se mostram suficientes para configurar o trabalho escravo contemporâneo.

Parto inicialmente da abordagem da dignidade da pessoa humana como princípio de sustentação do Estado Democrático de Direito de todo nosso ordenamento jurídico, visitando as Convenções da Organização Internacional do Trabalho — OIT que cuidam do tema. E, por conta disso, se a dignidade da pessoa humana, da pessoa do trabalhador, está sendo lesada, por conseguinte, caracterizado está o trabalho escravo contemporâneo.

Na abordagem sobre a conceituação, proponho que não apenas o trabalho forçado com limitação da liberdade do trabalhador seja considerado trabalho escravo. Sustento também que o trabalho degradante, na suas características mais comuns, tais como inexistência de condições dignas de alojamento, de saneamento básico adequado, de água potável para consumo, de jornadas excessivas e extenuantes, também motiva a conceituação em análise.

Sustento, em seguida, que não apenas o viés jurídico da matéria seja considerado na abordagem do trabalho escravo contemporâneo, o que tem prejudicado a hermenêutica jurídica

dos aplicadores do direito, os quais, embasados na concepção excessivamente formal, proposta pelo Estado liberal, encontram apenas no direito estatal a única fonte da problemática. Assim, esquecem-se de outras vertentes relevantes, como a necessidade de políticas públicas imediatas, o problema da migração dos trabalhadores e a própria discriminação enfrentada.

Por fim, fazendo uma análise do microsistema de processo coletivo no nosso país, indico formas de enfrentamento da questão no mundo processual, como no caso da utilização da ação coletiva passiva para o combate ao trabalho escravo contemporâneo no que diz respeito às tutelas coletivas.

No final, mostro como a ação coletiva passiva pode ser utilizada de forma eficaz, especialmente em relação às empresas que figuram na lista suja do trabalho escravo, ampliando-se a condenação no dano moral coletivo, por exemplo, para todas as empresas que compõem o grupo-réu, a partir de um representante adequado definido pelo juiz.

2. A dignidade da pessoa humana como princípio de sustentação do Estado Democrático de Direito

Não se pode negar que há uma dificuldade generalizada em se encontrar de forma objetiva o conceito de dignidade da pessoa humana. A situação decorre, naturalmente, dos efeitos que o conceito reflete tanto no viés jurídico, quando da própria filosofia, ou mesmo nas religiões.

É a dignidade então que identifica o ser humano como tal, independentemente das suas opções individuais. Portanto, o grande desafio

para os juristas, acredita-se, é formular mecanismos efetivos para concretizá-la na forma que foi talhada no Texto Supremo.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) afirma logo no seu art. 1º que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

A liberdade e a igualdade em dignidade e direitos são os fios condutores do texto da Declaração. A inspiração decorre naturalmente do final das duas grandes guerras que marcaram a primeira metade do século passado, solapando de forma indescritível milhões de vidas por todo o mundo.

Não é demais afirmar, portanto, que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade⁽¹⁾.

A dignidade da pessoa humana como diretriz da ordem constitucional, então, por ser tão intrínseca ao ser humano, não poderia sequer ser objeto de discussão judicial, ou melhor dizendo, uma pretensão judicial por si só não poderia ter por fim a efetividade de tal princípio, já que deveria ser respeitado e efetivado por todos em relação ao outro.

Também se considera um marco divisório o reconhecimento efetivo e positivado na Constituição Federal de 1988 (CF, art. 1º, III), do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Isso ocorre porque, como se sabe, nem todas as Cartas dos países ditos civilizados incorporaram de forma positiva o princípio em análise.

O princípio da dignidade da pessoa humana, conforme positivado na Carta Magna, seria então o princípio dos princípios, além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais previstos, sejam eles explícitos ou não. Contudo, a posição não é unânime e parte da doutrina enxerga com reservas, como é o caso do professor Ingo Sarlet, o *status* sobrenatural que se concedeu ao princípio da dignidade da pessoa humana, em especial pelo breve olhar sobre o catálogo constitucional, tais como no art. 5º, incisos XVIII e XXI, XXV, XXVIII, XXIX, XXXI, XXXVIII, bem como ao art. 7º, incisos XI, XXVI, XXIX⁽²⁾.

Dos exemplos acima citados que, em tese, não teriam relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se mencionar, a criação de associações e de cooperativas; a legitimidade de representação das associações; a utilização de propriedade particular em caso de iminente perigo público; a promoção da defesa do consumidor; a participação nos lucros das empresas pelos empregados; o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas como fontes do direito do trabalho; além da definição da prescrição em matéria trabalhista.

Mais precisamente, então, não se poderia pugnar pela aplicação quase que constante do princípio da dignidade da pessoa humana para se revolver situações no direito que, ao contrário, podem muito bem ser dissecadas por outros tantos princípios. É aí que o professor Lenio Streck fala que nem de longe poderíamos imaginar o “estado de natureza hermenêutico” provocado pelas teorias voluntaristas (mormente as panprincipialistas que se multiplicaram Brasil afora⁽³⁾). A panprincipiologia, portanto, tem incentivado a criação e a aplicação dos mais variados princípios nas relações jurídicas, muitas vezes, infelizmente,

(1) MAURER, Beatrice *et al.* *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

(2) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 112.

(3) Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br>> Acesso em: 15 out. 2013.

fazendo uso do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual somente deveria ser chamado em situações verdadeiramente que o justificassem.

Sarlet, citando Immanuel Kant, descreve que a concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia) como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado — nem por ele próprio — como mero objeto⁽⁴⁾. A referência é importante no nosso entendimento, eis que partimos de uma visão ampliativa, no sentido de que não se pode conceituar, de fato, a dignidade da pessoa humana de forma fixista.

Como se vê, além disso, se a condição da dignidade da pessoa humana evita que ela própria, a pessoa, trate-se de forma indigna, tal característica serve para rechaçar de vez o ideário, infelizmente majoritário, dos que negam a existência do trabalho escravo contemporâneo assentado no argumento de que os próprios lesados, no seu dia a dia como pessoa, em face da sua condição de miserabilidade, já são submetidos a condições degradantes (ausência de moradia digna, ausência de saneamento em suas casas, ausência de condições materiais de sobrevivência, dentre outros).

Tem-se percebido que a observância dos direitos fundamentais nos contratos de trabalho se torna dificultada pela condição fática de desvantagem econômica do trabalhador, subjacente à relação jurídica e, diante disso, o mero consentimento do empregado destinado à renúncia ao exercício temporário de direitos fundamentais, não pode ser, normalmente aceito como renúncia⁽⁵⁾. Se assim fosse, qualquer renúncia perpetrada pelo trabalhador durante a execução do contrato de trabalho

seria aceita na ordem jurídica, o que não é possível, eis que as partes encontram-se em condições claramente desniveladas.

É por conta do elemento-fático da subordinação jurídica, pedra de toque na constituição da relação de emprego (e até em outras prestações de serviços não subordinadas), que o trabalhador aceita praticamente todas as condições na execução do pacto, mesmo que muitas delas se constituam patente ofensa à sua dignidade.

No contexto autonomia privada e direitos fundamentais, encontrando-se aí a dignidade da pessoa humana como alicerce, prevalecem sem sombra de dúvidas as condições dignas, salubres e seguras, em face do trabalho prestado. Portanto, mostra-se irrelevante para ordem jurídica, mesmo que se clame pelo princípio da autonomia privada, que o trabalhador aceite dormir em alojamentos indignos, sem higiene necessária; que o trabalhador concorde em beber água não potável; ou que se submeta a jornadas excessivas e extenuantes em prol da produtividade.

A aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares mostra-se indiscutível. Mesmo diante do princípio da autonomia da vontade, cabe ao intérprete observar se o negócio envolve posições jurídicas de efetiva desigualdade, bem como se há respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Posições jurídicas desiguais, como se sabe, são comuns na execução do contrato de trabalho, diante da própria base de princípios do Direito do Trabalho.

Nesse paradigma, Romita, ao cuidar da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, aborda alguns aspectos relevantes, afirmando, categoricamente, mesmo diante da liberdade de contratar das partes, que impõe-se a nulidade dos negócios contrários aos direitos fundamentais e, além disso, o afastamento da autonomia da vontade nas hipóteses em que estiver ameaçada a dignidade da pessoa humana ou que comportem abusos

(4) SARLET, Ingo, *op. cit.*, p. 116.

(5) COUTINHO, Adalcy Rachid et al. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 162.

de poder de fato, o que obriga a incidência direta e imediata dos direitos fundamentais⁽⁶⁾.

Então, passando ao largo de outras dimensões acerca da dignidade da pessoa humana, considerando o tema do presente artigo, concordamos com Sarlet ao afirmar que:

Uma dimensão intimamente associada ao valor da dignidade da pessoa humana consiste na garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, contexto no qual assumem relevo de modo especial os direitos sociais do trabalho, a um sistema efetivo de seguridade social, em última análise, proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à asseguuração de uma existência com dignidade.⁽⁷⁾

Diante disso, não se pode negar a existência do trabalho escravo contemporâneo nos nossos dias, infelizmente o que se consubstancia como uma realidade vergonhosa. Ao desprezar os direitos sociais mínimos, tais como trabalho digno e acesso à previdência social, o tomador do serviço, por si só, já incide no conceito de trabalho degradante. Ao avançar no descumprimento da legislação social-trabalhista, inclusive com limitação ao direito de ir e vir do trabalhador, sem conceder-lhe acesso aos meios básicos de condições seguras e salubres de trabalho, o tomador do serviço também ofende a ordem constitucional, especialmente por ferir a dignidade do trabalhador.

Dentro de tal via, percebe-se nitidamente a relação existente entre a dignidade da pessoa humana, fundada na dignidade do trabalhador, e a configuração do chamado trabalho escravo contemporâneo. Portanto, a essência do trabalho escravo contemporâneo, e o que o torna tão repulso, é a ofensa ao substrato

mínimo dos direitos fundamentais do homem: a dignidade da pessoa humana⁽⁸⁾.

Logo, a extirpação de tal situação da sociedade contemporânea deve ser colocada na ordem do dia, sob pena de se ver comprometido o próprio arcabouço principiológico da Carta Magna.

3. O trabalho escravo contemporâneo — A chaga que não quer cessar

3.1. Conceito: relações entre trabalho forçado e degradante

Um dos obstáculos que precisam de superação diz respeito ao conceito de trabalho escravo contemporâneo. Hoje, não há mais razões para negação do conceito, como querem alguns. O Brasil durante quase 400 (quatrocentos) anos, desde a chegada das naus portuguesas em terras nacionais, utilizou a mão de obra escrava, em especial nos ciclos de agricultura que caracterizavam o Brasil-colônia.

Com a redação dada pela Lei n. 10.803, de 11.12.2003, o art. 149 do Código Penal passou a prever a tipificação em análise, considerando como crime reduzir alguém à condição análoga à de escravo, caso submeta o trabalhador a trabalhos forçados ou à jornada exaustiva; condições degradantes de trabalho; restrição, por qualquer meio, sua locação em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Inicialmente, observa-se que o conceito de trabalho forçado ou obrigatório encontra-se previsto no art. 2º da Convenção n. 29 da Organização Internacional do Trabalho — OIT, segundo o qual “compreenderá todo o trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente”⁽⁹⁾.

(6) ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007. p. 189-190.

(7) SARLETE, Ingo, *op. cit.*, p. 121.

(8) SENA, Adriana Goulart de. *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. Adriana Goulart Sena, Gabriela Neves Delgado, Raquel Portugal Nunes. São Paulo: LTr, 2010. p. 118.

(9) Convenção n. 29 da Organização Internacional do Trabalho — OIT. Disponível em: <www.oit.org.br> Acesso em: 25 out. 2013.

A própria Convenção, contudo, exclui certas atividades do conceito supracitado, como as exigidas em virtude do serviço militar obrigatório; serviços decorrentes de obrigações cívicas; serviços oriundos de condenação por parte do Poder Judiciário; serviços em situações de emergência, ou serviços comunitários; mas tudo em face da soberania de cada Estado ao disciplinar a matéria.

No Brasil, exclui-se claramente a pena de trabalho forçado, ou seja, o Poder Judiciário, no nosso ordenamento, não pode impor pena de tal natureza, a teor do que dispõe o art. 5º, inciso XLVII, al. c, da Constituição Federal. Por outro lado, a obrigação legal a todos imposta no Brasil, como no caso do serviço militar, encontra-se prevista no art. 5º, inciso VIII, da mesma Carta. Fora de tais situações, em atenção ao princípio da legalidade, também talhado no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, inexistente possibilidade de trabalho forçado ou obrigatório no ordenamento pátrio.

Mais adiante, ainda sobre o mesmo tema, a Organização Internacional do Trabalho, tratou da Convenção n. 105 relativa à abolição do trabalho forçado. Pelo texto, todo País-membro da OIT que ratificar a Convenção se compromete a abolir toda a forma de trabalho forçado ou obrigatório e dele não fazer uso. Dentro da realidade do Brasil, assenta-se a hipótese “como método de mobilização e de utilização de mão de obra para fins de desenvolvimento econômico”⁽¹⁰⁾.

Aí se tem, pois, a definição do trabalho forçado. O trabalho degradante, do outro lado da moeda, ocorre quando as condições mínimas da execução do contrato de trabalho (ou da relação de trabalho não subordinada) não são atendidas de forma eficaz. O Direito do Trabalho mínimo encontra-se assentado nos direitos fundamentais previstos aos trabalhadores, considerados irrenunciáveis, eis

de ordem pública de natureza absoluta. Aqui se cita, a título de exemplo, em especial, o salário mínimo nacional (CF, art. 7º, IV), a intangibilidade do salário e sua consequente irredutibilidade (CF, art. 7º, VI), a impossibilidade de retenção do salário pelo empregador (CF, art. 7º, X), a garantia de um ambiente com reduzidos riscos, além de saudável, higiênico e seguro (CF, art. 7º, XII).

O que se percebe claramente na tipificação da pena prevista no art. 149 do Código Penal Brasileiro é que o elemento objetivo do tipo inclui o conceito de trabalho forçado e trabalho degradante. Ao contrário dos que adotam a teoria negativista acerca do trabalho escravo contemporâneo, quando existe apenas trabalho degradante, o que seria mero descumprimento da legislação trabalhista, não foi esse o caminho adotado pela legislação penal. Ao contrário, sem maiores exercícios hermenêuticos, percebe-se claramente que a tipificação envolve as duas situações.

É que, sem sombra de dúvidas, tanto a limitação da locomoção do trabalhador quanto o descumprimento reiterado e efetivo dos direitos fundamentais mínimos dos trabalhadores permitem a configuração do trabalho escravo contemporâneo, eis que as situações em si maculam a dignidade do trabalhador, considerado apenas como coisa diante da escala produtiva e do desejo de obtenção do lucro pelo empregador.

A oferta espontânea do trabalhador também não pode descaracterizar o trabalho forçado, quando se trata de aplicação dos direitos fundamentais. Cuida-se de um argumento bastante utilizado pela corrente negativista em face do trabalho escravo contemporâneo ao afirmar que o trabalhador, ao seu próprio modo, aceita as condições pactuadas na relação pré-contratual, ou seja, aceita migrar para o local da prestação de serviços, aceita se submeter à jornada excessiva em prol de sua produtividade, aceita, inclusive, a água e a comida que lhe são ofertadas, até porque na sua realidade sequer tem acesso a tais condições.

(10) Convenção n. 105 da Organização Internacional do Trabalho — OIT. Disponível em: <www.oit.org.br> Acesso em: 25 out. 2013.

É de se confirmar, pois, que a autonomia privada não se constitui um direito fundamental⁽¹¹⁾, mas mesmo em se tratando de princípio que sustenta a teoria geral do direito privado, inclusive hoje de certa forma flexibilizado pela roupagem do Código Civil de 2002 que trouxe consigo o conceito de função social do contrato, tem-se que não se pode confundir liberdade com autonomia privada.

Em resumo, podemos afirmar que o trabalho escravo contemporâneo é aquele que envolve tanto o trabalho forçado, com limitação do direito de ir e vir do trabalhador, quanto o que envolve o trabalho degradante, com ofensas à dignidade do trabalhador durante a execução do contrato de trabalho, ou da prestação de serviços não subordinada.

Como diz Flávia Piovesan, em artigo sobre o tema, à luz na universalidade dos direitos humanos, o trabalho escravo viola, sobretudo, a ideia fundante dos direitos, baseada na dignidade humana, como um valor intrínseco à condição humana⁽¹²⁾. Portanto, não se considerar o homem como coisa, sob pena de se macular a proposta moderna do direito de não ser submetido à escravidão, como direito humano absoluto e inderrogável.

3.2. As características do trabalho escravo contemporâneo — Uma proposta para se superar a problemática apenas pelo viés jurídico

Com a assinatura da Lei Áurea em 13 de maio de 1888, formalmente, se decretou o fim da escravidão no Brasil. Contudo, o trabalho escravo se manteve de outra forma; enraizado em outras circunstâncias e que ainda não foram dirimidas pela República Federativa do Brasil.

Hoje, o trabalho escravo contemporâneo envolve algumas características bem peculiares,

que envolve trabalho degradante mais privação da liberdade⁽¹³⁾. No primeiro caso, seriam características: alojamento precário, ausência de assistência médica, péssima alimentação, falta de saneamento básico e de higiene, maus-tratos e violência, jornada excessiva. No segundo caso, as características seriam: dívida ilegal, isolamento geográfico, retenção de documentos, retenção de salários, além de ameaças físicas e psicológicas.

Nosso desejo, contudo, como dito em linhas passadas, é demonstrar que o trabalho escravo contemporâneo não se qualifica apenas quando da existência do trabalho degradante e do trabalho forçado com privação de liberdade, ou seja, em situações cumulativas, mas também em situações que existam um ou outro, desde que a dignidade humana do trabalhador esteja sendo vilipendiada.

Percebe-se, por outra via, que se tem tentado reduzir o tema do trabalho escravo contemporâneo a um tema não jurídico, algo que inexistente na sociedade moderna, principalmente, com repercussão na ordem da construção legislativa ou na desconstrução legislativa do pouco que existe. Pela mesma via, há um desejo de que o próprio Direito do Trabalho seja considerado um “direito” “não direito”, que serviria apenas para regulamentar as condições entre capital e trabalho da sociedade pós-Revolução Industrial.

Esse desejo do Estado liberal nos faz refletir nas palavras de Sousa Santos, ao tratar sobre sua proposta de transição paradigmática, uma mudança de paradigmas na sociedade moderna, onde não apenas o direito estatal seja a fonte suprema da resolução de todos os problemas. E nesse sentido afirma:

Ao reduzir as ricas tradições epistemológicas do primeiro Renascimento à ciência moderna e as ricas tradições jurídicas desde a recepção do direito romano ao direito estatal, o Estado liberal oitocentista teve um

(11) ROMITA, Arion Sayão, *op. cit.*, p. 188.

(12) FAVA, Marcos Neves; VELLOSO, Gabriel. *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 164.

(13) *Revista do Projeto escravo nem pensar*: como abordar o tema do trabalho escravo na sala de aula e na comunidade. Fundação DOEN, 2007. p. 23.

papel fundamental, e concedeu a si próprio um extraordinário privilégio político enquanto forma exclusiva de poder. Esta tripla redução do conhecimento à ciência, do direito ao direito estatal e dos poderes sociais à política liberal — por muito arbitrária que tenha sido nas suas origens — atingiu uma certa dose de verdade à medida que se foi inserindo na prática social, acabando por se tornar uma ortodoxia conceptual.⁽¹⁴⁾

Então, a partir do momento que se reduz à problemática apenas à concepção jurídica, tão somente fincada numa tipologia prevista no Código Penal pátrio, na exigência de que haja uma definição legal para o trabalho escravo contemporâneo, reforça-se a ideia enraizada no Estado liberal de que apenas o direito estatal deve ser considerado a verdadeira fonte interpretativa, afastando-se, por via reflexa, todas as mazelas sociais por trás do problema, como as condições degradantes dos trabalhadores durante a prestação de serviços, o fluxo migratório nas regiões do país, a miséria extrema que permeia grande parte do território geográfico, ou porque não dizer também, a questão da discriminação dos trabalhadores pelas mais variadas hipóteses possíveis.

Essa crítica da ortodoxia conceptual é que o mesmo autor realça a pluralidade de formas de conhecimento, de direito e de poder presentes na vida social, bem como as interações entre elas⁽¹⁵⁾. A proposta, então, é que o direito não seja apenas aquilo construído no interesse do Estado liberal, porque se assim se considerar, não existe um interesse verdadeiramente legítimo de tal Estado, que se assente nas relações de prevalência do lucro, com preponderância na exploração da pessoa humana.

Em relação ao Direito do Trabalho em si, evidentemente que contraria os interesses do Estado liberal, a partir do momento que constrói

uma teoria geral assentada nas relações de desnível entre empregados e empregadores. O direito estatal como fonte primária do Estado liberal, como se sabe, assenta-se principalmente no direito privado, ancorado no Direito Civil, especialmente para a construção da teoria geral dos contratos e da garantia do direito individual da propriedade.

Unger, ao dissecar sobre o programa neoliberal, uma das pilastres do Estado liberal moderno, profetiza:

O neoliberalismo é o programa de estabilização macroeconômica sem prejuízo aos credores internos e externos do Estado; de liberalização, entendida mais estreitamente como a aceitação da concorrência internacional e a integração no sistema de comércio mundial, e mais amplamente como a reprodução do direito tradicional dos contratos e da propriedade do Ocidente; de privatização, significando a retirada do Estado da produção, e no lugar disso, sua dedicação a responsabilidades sócias; e do desenvolvimento de redes de segurança sociais criadas para compensar, retrospectivamente, os feitos desniveladores da atividade de mercado. Esse programa tem equivalentes nas democracias industriais ricas: um abertamente intolerante quanto à atuação estatal na economia e hostil a direitos sociais e de trabalhadores; o outro, uma versão apurada e liberalizada da social democracia que está rapidamente se tornando o novo centro de gravidade da política do Ocidente.⁽¹⁶⁾

Não se quer aqui adentrar na seara política do projeto neoliberal, mas sem dúvidas que o mesmo contribui para a visão míope do direito estatal como fonte principal de aplicação na resolução dos conflitos, na defesa intransigente dos contratos e da propriedade (que o direito serviria para isso mesmo), e na visão hostil a direitos sociais e de trabalhadores.

(14) SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 257.

(15) SANTOS, Boaventura de Sousa, *op. cit.*, p. 258.

(16) UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 19-20

Juntamente num ponto contrário da questão, encontra-se o trabalho escravo contemporâneo. Sua aceitação necessita de uma abertura hermenêutica em relação ao direito, com observância de outros fatores que se encontram alheios à matéria jurídica, como o caso da ausência de políticas públicas efetivas para manutenção dos trabalhadores em suas regiões de origem. Exige também uma eficácia maior do direito ao trabalho como direito social típico de segunda dimensão, que por si só já padece de baixa efetividade quando se exige uma posição mais ativa do Estado no seu enfrentamento. A eficácia do direito do trabalho induz uma proposta de reconciliação com o direito civil, fundando este último, muitas vezes, no extremismo da aplicação dos contratos e do respeito excessivo à manutenção da propriedade privada, mesmo que para sua aquisição esteja em relevo a exploração do ser humano.

É indubitável também que a hostilidade do Estado liberal aos direitos sociais e dos trabalhadores tem contribuído para a negação da chaga do trabalho escravo contemporâneo, especialmente por aqueles que esperam por uma definição prática e hermética do instituto, o que se depreende do excessivo apego ao sistema jurídico pronto, como fornecedor de todo tipo de respostas.

Alexy, contudo, ao tratar sobre a teoria do discurso na argumentação jurídica nos alerta:

Nenhum dador de leis pode criar um sistema de normas que é tão perfeito que cada caso somente em virtude de uma simples subsunção da descrição do fato sob o tipo de uma regra pode ser solucionado. Para isso existem vários fundamentos. De importância fundamental são a vagueza da linguagem do direito, a possibilidade de contradições normativas, a falta de normas, sobre as quais a decisão deixa apoiar-se, e a possibilidade de, em casos especiais, também decidir contra o texto de uma norma. Existe, sob esse aspecto, uma abertura necessária do direito.⁽¹⁷⁾

(17) ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 36.

A abertura do direito já nos permite, então, uma resposta para os casos em análise no que diz respeito à chaga social do trabalho escravo contemporâneo. Salvo em relação ao direito penal, em face do princípio da tipificação, no que diz respeito às ações, em especial ações coletivas, onde se discuta a matéria, o sistema já permite a configuração do trabalho escravo contemporâneo, inclusive por meio de ações coletivas não apenas no viés ativo, como já se conhece, mas também no viés passivo, como adiante se verá.

4. As ações coletivas como efeito prático no combate ao trabalho escravo — Aplicando o princípio da dignidade da pessoa humana

As ações coletivas passivas possuem como base de sustentação histórica as chamadas *defendant class actions* dos Estados Unidos da América, que se desenvolveram em tal país em razão da homogeneidade de tratamento dispensado ao autor e ao réu no que diz respeito à legitimidade para figurar no processo, conforme se vê pela regra 23 do Código de Processo Civil Federal norte-americano (*Federal Rules of Civil Procedure*)⁽¹⁸⁾.

O direito norte-americano classifica as demandas coletivas em *plaintiff class actions* (ação coletiva ativa, quando o grupo está sendo representado no polo ativo), *defendant class actions* (ação coletiva passiva, quando o grupo está sendo representado no polo passivo) e *bilateral class actions* (ação coletiva bilateral, quando há grupos em ambos os polos da relação processual)⁽¹⁹⁾.

O objeto do estudo, todavia, é tão somente as ações coletivas passivas e sua aplicabilidade no combate ao trabalho escravo contemporâneo.

(18) GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 34.

(19) GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008. p. 339.

Não há dúvidas de que a *defendant class action* encontra-se prevista na alínea (a)(3), da *Rule 23*, das *Federal Rules of Civil Procedure* dos Estados Unidos da América, faltando, no nosso sistema, contudo, regra idêntica.

Gidi aponta os requisitos necessários para que uma ação coletiva passiva possa ser certificada nos Estados Unidos da América, já que deve atender a todas as exigências constantes na *Rule 23* (a) e (b), tais como:

- (1) o número de membros do grupo-réu deve ser numeroso a ponto de dificultar o litisconsórcio de todos (*joinder impracticability*);
- (2) deve haver uma questão de fato ou de direito comum entre os membros do grupo-réu (*common question*);
- (3) as defesas do representante devem ser típicas dos demais membros do grupo (*typicality*);
- (4) o representante deve tutelar adequadamente os interesses dos membros ausentes (*adequacy of representation*).⁽²⁰⁾

No nosso sistema de processo coletivo, fundado especialmente na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, os requisitos acima podem ser encontrados, mas com outra roupagem. No Brasil, a representatividade adequada do grupo é definida em lei, não cabendo ao juiz praticamente qualquer intervenção para definir se um representante é ou não adequado. O conceito de questão comum, previsto nos EUA, no nosso país é substituído pelo conceito de direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o que de certa forma até prejudica em certas situações a aplicação da tutela coletiva, uma vez que o intérprete muitas vezes se preocupa excessivamente em enquadrar o direito ou interesse a ser tutelado do que, necessariamente, efetivá-lo. É daí que o Código de Defesa do Consumidor fala em “circunstância de fato”, “relação jurídica base”, “origem comum”.

(20) GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 394.

Tal fato, por outro lado, não induz, necessariamente, que são impossíveis de se verificar no nosso ordenamento, até mesmo porque o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor possui regra de abertura clara, ao disciplinar que para a defesa dos direitos e interesses protegidos pelo Diploma são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Em regra, podem figurar no polo passivo da ação civil pública os que estão legitimados no polo ativo (exceção do MP). Isto em linhas de princípio, já que, via de regra, as associações preservacionistas ou ambientalistas soem lutar em defesa dos interesses difusos, e não contra estes⁽²¹⁾.

O que se percebe é que a resistência dogmática para aplicação do instituto surge da consagrada tradição legislativa brasileira, que aceita apenas a legitimação *ex vi legis* e, também, do natural risco de um modelo legal abstrato e genérico levar a uma inadequada representação dos titulares dos direitos coletivos *latu sensu*⁽²²⁾.

De fato, mesmo que se admita a regra de abertura do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, ainda assim, a ausência de normativo claro sobre o tema, a resistência hermenêutica na aplicação do instituto, contribuem sobremodo para o vácuo de eficácia no nosso sistema. Como se não bastasse tudo isso, os mais resistentes insistem em afirmar que o processo coletivo nacional não comporta os institutos norte-americanos, e que se estaria apenas tentando “americanizar” o nosso processo coletivo, já tão evoluído. Tais barreiras devem ser suplantadas porque, em verdade, nosso microssistema de processo coletivo não é tão perfeito assim e, além disso, desprezar a contribuição doutrinária das ações coletivas

(21) ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 117.

(22) ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 94.

americanas na construção e aprimoramento do nosso processo coletivo é, no mínimo, uma atitude irresponsável.

4.1. Conceito

A conceituação de um instituto jurídico nem sempre se mostra fácil, pois daí decorrem vários reflexos de sua aplicabilidade, ainda mais se considerarmos a inexistência em relação à sua previsão legal no microssistema de processo coletivo.

A *defendant class action* cuida-se de ação proposta contra a classe e não pela classe a fim de se tutelar um direito de natureza metaindividual. É admissível no sistema norte-americano, conforme alínea (a)(3), da *Rule 23*, das *Federal Rules of Civil Procedure*, mas não encontra regramento específico no nosso país, como dito. É que, geralmente, nas ações coletivas, a legitimidade é estudada apenas no viés ativo, conforme legitimados já determinados pelo subsistema de processo coletivo.

Nas ações coletivas passivas, revitaliza-se o papel do juiz como verdadeiro protagonista, que deverá assumir a missão de identificação da classe (*defining fuction*) e de controle sobre a efetiva capacidade de sua representação (*adequacy of representation*)⁽²³⁾. Se verificarmos a matéria à luz do nosso ordenamento, dentro dos parâmetros da legitimação ativa, a identificação da classe pelo juiz é muito mais cômoda, uma vez que os mesmos já se encontram previstos na legislação ordinária. É a representatividade adequada no polo passivo, contudo, que se constitui no grande desafio nas ações coletivas passivas.

A ação coletiva passiva é uma ação de natureza civil e não penal, o que se afirma para se estancar qualquer interpretação em face do direito penal no âmbito da sua teoria geral, perante o princípio da tipificação específica. A representatividade adequada na ação coletiva

passiva deve caber ao juiz que se vê diante do conflito social. Definir a classe e como ela se comportará na relação jurídico-processual, de certa forma, envolve a quebra de paradigmas do direito processual civil comum, ainda fundado na relação bilateral clássica.

Quanto aos interesses e direitos envolvidos são perfeitamente aplicáveis os conceitos já apreçados no Código de Defesa do Consumidor, espinha dorsal do atual microssistema de processo coletivo, já que envolve os interesses difusos e coletivos, transindividuais por natureza.

4.2. Obstáculos para aplicação do instituto e formas de transposição

Em relação aos obstáculos para aplicação da ação coletiva passiva no nosso sistema, bem como as formas de transposição dos mesmos obstáculos, as lições de Gidi são bem claras e didáticas, e merecem análise, senão vejamos:

(...) Primeiramente, as hipóteses de cabimento das demandas coletivas brasileiras são vinculadas à titularidade de um direito ou interesse (difuso, coletivo ou individual homogêneo) e não meramente à existência de uma questão comum de fato ou de direito (...); outra dificuldade deriva do fato de que a coisa julgada coletiva brasileira vincular os membros do grupo em suas esferas individuais apenas *secundum eventum litis e in utilibus* (...); ademais o direito de autoexclusão não deve ser permitido aos membros do grupo-réu, sob pena de se esvaziar o processo coletivo passivo (...); é essencial que o juiz exerça o controle adequado do representante e que proporcione uma adequada notificação aos membros do grupo-réu, práticas incipientes no Brasil.⁽²⁴⁾

De fato, ao se analisar a disciplina pátria sobre tutela coletiva, o legislador preocupou-se em definir, pelo menos dentro de uma intenção didática, o que seria direitos e interesses

(23) LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 207.

(24) GIDI, Antonio, *op. cit.*, p. 343-345.

difusos, coletivos e individuais homogêneos, como se percebe pela leitura do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. Mas, aí desceu a minúcia ao identificar os direitos e interesses difusos com “circunstâncias de fato”, os direitos e interesses coletivos com “relação jurídica base”, interesses ou direitos individuais homogêneos com “origem comum”. Então, ocorre que na demanda coletiva estas características estão vinculadas a uma titularidade e não apenas numa questão comum, como é o caso do sistema norte-americano.

A consequência é que o magistrado ao analisar a questão coletiva, em muitas situações, mais se preocupa em adequar a titularidade ao direito ou interesse revelado pela lei do que, necessariamente, observar a questão comum que vincula o grupo e, a partir daí, buscar a melhor tutela coletiva que se mostre eficaz no caso concreto. Portanto, a solução quanto ao problema, seria o magistrado buscar visualizar o questão comum que envolve o grupo, o ponto de ligação que torna a matéria com características de transindividualidade, não se ocupando apenas do enquadramento proposto pela legislação posta.

Outro ponto que merece análise diz respeito à coisa julgada. O normativo do instituto no Código de Defesa do Consumidor é tratado nos arts. 103 e 104. Ocorre que na improcedência por insuficiência de provas permite-se o ajuizamento da ação individual pelo interessado, mas a coisa julgada na ação coletiva ocorreu, ou seja, concede-se mais importância ao conflito individual do que, necessariamente, ao conflito coletivo. E isso deveria ser justamente o contrário. Além disso, a coisa julgada não prejudica os interesses ou direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. Somente beneficia, mas nunca prejudica. Na ação coletiva passiva, então, independentemente do resultado da demanda, a coisa julgada deve vincular os membros do grupo, sob pena de esvaziamento do instituto, evitando-se assim as características

da coisa julgada como ocorre hoje no nosso microsistema, mas sempre lembrando que criada pensando o processo coletivo pelo viés ativo — e não passivo.

No mais, observa-se que direito de inclusão na relação jurídico-processual é exercido em ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos, na forma do art. 94 do Código de Defesa do Consumidor. Determina-se a publicação de edital no órgão oficial para que os interessados possam intervir como litisconsortes, sem prejuízo de divulgação por outros meios de comunicação social. A publicação do edital em Diário Oficial acaba sendo mera formalidade que não leva, de fato, ao conhecimento dos interessados o ajuizamento da ação coletiva. Já nas ações coletivas passivas, não se pode pensar no direito de exclusão dos membros do grupo-réu. Se assim fosse todos iriam exercer o direito de exclusão, já que em tese nenhum grupo (ou membro do grupo) teria interesse em figurar com réu numa ação coletiva passiva.

O ponto mais importante no nosso sentir é que merece maior detalhamento diz respeito à questão da representatividade adequada do grupo. O instituto constitui-se fundamento para o ajuizamento das ações coletivas, sejam elas ativas ou passivas. Nos Estados Unidos da América, o controle da representatividade adequada é feito pelo juiz da ação e ao mesmo se confere grande grau de liberdade na definição dos parâmetros condizentes com a demanda posta em juízo. Trata-se de representação *ope iudicis*⁽²⁵⁾.

No nosso sistema, ao contrário, a representatividade do grupo é definida em lei, conforme preceitua a Lei da Ação Civil Pública, aplicada ao processo coletivo em geral. São legitimados ativos, conforme previsão do art. 5º da supra-citada lei: o Ministério Público, a Defensoria

(25) CRUZ, Carlos Wagner Araújo Nery da. Ação coletiva passiva originária: ações contra o grupo, categorias ou classes — aplicação em face da tutela de direitos metaindividuais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região*, Teresina, v. 06, n. 1, p. 105, 2009.

Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, além de autarquias, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, bem como associações representativas de classes que preencham os requisitos previstos em lei. Observa-se que no caso o juiz é praticamente inerte na definição do representante do grupo.

Dentro de tal contexto, sem dúvidas que para aplicação do instituto da ação coletiva passiva, desejável que a representatividade adequada do grupo seja definida não apenas pela lei, mas também pelo juiz condutor do feito.

O instituto da representatividade adequada resguarda o direito ao devido processo legal, pois quanto ao mesmo não existe qualquer ofensa. O representante satisfaz a garantia fundamental da parte ser ouvida no processo, de observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, já que o representante, diga-se, equipara-se à inteireza do grupo, categoria ou classe, na relação jurídico-processual⁽²⁶⁾.

Então, como se percebe, os obstáculos ou entraves ainda existentes na compreensão ou aplicação das ações coletivas passivas são perfeitamente superáveis; mesmo diante da legislação que já cuida do processo coletivo pátrio.

4.3. Um novo horizonte hermenêutico

Importante ressaltar que, para a aplicação da ação coletiva passiva conforme a legislação atual, é necessário um novo horizonte hermenêutico. Não tão novo assim, uma vez que o trabalho de aplicação das leis, sem desprezar a base principiológica do Direito, não é de todo algo recente, já que o movimento pós-positivista ganhou força na metade do século passado.

A crise do modelo (modo de produção do Direito) se instala porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua

trabalhando dentro de uma perspectiva de um Direito voltado a enfrentar conflitos individuais, bem presentes nos Códigos (civil, comercial, penal, processual penal, processual civil)⁽²⁷⁾. Quanto a isso, observa-se que basta uma simples leitura na Lei de Introdução ao Código Civil, que determina a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, somente quando a lei for omissa. Sem falar do art. 126 do Código de Processo Civil, segundo o qual o juiz não pode deixar de proferir decisão alegando omissão no sistema. Além disso, o art. 335 do Código de Processo Civil diz que o juiz somente aplicará as regras de experiência comum na ausência de normas jurídicas particulares.

Ainda sobre a questão Lenio Streck assevera:

Os dispositivos, a par de sua inequívoca inspiração positivista (permitindo discricionariedades e decisionismos), e sua frontal incompatibilidade com uma leitura hermenêutica do sistema jurídico, superadora do esquema sujeito-objeto (filosofia da consciência), mostram-se tecnicamente inconstitucionais (não recepcionados). Com efeito, com relação à LICC, na era dos princípios, do neoconstitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, tudo está a indicar que não é mais possível falar em “omissão da lei” que pode ser “preenchida” a partir da analogia (*sic*), costumes (quais) e os princípios gerais do direito.⁽²⁸⁾

Quando se propõe aqui uma ampliação hermenêutica é justamente para se permitir a aplicação da ação coletiva passiva, logo que de plano, mesmo que não haja legislação específica disciplinando a matéria. Veja-se que por interesses desconhecidos o Projeto de Lei n. 5.139/2009, que disciplina a ação coletiva para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, sequer trata sobre ação

(26) CRUZ, Carlos Wagner Araújo Nery da, *op. cit.*, p. 107.

(27) STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica na construção do Direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35.

(28) STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*, p. 112.

coletiva passiva, guardando amparo apenas para as ações coletivas sob a perspectiva ativa.

De fato, o apego excessivo ao dogmatismo jurídico e uma parca construção jurisprudencial podem obstaculizar, pelo menos de imediato, a aplicação do instituto no Brasil. Como afirma Gidi, será necessário um intenso esforço criativo da doutrina e da jurisprudência, para adaptar o sistema processual coletivo vigente às suas necessidades e particularidades⁽²⁹⁾. Isso não se mostra de todo impossível, já que a construção da doutrina e jurisprudência, como se sabe, é importantíssima na formação do Direito, em que pesem muitas críticas do decisionismo dos tribunais.

O que se conclui, neste item, é que perfeitamente possível a aplicação da ação coletiva passiva com o que já se dispõe, em especial quanto ao trabalho escravo contemporâneo, na hipótese a seguir.

4.4. As ações coletivas passivas aplicadas no combate ao trabalho escravo contemporâneo — Exemplo prático da lista suja

Um dos grandes desafios quando se fala sobre trabalho escravo contemporâneo diz respeito à condenação dos culpados, tanto na ordem penal, quanto trabalhista. Em relação ao direito penal, como se já disse em linhas passadas, não se constitui objeto do estudo analisar a matéria, até mesmo em face do princípio da tipificação, que norteia o direito penal. Então, a ação coletiva passiva, diante de sua natureza civil, com reflexo na ordem jurídico-trabalhista, não se presta para modificar a ausência de condenações na órbita criminal.

Então, para análise da ação em tela no âmbito do enfrentamento do trabalho escravo contemporâneo, veja-se exemplo citado por Gidi:

Um excelente exemplo concreto de demanda coletiva passiva foi proposta pelo Ministério Público da Bahia em benefício de todos

os estudantes contra todas as escolas do Estado, representadas pelo sindicato que as congregava. Trata-se de uma demanda coletiva bilateral, pois havia um grupo tanto no lado ativo quanto no lado passivo da relação processual coletiva. A juíza Silvia Zarif indeferiu a pretensão do autor de estender a eficácia da coisa julgada a todos os estabelecimentos de ensino associados.⁽³⁰⁾

Pretende-se, portanto, na seara do presente estudo, identificar situação concreta que a ação coletiva passiva possa ser utilizada.

Aqui, importante mencionar a lista suja do trabalho escravo. A matéria é tratada pela PORTARIA INTERMINISTERIAL N. 2, DE 12 DE MAIO DE 2011 (DOU de 13.5.2011 – Seção I, p. 9), que enuncia regras sobre o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo, revogando a Portaria MTE n. 540, de 19 de outubro de 2004.

Segundo o art. 2º da mencionada Portaria, a inclusão do nome do infrator no Cadastro ocorrerá após decisão administrativa final relativa ao auto de infração, lavrado em decorrência de ação fiscal, em que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo.

A lista suja do trabalho escravo, pois, congrega empregadores de todas as regiões do país, sendo dividida por Estado da Federação. Então, cada Estado possui suas empresas que se encontram na lista suja. Tome-se a título de exemplo, portanto, a lista suja do Estado do Piauí.

Um determinado sindicato de trabalhadores rurais poderia ajuizar ação coletiva passiva em face de empresas que constem da lista suja do trabalho escravo em determinado Estado da Federação (no nosso exemplo, o Estado do Piauí). As empresas podem ser consideradas uma coletividade organizada, uma vez que pertencem a mesma lista suja. Um obstáculo inicial seria definir qual empresa. Aí cabe a

(29) GIDI, Antonio, *op. cit.*, p. 345.

(30) GIDI, Antonio, *op. cit.*, p. 346.

aplicação do instituto da representatividade adequada, de suma importância na escolha do representante do grupo.

Pela legislação atual, o representante do grupo no microsistema de processo coletivo é definido em lei. Mas, aqui, como foi dito em várias passagens deste trabalho, pretende-se justamente que o magistrado adote uma postura pró-ativa nas ações que envolvam tutela coletiva, exercendo seu poder de definir o representante adequado no caso concreto. O representante do grupo, em tese, é aquele que melhor poderia representar todas as empresas, a critério do julgador.

Logicamente que a tutela do bem jurídico deve ter o caráter da transindividualidade. Mais do que enquadrar a hipótese em si, se há interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos em análise, como prevê o Código de Defesa do Consumidor, deve o juiz, no caso concreto, observar a questão comum de fato ou de direito. E aqui não existem dúvidas que a questão comum se apresenta de forma clara, qual seja, todas as empresas estão em situação idêntica, cadastradas na lista suja.

Veja-se que as empresas que constam na lista suja, apesar de existir uma questão comum, não possuem uma associação ou sindicato correspondente ao autor. O grupo-réu, pois, existe apenas de fato (isso sob o aspecto da visão dogmática do microsistema de processo coletivo). Então, como não existe tal associação do grupo-réu, a ação pode ser proposta apenas em relação a uma delas, que será, depois, definida como representante adequada do grupo.

Cabe ao magistrado exercer o poder de definir o representante do grupo. Se não ocorre de coincidir com o indicado pelo autor, pode o juiz então definir novo representante, melhor dizendo, outra empresa que conste na lista suja e que possa representar o grupo-réu.

Evidentemente que o membro do grupo deve ficar vinculado à sentença coletiva, pois se assim não ocorrer não há sentido para a utilização do instituto. Outro aspecto é que o

membro do grupo-réu não pode, nem deve, exercer seu direito de exclusão da relação jurídico-processual. Caso permitido o direito de exclusão a relação autor/grupo-réu ficaria esvaziada, pois ninguém em tese desejaria ser réu numa ação coletiva passiva.

Os mais tradicionalistas poderiam enxergar no caso ofensas aos princípios do contraditório e da ampla defesa, considerando que os outros membros do grupo, que não o representante adequado, não apresentariam defesa ou não estariam como litisconsortes na relação jurídico-processual. Mas é justamente para se evitar ofensa a tais princípios que o representante do grupo-réu deve ser escolhido de forma responsável e coerente pelo juiz.

Assim, uma condenação em dano moral coletivo, por exemplo, poderia açambarcar todas as empresas de uma lista suja de um Estado da Federação. Uma sentença coletiva no caso em análise seria executada em face do representante do grupo-réu, mas todos os membros do grupo responderiam na execução.

Tal situação possibilita uma ampliação considerável do efeito pedagógico das condenações coletivas. A utilização do instituto motiva a condenação do grupo-réu na pessoa do representante adequado, sem ofensas aos princípios do contraditório e da ampla defesa, possibilita ao magistrado a definição do representante adequado, sem as amarras da representação definida em lei, além de motivar uma tutela coletiva mais justa e eficaz.

5. Considerações finais

Finalmente, convém que algumas considerações sejam feitas para que o trabalho escravo contemporâneo possa ser extirpado do nosso ordenamento, seja ele jurídico ou social.

A dicotomia entre trabalho forçado e trabalho degradante deve ser superada para fins de configuração do trabalho escravo contemporâneo. Se inexistem dúvidas de que na primeira hipótese se configura o instituto, a existência de trabalho degradante também

leva à mesma conclusão. Isso ocorre porque quando os direitos mínimos dos trabalhadores em face da execução do contrato de trabalho ou da prestação de serviços (mesmo que não subordinada) encontram-se vilipendiados, tais como inexistência de um meio ambiente de trabalho seguro, salubre, cumulada com a inexistência dos direitos mínimos previstos no art. 7º da Carta Magna, aí também se está diante de uma ofensa gritante ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao se ferir a dignidade da pessoa humana, por via reflexa — e especialmente a dos trabalhadores — configura-se o trabalho escravo moderno. Os grilhões são outros. Já não são os grilhões de ferro, como no Século XXIX, mas os grilhões invisíveis a olho nu. Ao se equiparar o trabalhador a uma “coisa” e não o considerá-lo como um “ser”, aquele que explora a atividade humana deve ser penalizado pela ordem jurídica.

A dignidade da pessoa humana não envolve apenas o viés jurídico do problema. Sem análise dos aspectos sociais que traçam as características do trabalho escravo contemporâneo, pouca coisa pode ser feita. O Plano Nacional de Direitos Humanos — 3, capitaneado pelo Decreto n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009, traça vários aspectos que podem ser aplicados para combate e prevenção ao trabalho escravo, ressaltando-se aqui: promoção e efetivação do Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo; apoio e a coordenação e implementação de planos estaduais, distrital e municipais para erradicação do trabalho escravo; apoio à alteração da Constituição para prever a expropriação dos imóveis rurais e urbanos nos quais forem encontrados trabalhadores reduzidos à condições análoga a de escravos; identificação periodicamente das atividades produtivas em que há ocorrência de trabalho escravo adulto e infantil.

A questão social — que aqui também se pode chamar de questão política — não deve ser desprezada na análise do tema. A manutenção da escravidão contemporânea, efetivamente, interessa a alguém — ou a grupos — que podem

utilizá-la para a aplicação de seus lucros, sem preocupações diretas com a dignidade dos trabalhadores que são submetidos a tal situação.

E aí que a ampliação hermenêutica e as ações coletivas, em especial as ações coletivas passivas, podem contribuir para o cessar da chaga, ou no mínimo para diminuir a incidência dos casos que envolvem afronta à dignidade do trabalhador.

Uma interpretação mais eficaz já permite aos aplicadores do direito a aplicação das ações coletivas passivas. Se não há regramento específico sobre o tema, não nos cabe esperar mais. Existe um fetiche que envolve a produção legislativa estatal como fonte primária (e talvez única) do direito. Há direitos, contudo, que clamam pela efetividade e que, necessariamente, ainda não se encontram salvaguardados pelo ordenamento jurídico. Nem por isso, contudo, podem ser desprezados.

Um exemplo claro é a ação coletiva passiva. Apesar da regra de abertura do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, ainda não se fez presente na jurisprudência pátria. Mesmo se entendendo que em sua origem, nos EUA, ainda é difícil de ser certificada, no Brasil, por outro lado, encontraria terreno bem mais fértil, diante da gama de direitos e interesses metaindividuais que gravitam em torno dos fatos *in concreto*.

Tal ação pode ser utilizada no combate ao trabalho escravo contemporâneo em face da formação de grupo-réu com questões comuns. Deixamos claro o exemplo da lista suja do trabalho escravo. Por tal via, empresas que exploram a mão de obra escrava podem ser condenadas, após formação do grupo-réu, com poderes para definir o representante do grupo pelo juiz condutor do feito.

A possibilidade ampliaria de sobremodo as condenações na seara trabalhista, seja em relação ao dano moral coletivo, seja em relação a obrigações de não fazer para se obstar a prática do trabalho escravo contemporâneo. Por conseguinte, o efeito pedagógico da medida inibiria a atitude de outras empresas, diante

da possibilidade iminente de condenações caso houvesse exploração da mão de obra escrava.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem papel fundamental na aplicação do direito material, mas sua implicação com o direito processual, em especial na utilização da ação coletiva passiva para combater o trabalho escravo contemporâneo, contribuiria, sem sombra de dúvidas, para aplacar de uma vez por todas essa chaga da nossa sociedade.

6. Referências

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Convenção n. 29 da Organização Internacional do Trabalho — OIT. Disponível em: <www.oit.org.br> Acesso em: 25 out. 2013.

Convenção n. 105 da Organização Internacional do Trabalho — OIT. Disponível em: <www.oit.org.br> Acesso em: 25 out. 2013.

COUTINHO, Adalcy Rachid *et al.* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CRUZ, Carlos Wagner Araújo Nery da. Ação coletiva passiva originária: ações contra o grupo, categorias ou classes — aplicação em face da tutela de direitos metaindividuais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região*, Teresina, v. 06, n. 1, 2009.

FAVA, Marcos Neves; VELLOSO, Gabriel. *Trabalho escravo contemporâneo*: o desafio de superar a negação. São Paulo: LTr, 2006.

GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo*: a codificação das ações coletivas do Brasil. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008.

_____. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em

uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAURER, Beatrice *et al.* *Dimensões da dignidade*: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Revista do Projeto escravo nem pensar: como abordar o tema do trabalho escravo na sala de aula e na comunidade. Fundação DOEN, 2007.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum*: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SENA, Adriana Goulart de. *Dignidade humana e inclusão social*: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil. SENA, Adriana Goulart; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal. São Paulo: LTr, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise*: uma exploração hermenêutica na construção do Direito. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2006.

Perícias judiciais multiprofissionais e a lei do ato médico — por uma interpretação que leve em conta a unidade do sistema e a efetividade da prestação jurisdicional

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva^(*) e Sandro Sardá^(**)

Resumo:

- As perícias judiciais, nos processos em que se discutem danos relacionados a acidente do trabalho e doença ocupacional, têm apresentado inúmeros problemas. Um dos principais problemas é o atinente à definição de qual profissional pode atuar como perito em tais processos. Com a Lei do Ato Médico, a discussão se renova. No entanto, pensamos que há de se empregar uma interpretação que leve em conta a unidade do sistema e a efetividade da prestação jurisdicional. Primeiro, há de se verificar a real necessidade de realização da perícia. Segundo, o médico (do trabalho) não tem assegurada pela referida lei a exclusividade de realização de perícia judicial nesses casos. O ideal seria uma perícia multiprofissional, até porque tão importante quanto a boa anamnese do trabalhador, é a “anamnese” do ambiente laboral em que ele estava inserido, sendo plenamente possível a designação de fisioterapeuta do trabalho para a realização da perícia “ambiental” e das incapacidades relacionadas ao sistema musculoesquelético ou osteomuscular. Para o sucesso dessas perícias, pensamos que o juiz do trabalho deve formular quesitos do juízo apropriados, indeferir quesitos impertinentes das partes e arbitrar honorários periciais — prévios e finais — compatíveis com a complexidade do caso e o grau de zelo do profissional nomeado. Ademais, devem os Tribunais Trabalhistas promover cursos de capacitação técnica para juízes e também para peritos que atuam na Justiça especializada, bem como promover a realização de estudos para investigar a viabilidade da criação de Varas do Trabalho especializadas e de um quadro próprio de peritos.

(*) Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Araraquara (SP). Gestor Regional (1º grau) do Programa de Prevenção de Acidentes do Trabalho instituído pelo Tribunal Superior do Trabalho. Mestre em Direito das Obrigações pela UNESP/SP. Doutor em Direito Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Membro do Conselho

Técnico da Revista do TRT da 15ª Região (Subcomissão de Doutrina Internacional). Professor da Escola Judicial do TRT da 15ª Região.

(**) Procurador do Trabalho em Santa Catarina. Gerente Nacional do Projeto de Adequação das Condições de Trabalho em Frigoríficos.

Palavras-chave:

- ▶ Perícia judicial multiprofissional — Lei do Ato Médico — Atuação de fisioterapeuta e outros profissionais.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A necessidade de perícia nos casos de acidentes e doenças do trabalho
- ▶ 3. A Lei do Ato Médico
- ▶ 4. Perícia judicial — No ambiente de trabalho e no trabalhador
 - ▶ 4.1. Doenças do trabalho e perícias multiprofissionais
 - ▶ 4.2. Avaliação dos locais de trabalho — Perícia *in loco*
 - ▶ 4.3. Dados epidemiológicos e Nexo Técnico Epidemiológico
 - ▶ 4.4. Cursos de aprimoramento para juízes, peritos, advogados e quesitos do juízo
 - ▶ 4.5. Honorários periciais
 - ▶ 4.6. Varas Especializadas na Justiça do Trabalho
 - ▶ 4.7. Quadro de Peritos da Justiça do Trabalho
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências

1. Introdução

Desde o ano de 2009, temos nos preocupado com a questão das perícias judiciais nos processos em que se formulam pedidos de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho⁽¹⁾.

De lá até esta parte, temos acompanhado a evolução doutrinária e jurisprudencial a respeito da matéria, que envolve a questão dos honorários periciais prévios e finais, da insuficiência de peritos, da ausência de um quadro oficial de peritos, da falta de capacitação dos louvados judiciais para a temática — análise

da árvore de causas e boa definição sobre nexo causal ou de concausalidade, os graus de incapacidade funcional etc. —, além da questão afeta a quais profissionais podem auxiliar o juízo nessa árdua missão de conferir a *efetiva tutela aos bens jurídicos do trabalhador*, após a perda de sua saúde, seu bem mais importante no âmbito da relação de trabalho.

Num tempo mais recente, em face da complexidade da matéria e do bem jurídico em debate, temos nos preocupado também com a análise da possibilidade de perícias multiprofissionais, a fim de se diagnosticar as incapacidades laborativas e o nexo de causalidade delas com o trabalho, pois a grande maioria dos juízes não dispõe de profissionais médicos — principalmente de médicos do trabalho — para a solução dos casos que lhes são apresentados. Daí que se construía a passos largos uma jurisprudência proativa no sentido de admitir a confecção de laudos periciais por vários profissionais da área da saúde, como

(1) Em 2010, a Revista LTr publicou estudo no qual um dos autores deste artigo examinava a problemática das perícias designadas com o fim de se reconhecer a existência de doença ocupacional, bem como do nexo de causalidade entre a referida doença e o trabalho executado. SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. As perícias judiciais para a constatação de doença ocupacional — um gravíssimo problema a desafiar uma solução urgente, para a efetiva proteção à saúde do trabalhador. *Revista LTr*, ano 74, n. 03, p. 324-331, mar. 2010.

fisioterapeutas do trabalho, psicólogos, fonoaudiólogos, dentre outros profissionais, em processos dessa natureza.

Contudo, recentemente foi publicada a Lei n. 12.842, de 10.7.2013, para regulamentar o exercício da Medicina — por isso, chamada de Lei do Ato Médico —, na qual se definiram atividades relacionadas à saúde que seriam de competência privativa dos médicos. Renova-se, então, a celeuma sobre a intrincada questão, diante da inovação legislativa. De modo que se faz necessário, portanto, um estudo do tema à luz da referida lei, não sem antes recorrer a apontamentos prévios para a boa compreensão do problema. É o que pretendemos nas linhas que seguem.

2. A necessidade de perícia nos casos de acidentes e doenças do trabalho

É voz corrente a de que nos processos que envolvem acidente do trabalho ou doença ocupacional há necessidade imperiosa de designação de perícia judicial para a averiguação das consequências do acidente típico ou para a constatação da própria doença, conforme o caso, do nexo de causalidade e das incapacidades funcionais advindas.

Não se discute essa premissa, pois o exame das questões implicadas quase sempre demanda conhecimento técnico, justamente o fator a autorizar a designação de perícia, nos moldes do art. 420, parágrafo único, do CPC, aplicável subsidiariamente no processo do trabalho por força do art. 769 Consolidado.

Entrementes, antes mesmo de se verificar a questão afeta ao direito material — incapacidade e nexo causal — há de se ter presente que a *questão primária* é de natureza eminentemente *processual*. É dizer, por lógica e bom-senso, somente necessitam de dilação probatória os fatos controvertidos, pertinentes à causa, determinados no tempo e no espaço e relevantes, ou seja, que tenham o condão de influir no convencimento judicial. É essa a dicção do art. 334 do CPC, segundo o qual não

admitem produção de prova os fatos notórios, confessados, admitidos pela parte contrária ou mesmo presumidos.

Com efeito, se o acidente do trabalho é incontroverso — diante de uma CAT emitida pelo próprio empregador ou da falta de impugnação especificada (art. 302 do CPC) —, não há razão alguma para a produção de prova sobre esse fato. Restaria espaço para a prova judicial em caso de *dúvida objetiva* acerca da incapacidade laborativa e da relação de causalidade desta com o acidente, se — de se frisar — devidamente contestadas as afirmações correspondentes.

Por que seria diferente com a doença ocupacional? Não há motivação lógica a exigir designação de perícia para a constatação da doença quando esta não foi sequer impugnada, o que ocorre em boa parte dos casos. Se o trabalhador afirma ter adquirido uma doença no trabalho, narrando-a de modo preciso, por vezes, juntando documentos elucidativos da sua existência — exames detalhados, laudos médicos, prescrições do médico que acompanha seu tratamento etc. — e não há negativa expressa, cabal, por parte do empregador, não há qualquer cabimento para a designação de perícia a fim de se constatar a doença, simplesmente porque já admitida. Nessa hipótese, como já mencionado, em havendo impugnação específica sobre o grau de incapacitação e principalmente sobre o nexo causal ou concausal é que surgirá a necessidade de perícia judicial.

Pois justamente aqui se encontra a questão crucial da possibilidade de que essa perícia seja feita por outros profissionais que não o médico, porquanto fisioterapeutas do trabalho, fonoaudiólogos, psicólogos e outros poderão aferir *incapacidade funcional* e o tal nexo, tendo suficientes competências para o exame quando a questão estiver afeta a sua área de atuação.

Vale dizer, o médico — nem mesmo o médico do trabalho — *não tem* assegurada por lei — e nem poderia ter — a privatividade de realização de perícia judicial em casos de acidente

do trabalho ou doença ocupacional. E a Lei do Ato Médico não mudou nada a esse respeito, com a devida vênia aos que pensam em sentido contrário.

Ora, nesse ponto a lei pretendeu efetuar uma ampla reserva de mercado e por isso mesmo teve alguns de seus dispositivos duramente criticados quando do trâmite legislativo e também após sua publicação, resultando na aposição de veto até mesmo ao primeiro inciso que identificava a primeira atividade privativa – veto ao inciso I do art. 4º da referida lei –, o que será objeto de análise no tópico seguinte.

3. A lei do Ato Médico

Como mencionado anteriormente, foi publicada em julho de 2013 a Lei n. 12.842, para regulamentar o exercício da atividade de médico, definindo-se as ações que seriam de competência privativa dos médicos.

Em conformidade com o art. 4º da lei, seriam de competência privativa dos médicos, dentre outras: a) *a formulação do diagnóstico nosológico* e a respectiva prescrição terapêutica (inciso I); b) *a determinação do prognóstico* relativo ao diagnóstico nosológico (inciso X); e c) *a realização de perícia médica* e de exames médico-legais, excetuados os exames laboratoriais de análises clínicas, toxicológicas, genéticas e de biologia molecular. O § 1º deste dispositivo legal explica que, por *diagnóstico nosológico*, entende-se “a determinação da doença que acomete o ser humano, aqui definida como interrupção, cessação ou distúrbio da função do corpo, sistema ou órgão, caracterizada por, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes critérios: I – agente etiológico reconhecido; II – grupo identificável de sinais ou sintomas; III – alterações anatômicas ou psicopatológicas”. Assim, numa interpretação sistemática destas regras, ter-se-ia a privatividade do médico, sobretudo do médico do trabalho, para a realização de perícia nos casos de acidente e doença do trabalho, a fim de diagnosticar a doença e/ou a incapacidade laborativa do trabalhador.

Entrementes, o § 2º do referido art. 4º já *excepcionava diversas atividades* de formulação de diagnóstico de doença — ou de aspectos importantes a ela relacionados —, para não invadir a seara própria de outras profissões. Eis a dicção desta norma: “Não são privativos do médico os diagnósticos funcional, cinesiofuncional, psicológico, nutricional e ambiental, e as avaliações comportamental e das capacidades mental, sensorial e perceptocognitiva.” Há, portanto, uma zona grise, quando se procura definir atividades privativas dos profissionais relacionados à área da saúde.

É bem verdade que este dispositivo foi vetado. No entanto, o veto se deu por uma *questão lógica*, pois o inciso I, que definia a privatividade do médico para as ações de diagnosticar as doenças, também foi vetado, de modo que não havia sentido em manter uma norma de exceção quando a regra-matriz não prevaleceria.

De outra banda, a regra do § 2º — vetada — deixa evidenciado que há outros diagnósticos inter-relacionados que não podem, em absoluto, ser de competência privativa do médico. Daí por que o *diagnóstico funcional*, tão caro à perícia judicial em casos de acidente do trabalho ou doença ocupacional, não pode, jamais, ser atribuição privativa de profissionais da área médica, muito menos de médico com especialização em Medicina do Trabalho. Dito de outro modo: a definição de qual o melhor profissional da área da saúde a efetuar o exame das *funcionalidades do organismo* depende de quais órgãos foram afetados pelo acidente ou doença que acomete o trabalhador, em seu aspecto fisiológico, porquanto somente haverá necessidade de perícia judicial quando se alegar alguma incapacidade laborativa.

De se recordar que a saúde é o mais completo bem-estar físico e *funcional* da pessoa, sendo que, dentre as diversas funções do organismo, encontram-se as do encéfalo, ou do cérebro – função mental ou psíquica. A *anatomia* do corpo humano diz respeito ao seu aspecto físico: cabeça, tronco, membros (superiores e

inferiores), órgãos (olhos, ouvidos, nariz, boca, coração, cérebro etc.), aparelhos (digestivo, respiratório, circulatório, reprodutor, encéfalo etc.), sistemas (nervoso, muscular, arterial, ósseo, dentário etc.). E a *fisiologia* é o estudo da funcionalidade do corpo humano, ou seja, de suas funções, do funcionamento dos órgãos⁽²⁾.

A saúde ou incolumidade do corpo humano abrange todos os seus tecidos, órgãos e também as infinitas funções destes órgãos, pois função “é o mecanismo de atuação de órgãos, aparelhos e sistemas”. Dentre as funções, podem ser citadas as seguintes: respiratória, circulatória, digestiva, excretora, reprodutora, locomotora, sensitiva (visão, audição, olfato, paladar e tato), psíquica, mastigatória, função de preensão etc. E a saúde mental, ligada à atividade funcional do encéfalo, abrange a consciência, a atenção, a concentração, a orientação, a percepção, a memória, a afetividade, a inteligência, a vontade, a linguagem, nas palavras do prof. João Bosco Penna⁽³⁾.

Veja-se, portanto, quão complexa é a saúde e, por via reflexa, a doença e/ou a perda (ou diminuição) da funcionalidade do organismo humano. Se há várias especialidades estudando aspectos específicos da multifacetada abrangência da saúde/doença, incluindo profissionais como médico, fisioterapeuta, psicólogo, nutricionista, e, conforme o caso, até engenheiros e outros, pois o ambiente (do trabalho) se constitui num dos mais influentes aspectos que a condicionam, como admitir que somente o médico possa diagnosticar, por meio de perícia, as incapacidades funcionais?

As razões do veto ao inciso I deixam patentes os motivos pelos quais essa privatividade não seria adequada. De se transcrevê-las, pois:

O texto inviabiliza a manutenção de ações preconizadas em protocolos e diretrizes

clínicas estabelecidas no Sistema Único de Saúde e em rotinas e protocolos consagrados nos estabelecimentos privados de saúde. Da forma como foi redigido, o inciso I impediria a continuidade de inúmeros programas do Sistema Único de Saúde que funcionam a partir da atuação integrada dos profissionais de saúde, contando, inclusive, com a realização do diagnóstico nosológico por profissionais de outras áreas que não a médica. É o caso dos programas de prevenção e controle à malária, tuberculose, hanseníase e doenças sexualmente transmissíveis, dentre outros. Assim, a sanção do texto poderia comprometer as políticas públicas da área de saúde, além de introduzir elevado risco de judicialização da matéria.

O veto do inciso I implica também o veto do § 2º, sob pena de inverter completamente o seu sentido. Por tais motivos, o Poder Executivo apresentará nova proposta que mantenha a conceituação técnica adotada, porém, compatibilizando-a com as práticas do Sistema Único de Saúde e dos estabelecimentos privados.

Portanto, é necessário superar as limitações do *modelo biomédico*, que concebe o instituto complexo *saúde* apenas na visão tradicional da Medicina, considerando apenas os aspectos biológicos como causa das doenças, para fundamentar um tratamento (ou investigação) *exclusivamente “médico”* dessas doenças. A esse respeito, veja-se:

De fato, o modelo biomédico estimula os médicos a aderir a um comportamento extremamente cartesiano na separação entre o observador e o objeto observado. Proclama-se a necessidade de um ‘distanciamento objetivo’, visto como uma qualidade que cabe preservar ou mesmo incrementar, por mais que seja inerente ao ato médico uma interação inescapável e mais ou menos intensa entre médico e paciente e que esta interação seja fundamental para o sucesso terapêutico. A intensificação da

(2) SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano*: conteúdo essencial da dignidade humana. São Paulo: LTr, 2008. p. 83-84.

(3) PENNA, João Bosco. *Lesões corporais*: caracterização clínica e médico legal. Leme-SP: LED Editora de Direito, 1996. p. 124, 148-149 e 169.

divisão do indivíduo em pedaços contribui sobremaneira para dificultar a valorização do todo. Até mesmo se nos restringirmos ao âmbito terminológico, os médicos ocidentais têm dificuldades em descrever o todo, a não ser por meio das partes. Desta maneira, por mais que alguns profissionais queiram visualizar seu paciente como um todo e situá-lo, de alguma maneira, no seu contexto socioeconômico, terminam por regressar ao reducionismo, pois este foi o modelo em que foi pautada sua formação na escola médica⁽⁴⁾.

Daí que se propugna pela adoção de um novo modelo no trato da saúde, o *modelo biopsicossocial*, que leva em conta não apenas o aspecto biológico, mas também os fatores sociais e psicológicos na verificação do complexo *processo saúde-doença*, preconizando a *atuação integrada de diversos profissionais* para o estudo e solução dos vários problemas relacionados a esse processo. A propósito:

Em geral, médicos, enfermeiras, assistentes sociais, psicólogos, fisioterapeutas, nutricionistas deveriam ter oportunidade de compartilhar, desde os anos da graduação, um espaço permanente de encontro baseado numa concepção sistêmica-ecológica da vida humana. Este espaço teria como objetivo a geração de uma base conceptual comum para lidar com o processo saúde-doença numa perspectiva interdisciplinar.⁽⁵⁾

E não somente os programas de saúde implementados pelo SUS devem ter a “atuação integrada dos profissionais de saúde”. Também nos processos em que se discutem

incapacidades funcionais decorrentes de acidente ou doença do trabalho deveria haver essa atuação *integrada*, diante de tantos aspectos relacionados à matéria que devem ser bem avaliados para uma boa solução judicial, em conformidade com o imperativo de justiça.

Assim, a perícia judicial nesses casos deveria ser *multiprofissional*, jamais realizada por um único profissional — ainda que médico —, sob pena de se ter apenas a visão de uma parte do problema, de acordo com o conhecimento técnico específico do profissional designado como perito. Vale dizer, tão importante quanto a boa anamnese do trabalhador vitimado por acidente ou doença durante o trabalho, é a “*anamnese*” do *ambiente laboral* em que ele estava inserido. Daí por que, tão ou mais importante do que diagnosticar a doença elencada nos catálogos internacionais de doenças — CID —, é verificar *em que medida a organização do trabalho*, com seus múltiplos aspectos — ambientes físico, químico, biológico e psicossocial —, contribuiu — se contribuiu — para o desfecho do resultado. Bem assim, diagnosticar com a maior precisão possível, qual a perda (ou diminuição) da *funcionalidade do organismo* do trabalhador, relacionando a doença diagnosticada com os aspectos ambientais detectados. Daí a importância de se utilizar nas perícias judiciais não somente a CID — Classificação Internacional de Doenças —, mas também a CIF — Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde —, da Organização Mundial da Saúde⁽⁶⁾.

(4) BARROS, José Augusto C. *Pensando o processo saúde doença*: a que responde o modelo biomédico? Saúde e Sociedade, vol. 11, jan. 2002, p. 79-80. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v11n1/08.pdf>> Acesso em: 7 out. 2013.

(5) TRAVERSO-YÉPEZ, Martha. *A Interface Psicologia Social e Saúde*: Perspectivas e Desafios. Psicologia em Estudo, Maringá, v. 6, n. 2, p. 49-56, jul./dez. 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v6n2/v6n2a07.pdf>>. Acesso em: 7 out. 2013.

(6) A CIF é uma classificação com múltiplas finalidades, elaborada para servir a várias disciplinas e setores diferentes. Os seus objetivos específicos podem ser resumidos da seguinte maneira: a) proporcionar uma base científica para a compreensão e o estudo dos determinantes da saúde, dos resultados e das condições relacionadas à saúde; b) estabelecer uma linguagem comum para a descrição da saúde e dos estados relacionados à saúde, para melhorar a comunicação entre diferentes utilizadores, tais como profissionais da saúde, pesquisadores, políticos e julgadores, e o público, incluindo pessoas com incapacidades; c) permitir a comparação de dados entre países, entre disciplinas relacionadas com os cuidados à saúde, entre serviços,

De modo que uma boa perícia judicial, por se tratar de matéria complexa (art. 431-B do CPC), que envolve, incontestavelmente, conhecimento de inúmeras áreas especializadas em saúde do trabalhador, deveria ser feita por, no mínimo, três profissionais, cada qual em sua área de atuação. Exemplificando: a) num caso de alegação de uma das LER/DORT, perícia no local de trabalho por profissional com conhecimentos na área de ergonomia (engenheiro, fisioterapeuta, educador físico e outros), diagnóstico da doença por médico e diagnóstico de perda funcional por fisioterapeuta do trabalho; b) na hipótese de se alegar uma doença mental relacionada ao trabalho — os transtornos mentais que tanto têm afastado trabalhadores —, o ideal também seria a avaliação da organização do trabalho e dos agravos à saúde, numa perícia multiprofissional, composta por médico, psicólogo, assistente social, dentre outros. E várias outras situações poderiam ser aqui descritas.

O importante é que não se afirme a exclusividade da realização de perícia judicial por médico, tampouco por médico do trabalho, nesses casos. Nem se objete que o médico, como perito, tem o dever de ir ao local de trabalho, por força da Resolução CFM n. 1.488/98, pois, ainda que os arts. 2º e 10 desta resolução exijam a vistoria do local de trabalho e o estudo da organização do trabalho, com a identificação dos riscos a que estava exposto o trabalhador periciando, muitos médicos se recusam a cumprir essa determinação, o que seria motivo suficiente para a declaração da nulidade do laudo pericial apresentado em juízo.

E, ainda que o médico cumpra essa diretriz, como já sustentado, a complexidade da matéria requer a atuação conjunta e integrada de diversos profissionais da área da saúde. De

se insistir: somente uma perícia multiprofissional poderá bem averiguar a complexidade dos agravos à saúde — incapacidades e (des) funcionalidades — e o nexo causal com as condições de trabalho. Dentro da própria área médica, há profissionais muito mais capacitados para essa averiguação — e até para estabelecer o próprio diagnóstico —, a depender da questão submetida a exame pericial, como o otorrinolaringologista, para a verificação de PAIR — perda auditiva induzida por ruído — e da incapacidade funcional relacionada. Assim, ainda que desejável a perícia médica por médico com especialização em Medicina do Trabalho, em casos específicos, o profissional com maior aptidão não será esse médico.

A propósito, no âmbito previdenciário, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei de n. 7.200/2010, que propõe a alteração do § 1º do art. 42 da Lei n. 8.213/91 para a ampliação da participação dos profissionais de saúde nas perícias da Previdência Social, prevendo a realização de *perícias multiprofissionais* para a avaliação das aposentadorias por invalidez. Na justificativa do projeto, os autores sustentam que, ao se “promover a avaliação pericial multidisciplinar, com a participação de diversos profissionais de saúde, tais como Fisioterapeutas, Terapeutas Ocupacionais, Psicólogos e Assistentes Sociais da Previdência Social”, isso propiciará que “o relatório final de avaliação da capacidade laborativa, nos casos de aposentadoria por invalidez”, espelhe “uma realidade mais completa, transparente e justa”⁽⁷⁾.

Enfim, veja-se a definição de profissional da área da saúde, na CIF:

(e355) Profissionais de saúde: todos os prestadores de cuidados que trabalham no contexto do sistema de saúde, como por exemplo, médicos, enfermeiros, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, terapeutas

e em diferentes momentos ao longo do tempo; d) proporcionar um esquema de codificação para sistemas de informação sobre saúde. Disponível em: <<http://arquivo.esse.ips.pt/ese/cursos/edespecial/CIFIS.pdf>> Acesso em: 6-12-2013.

(7) Projeto de Lei n. 7.200/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=830773&filename=Parecer-CSSF-16-12-2010> Acesso em: 7 out. 2013.

da fala, técnicos de audiometria, ortóticos, protésicos, profissionais na área médico-social e outros prestadores destes serviços.⁽⁸⁾

Assim, em todos os campos de análise da saúde e das incapacidades geradas pelos agravos à saúde, recomenda-se a participação de vários profissionais da área. Não deveria ser diferente no âmbito do processo do trabalho, nas causas relacionadas a acidentes e doenças do trabalho, por todas as razões aqui apresentadas.

4. Perícia judicial — No ambiente de trabalho e no trabalhador

No entanto, muitas objeções poderão ser lançadas contra a proposta de perícias multiprofissionais, destacando-se a relativa ao alto custo dessas perícias.

A não se adotar essa proposta, entendemos ser extremamente importante a realização de pelo menos duas perícias, a primeira no ambiente de trabalho e a segunda no periciando, no caso, o trabalhador vítima de acidente ou doença do trabalho. Vale dizer, o desejável é, nesses casos, determinar-se, primeiramente, a realização de perícia no local de trabalho, por engenheiro — ou fisioterapeuta, nos casos de LER/DORT, lombalgias e principalmente de doenças adquiridas em razão de inadequação da organização do trabalho (ritmo intenso, posturas inadequadas, ausência ou insuficiência de pausas de recuperação da fadiga, horas extras habituais etc.) —, e na sequência proceder-se à realização de perícia no trabalhador, por médico ou outro profissional capacitado, para a verificação da doença (se negada) e/ou da incapacidade laboral.

De se reiterar que a incapacidade laborativa está muito relacionada às (des)funcionalidades do organismo humano. Por isso, a CIF — Classificação já citada —, leva em conta as funções e estruturas do corpo, bem como os fatores contextuais — ambientais e pessoais —, ou seja, as influências externas e internas

sobre a funcionalidade e a incapacidade, para averiguar deficiências, limitações de atividades ou incapacidades. Vale dizer, para se aferir a incapacidade laboral — grau e duração —, há de se analisar todos esses componentes, a influência do meio ambiente do trabalho, inclusive no que toca às relações interpessoais, para se detectar com precisão e justiça a incapacidade para o trabalho que era desempenhado pelo trabalhador acidentado ou acometido por uma doença.

Nesse caminhar, interessante o teor do art. 12 da Resolução n. 428/2013, do COFFITO — Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional —, a seguir transcrito:

Art. 12. Recomenda-se a utilização do modelo, da linguagem e da estrutura da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) da Organização Mundial de Saúde, para a descrição das alterações funcionais, alterações estruturais, limitações de atividades, restrições da participação social e envolvimento dos fatores ambientais nos prontuários e relatórios eventualmente necessários para a prática clínica fisioterapêutica.

É chegada a hora, portanto, de se superar os modelos arcaicos de investigação dos danos provocados por acidente e doença do trabalho, mormente dos critérios (ou tabelas) de análise da perda de funcionalidade do corpo humano. Em recente decisão, o brilhante Desembargador do Trabalho do TRT da 9ª Região, Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, assim consignou em acórdão de sua lavra:

É óbvio, por outro lado, que as questões referentes à saúde do trabalhador exercem profundo gravame à sociedade, e não me refiro apenas aos custos concernentes à seguridade, preocupo-me com a conjuntura familiar, interpessoal e com a excessiva reincidência das doenças laborais e acidentes típicos, a evidenciar a ineficácia das normas preventivas. A própria Organização Mundial da Saúde superou a adoção do Código Internacional de Doenças (CID) para implementar a Classificação Internacional de Funcionalidade (CIF) que, ao considerar as afetações clínicas

(8) Disponível em: <<http://arquivo.esse.ips.pt/ese/cursos/edespecial/CIFIS.pdf>> Acesso em: 6-dez. 2013.

das doenças ou deficiências laborais, ou não, toma em conta os aspectos socioeconômicos e culturais que caracterizam o paciente, eis que pelas razões já expostas, o Estado solidário previsto pelas Constituições pós-anos 50, bem como pela própria Constituição do Brasil nos arts. 1º e 3º afeta-se de forma interdisciplinar e, portanto, custosa, onerosa e penosa em questões tais como a aqui vertida. Observo que na grande parte dos processos em que é constatada a lesão pelos peritos, adotam-se os critérios da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), que se limita a verificar a perda corporal de funcionalidade em percentuais por demais reduzidos em relação ao conjunto de circunstâncias já referendadas pela Classificação Internacional de Funcionalidade, conforme exposto acima. (TRT da 9ª Região. Processo n.: 4297-2011-195-09-00-0, relator: Des. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca.)

Outrossim, estudos apontam que um grande percentual de trabalhadores que padecem de distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho também serão acometidos de transtornos mentais, agravos à saúde que por sua vez impactam diretamente a vida e as condições sociais desses trabalhadores, exigindo inclusive um estudo social do caso, a cargo de assistente social.

O dado é suficiente para defendermos a necessidade de um novo paradigma nessas práticas, pelo menos nos casos mais graves, por meio de perícia multiprofissional composta por médicos, profissionais da área da ergonomia, psicólogos, fisioterapeutas, enfim, profissionais da área da saúde em conformidade com o conceito da CIF, já referido, além de outros profissionais, de acordo com o caso concreto.

É bem verdade que essa prática retarda a entrega da prestação jurisdicional, contrariando a tendência contemporânea de se atingir celeridade a qualquer custo, com a imposição de metas, sistemas de gestão etc. No entanto, por óbvio, os processos que lidam com essas questões não podem ser colocados na vala comum dos processos trabalhistas. A saúde — e

os efeitos jurídicos de sua perda — é um bem jurídico importante demais para ser equiparada a questões puramente patrimoniais, como salário, horas extras, verbas rescisórias etc. — ainda que também estas verbas sejam extremamente significativas para o trabalhador —, de modo que o processo em que há pedidos de indenizações por perda da saúde não poderia, jamais, ser objeto de metas judiciais, por mais que estas sejam desejáveis.

Pelo menos, deveria haver metas próprias, totalmente separadas das metas gerais, para esse tipo de processo. Isso faria com que juízes, peritos e outros atores que atuam nessas demandas pudessem ter o tempo suficiente para a boa análise do caso, sem as pressões — diretas ou indiretas — de metas e estatísticas, evitando-se os cerceamentos do direito de defesa das teses apresentadas por ambas as partes, como tem ocorrido na prática forense.

A prestação jurisdicional há de ser justa, adequada, célere e efetiva, exigindo-se para tanto um procedimento diferenciado. Por isso, o ideal seria a perícia multiprofissional, com prévia vistoria no local de trabalho e análise da organização do trabalho, como temos sustentado neste artigo, de preferência por meio de um quadro próprio de peritos da Justiça do Trabalho.

Nunca é demais frisar: o fato é que os trabalhadores lesionados têm o direito fundamental a uma tutela jurisdicional adequada, que no caso requer a realização de uma perícia judicial multiprofissional, com a devida avaliação dos agravos à saúde e da organização do trabalho.

Uma boa proposta a respeito dessa questão foi apresentada pela Desembargadora Viviane Colucci — Gestora Nacional do Programa Trabalho Seguro, instituído pelo Tribunal Superior do Trabalho —, na 6ª Reunião dos Gestores Regionais, realizada em Brasília, no dia 16 de agosto próximo passado. A proposta é de que as ações com esse objeto sejam *específicas*, sem a cumulação com outros pedidos de natureza puramente patrimonial. Houvesse ações

específicas para a postulação de indenizações por danos moral e “material” decorrentes de acidente ou doença do trabalho, nelas não se verificaria a premência de verbas alimentares como saldo de salário, verbas rescisórias, horas extras e outras, motivo pelo qual poderia haver um tempo maior — razoável — para a busca da verdade naquelas ações.

Ainda que não se atinja a almejada celeridade com essa prática, certamente ela propiciará soluções mais justas, alinhadas com a verdadeira *efetividade* da prestação jurisdicional e, portanto, trata-se de algo recomendável, em nome do *princípio do acesso à ordem jurídica justa*, nos moldes do art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da CR/88.

4.1. Doenças do trabalho e perícias multiprofissionais

No tocante à doença do trabalho, em que há necessidade de demonstração do *nexo de causalidade* entre a doença adquirida e as condições em que o trabalho foi prestado, há necessidade de se realizar duas perícias⁽⁹⁾, uma no local de trabalho e outra no trabalhador, como já apontado.

Em verdade, como já sustentado neste artigo, o ideal seria a realização de uma perícia multiprofissional, com inspeção *in loco* para se proceder à avaliação da organização do trabalho e das atividades desenvolvidas pelo trabalhador, bem como à análise de suas incapacidades e (des)funcionalidades, podendo ser necessária, ainda, a realização de estudo social para avaliar questões afetas ao impacto das lesões nas atividades da sua vida diária (acessibilidade ao transporte coletivo, local de residência, impacto social na família e nas demais relações sociais etc.). Após a exaustiva avaliação, os peritos deveriam discutir o caso e elaborar laudo conjunto, com avaliação dos

agravos à saúde, incapacidades e (des)funcionalidades, nexos causal e demais aspectos sociais, quando isso se fizer necessário.

Entrementes, estamos distantes de uma aceitação institucional dessa nova prática. Até que isso ocorra e haja um consenso de que, ainda que dispendiosa e demorada, a perícia multiprofissional possibilita uma solução mais justa para o caso concreto, de se proceder, pelo menos, a uma perícia no local de trabalho e a outra no trabalhador.

De qualquer forma, entendemos que em alguns casos, como os de LER/DORT e lombalgias, o recomendável é que a perícia “ambiental” seja realizada por fisioterapeuta do trabalho, por ser este profissional preparado para analisar os fatores ambientais ligados à ergonomia, como a verificação de repetição de movimentos, posturas inadequadas, pesos excessivos etc., nas condições de trabalho, e seus efeitos, bem como para relacionar essas condições com as doenças narradas pelo trabalhador, podendo, inclusive aferir o grau de incapacidade laborativa, quando a questão envolver distúrbio musculoesquelético do corpo humano.

Por isso, não há falar em nulidade de laudo pericial simplesmente porque elaborado por profissional formado em fisioterapia e não por médico do trabalho.

Se o perito nomeado pelo juiz se tratar de profissional formado em Fisioterapia, devidamente inscrito no em seu órgão de classe, estará plenamente habilitado para o exame das patologias relacionadas a problemas osteomusculares, inclusive decorrentes de acidente típico, assim como do nexo causal com as atividades laborais desempenhadas pelo trabalhador.

De se destacar que o art. 1º da Resolução n. 259/03 do COFFITO prevê, dentre as atribuições do fisioterapeuta que presta assistência ao trabalhador, a elaboração de relatório de análise ergonômica, o estabelecimento do nexo causal para os distúrbios cinesiológicos funcionais e a constituição de parecer técnico especializado em ergonomia (inciso VII).

(9) SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 115-117. Parte deste tópico foi extraída da obra citada, acrescentando-se, ao final, comentários sobre a Lei do Ato Médico e jurisprudências.

Seguindo essa diretriz, o art. 1º da Resolução n. 381/10 do órgão federal referido bem preceitua que, *in verbis*:

Art. 1º O Fisioterapeuta no âmbito da sua atuação profissional é competente para elaborar e emitir parecer, atestado ou laudo pericial indicando o grau de capacidade ou incapacidade funcional, com vistas a apontar competências ou incompetências laborais (transitórias ou definitivas), mudanças ou adaptações nas funcionalidades (transitórias ou definitivas) e seus efeitos no desempenho laboral em razão das seguintes solicitações:

- a) demanda judicial;
- b) readaptação no ambiente de trabalho;
- c) afastamento do ambiente de trabalho para a eficácia do tratamento fisioterapêutico;
- d) instrução de pedido administrativo ou judicial de aposentadoria por invalidez (incompetência laboral definitiva);
- e) instrução de processos administrativos ou sindicâncias no setor público (em conformidade com a Lei n. 9.784/99) ou no setor privado; e
- f) onde mais se fizerem necessários os instrumentos referidos neste artigo. (...).

Dignos de nota, igualmente, os ditames preconizados no art. 5º da Resolução CNE/CSE nº 4/02, do Conselho Nacional da Educação, o qual estabelece, *in verbis*:

Art. 5º A formação do Fisioterapeuta tem por objetivo dotar o profissional dos conhecimentos requeridos para o exercício das seguintes competências e habilidades específicas:

(*omissis*)

VI – realizar consultas, avaliações e reavaliações do paciente colhendo dados, solicitando, executando e interpretando exames propedêuticos e complementares que permitam elaborar um diagnóstico cinético-funcional, para eleger e quantificar as intervenções e condutas fisioterapêuticas apropriadas, objetivando tratar as disfunções no campo da Fisioterapia, em toda sua extensão e complexidade, estabelecendo prognóstico, reavaliando condutas e decidindo pela alta fisioterapêutica;

VII – elaborar criticamente o diagnóstico cinético funcional e a intervenção fisioterapêutica, considerando o amplo espectro de questões clínicas, científicas, filosóficas, éticas, políticas, sociais e culturais implicadas na atuação profissional do fisioterapeuta, sendo capaz de intervir nas diversas áreas onde sua atuação profissional seja necessária;

(*omissis*)

X - emitir laudos, pareceres, atestados e relatórios; (...).

Interessante notar, ainda, os termos da Resolução n. 41/2009, do Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 8ª Região – CREFITO-8:

Considerando (...) que o conhecimento técnico e científico necessário para o estabelecimento do Nexo Causal, dentre outros, é a cinesiologia (estudo do movimento) e a biomecânica (ciência que investiga o movimento sob aspectos mecânicos, suas causas e efeitos nos organismos vivos), bem como da ergonomia (adaptação do trabalho às características psicofisiológicas do homem); que o profissional fisioterapeuta apresenta formação acadêmica aprofundada nas ciências do movimento humano e da ergonomia, incluindo o estudo normal do movimento (cinesiologia) bem como o estudo dos desvios da normalidade do movimento (cinesopatologia); que ao se tratar de distúrbios do movimento, nas suas definições de LER/DORT ou outras, se faz necessário conhecimento das ciências do movimento humano, para fins de prevenção, intervenção ou reintegração, constituindo a base na formação universitária do Fisioterapeuta. (...) RESOLVE: Art. 1º O Fisioterapeuta, que estiver em pleno gozo dos direitos profissionais, com formação e experiências comprovadas nas áreas a que se proponha, é profissional capaz de colaborar com a Justiça, realizando o diagnóstico fisioterapêutico e verificando o cumprimento das Normas Regulamentadoras (NRs) do Ministério do Trabalho, emitindo laudos de Nexo Técnico e de Nexo Causal, sendo nomeado como Perito (pelo Juiz) ou indicado como Assistente Técnico (pelas partes); art. 2º - O Fisioterapeuta é considerado

habilitado, para atuar com autonomia em Perícias, em cumprimento ao estabelecido no Código de Processo Civil, Decreto-lei n. 938/69, nas Resoluções COFFITO ns. 8, 80, 10, 259, 351 e demais, desde que comprove conhecimento ou formação acadêmica complementar em perícia; art. 3º o Fisioterapeuta Perito deverá: (...) II – Proceder a avaliação dos locais de trabalho (perícia *in loco*), utilizando-se de recursos e métodos disponíveis, de acordo com o preconizado na Lei; III – Avaliar, quantificar e estabelecer a Capacidade Cinesiológica Funcional e Funcional Laboral do periciado (...).

Enfim, nos termos do art. 145 do CPC, compete ao Juiz, no caso em que designa a produção de prova pericial para fins de constatação do nexo de causalidade entre o acidente do trabalho e/ou doença ocupacional e as atividades laborais desempenhadas pelo trabalhador, bem como da perda ou redução de sua capacidade laborativa, nomear um *profissional graduado*, devidamente inscrito em seu órgão de classe e que tenha conhecimento científico sobre o objeto da perícia, *não havendo qualquer exigência legal de que referido profissional seja médico*.

E, uma vez mais, se o fato a ser apurado é, por exemplo, LER/DORT, hérnia de disco lombar, espondilose da coluna cervical e tantas outras doenças musculoesqueléticas da região lombar, assim como a existência de seu nexo com o trabalho, de se considerar o fisioterapeuta como profissional habilitado à elaboração de parecer técnico sobre a matéria. Até porque possui conhecimento científico suficiente para examinar as doenças e traumas do sistema osteomuscular, comprometedoras dos movimentos ou funções orgânicas e suas consequências.

Neste sentido:

(...) PERÍCIA REALIZADA POR PROFISSIONAL DA FISIOTERAPIA. PREVISÃO LEGAL. Na sua órbita de atuação, com os registros sobre a regulamentação do exercício da profissão pelo COFFITO (Res. n. 259/2004), o profissional da fisioterapia pode e deve ser auxiliar do Juízo sempre

que se fizer necessário, com ampla previsão na legislação processual (art. 420 e ss. do CPC). (TRT da 13ª Região, Processo n.: 00089.2008.004.13.00-4, Relator: Juiz Eduardo Sergio de Almeida, Data do Julgamento: 8.6.2011, Publicação no DJ: 13.6.2011.)

De se registrar que a *Lei do Ato Médico nada alterou a esse respeito*. E nem poderia fazê-lo, pois nenhuma lei regulamentadora de exercício profissional pode estabelecer regras processuais. Vale dizer, a lei especial deve se restringir a definir as “qualificações profissionais” exigíveis para o exercício da profissão regulamentada, nos exatos termos do inciso XIII do art. 5º da CR/88, sob pena de afronta à liberdade de trabalho, regra geral.

Por óbvio que a lei em comento pode definir outras questões relacionadas à atividade profissional, como ocorre extensamente com a Lei n. 8.906/94 — Estatuto da Advocacia —, mas não se imiscuir em matéria eminentemente processual. Nem se objete que esta última lei tem disposições de natureza procedimental, haja vista que ela regulamenta o exercício da advocacia, cujo profissional atua *em juízo*, sendo “indispensável à administração da justiça” (art. 133 da CR/88), o que não é o caso dos profissionais da área médica. Estes, ainda que atuem como peritos judiciais, importantes órgãos auxiliares do juízo, têm de se submeter às regras processuais fixadas pelas leis específicas e às determinações do juiz, dos quais são apenas auxiliares. Enfim, não há apenas peritos médicos, mas de inúmeras outras áreas de conhecimento técnico ou científico. Por isso, *é a lei processual que pode definir* qual profissional tem competência — privativa ou não — para a realização da perícia judicial.

Destarte, meras interpretações linguísticas — perícia médica somente pode ser feita por médico — não resolvem a questão. Há, aí, uma impropriedade cometida por todos nós, porque a perícia não é *médica*, mas judicial. E ainda que se entenda em sentido contrário, de se aplicar a regra do § 2º do art. 145 do CPC, segundo a qual “os peritos comprovarão sua

especialidade na matéria sobre que deverão opinar”, não restando dúvida de que, no caso de perícias em razão de doenças ocupacionais, deverão ser nomeados profissionais com conhecimentos específicos em ergonomia (médicos, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, dentre outros). No mais, aplica-se a regra muito sábia do § 3º do art. 145 do CPC, qual seja: “Nas localidades onde não houver profissionais qualificados que preencham os requisitos dos parágrafos anteriores, a indicação dos peritos será de livre escolha do juiz.” É o que tem ocorrido com frequência nas cidades menores, no interior dos Estados da Federação, nas quais poucos profissionais da área médica têm se apresentado aos juízes do trabalho para auxiliá-los nas demandas dessa natureza.

Ademais, salvo ótimas exceções, os laudos dos médicos têm deixado muito a desejar, sendo pouco elucidativos, e, de outra banda, os laudos dos fisioterapeutas do trabalho têm sido, em geral, de melhor qualidade, porque *sempre* vão ao local de trabalho e fazem uma boa “anamnese” do ambiente laboral.

Vejam-se mais jurisprudências sobre a questão:

RECURSO DE REVISTA. (...). LAUDO PERICIAL ELABORADO POR FISIOTERAPEUTA. DOENÇA PROFISSIONAL - LER/DORT. POSSIBILIDADE. 10.1. Nos termos do art. 145 do CPC, quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz escolherá o perito dentre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, desde que este seja especialista na matéria sobre a qual deverá opinar. Na hipótese, o profissional escolhido tem formação em fisioterapia, profissão devidamente regulamentada pelo Decreto-Lei n. 938/1969 e pela Lei Federal n. 6.316/1975. 10.2. Assim, diante do que preceituam as Resoluções do Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional ns. 381/2010, 259/2003 e 80/1997, revela-se incontestável a possibilidade de o profissional de fisioterapia elaborar laudo pericial, em lides que envolvam doença profissional, no

âmbito da sua atuação, com vistas a identificar, avaliar e observar os fatores ambientais que possam constituir risco à saúde funcional do trabalhador e, ainda, elaborar o diagnóstico fisioterapêutico, indicando o grau de capacidade ou de incapacidade funcional, competências ou incompetências laborais, mudanças ou adaptações nas funcionalidades e seus efeitos no desempenho laboral. 10.3. Cumpre, aqui, ressaltar que não se está a discutir a possibilidade de o fisioterapeuta vir a elaborar diagnóstico médico, situação que, por óbvio, escapa da sua área de atuação, mas sim, dentro da sua competência, atuar como perito judicial. 10.4. Por outro lado, na dicção do art. 436 do CPC, a convicção do magistrado não fica adstrita ao conteúdo do laudo pericial e às conclusões do ‘expert’. Na situação dos autos, o Juízo de primeiro grau firmou seu convencimento não só com base na perícia, mas também nas demais provas já produzidas. Recurso de revista conhecido e desprovido. (TST, RR – 76100-64.2005.5.09.0092, relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT de 3.6.2011.)

FISIOTERAPEUTA. PERÍCIA. VALIDADE. LIMITES. A perícia realizada por fisioterapeuta é válida, desde que respeitada a competência e o conhecimento técnico do profissional. Nesses termos, o fisioterapeuta não pode estabelecer nexo causal, bem como formular o diagnóstico clínico, atos exclusivamente médicos. Pode, outrossim, realizar exame funcional do reclamante, bem como a análise biomecânica e ergonômica da atividade e do posto de trabalho. (TRT da 15ª Região, Processo n.: 0125000-19.2008.5.15.0153, relator: Desembargador Samuel Hugo Lima, 3ª Turma, 5ª Câmara, Publicação no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: 25.7.2013.)

LAUDO PERICIAL REALIZADO POR FISIOTERAPEUTA. LER/DORT. PROFISSIONAL CAPACITADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 145 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. É meio de prova idôneo o laudo pericial elaborado por fisioterapeuta que — partindo de diagnóstico da doença realizado por médico especializado, não impugnado nos autos —, e, após avaliar os fatores ambientais que possam constituir risco à saúde

funcional do trabalhador, efetuar a análise biomecânica da atividade produtiva, bem como examinar a parte do corpo comprometida pelas moléstias, conclui pela existência denexo de causalidade entre a doença e as atividades laborais e constata incapacidade para o trabalho, porquanto é profissional com conhecimentos específicos para tanto, nos termos do Decreto-lei n. 938/1969, da Lei n. 6316/1975 e da Resolução n. 259/2003 do Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional. (TRT da 12ª Região, Processo n.: 0003255-32.2010.5.12.0009, relatora: Juíza convocada Lília Leonor Abreu, Publicação no TRTSC/DOE: 18/07/2013.)

PERÍCIA EFETUADA POR FISIOTERAPEUTA — ADMISSIBILIDADE — A legislação trabalhista estabelece critérios fixos quanto à realização de perícia somente no que pertine à prova de insalubridade ou periculosidade no ambiente laboral, na forma do art. 195 da CLT, reportando-se que esta se realizará pelas mãos de médico ou engenheiro do trabalho. Acata-se, pois, a realização de laudo pericial por profissional fisioterapeuta, para apuração de males decorrentes das condições laborais, com arrimo os termos do art. 145, §§ 1º e 2º do CPC, aplicável subsidiariamente, por expressa determinação celetista. (TRT da 15ª Região, Processo n.: 0112900-32.2008.5.15.0153, relatora: Desembargadora Ana Maria de Vasconcellos, Publicação no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: 14/04/2011.)

NULIDADE PROCESSUAL. RESTRIÇÃO DO DIREITO DE PRODUÇÃO DE PROVA. LAUDO PERICIAL ELABORADO POR PERITO NÃO MÉDICO. REJEIÇÃO AO PEDIDO DE NOVA PERÍCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO DE ORDEM PROCESSUAL. Não prospera a alegação de nulidade processual por restrição do direito de prova, em face de rejeição ao pedido de elaboração de nova prova pericial, por perito médico, em substituição à já produzida nos autos, por perita da área de fisioterapia. O sistema processual brasileiro consagra o princípio do livre convencimento motivado e faculta ao julgador firmar sua convicção a partir de qualquer elemento de prova legalmente produzido, desde

que fundamente sua decisão. Na hipótese dos autos, a prova teve como objetivo apurar aspectos pertinentes ao local de trabalho, tal como a biomecânica ocupacional, os quais foram devidamente valorados na formação do convencimento sobre a presença do nexo causal entre a doença profissional e as atividades desenvolvidas pela autora. Assim, não se trata de diagnóstico médico sobre a moléstia que acomete a autora, este sim ato privativo de profissional da área médica. Portanto, pela ausência de amparo legal à pretensão de que a prova pericial seja ato privativo de profissional médico e de prova sobre a falta de capacitação da perita fisioterapeuta para o mister a que foi designada, não se vislumbra prejuízo à ré, passível de caracterizar a alegada nulidade processual. Recurso a que se nega provimento. (TRT da 9ª Região, Processo n.: 99514-2005-872-09-00-7, relatora: Ana Carolina Zaina, Publicação no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: 21/01/2011.)

Bem se vê, de todos estes acórdãos, ser plenamente possível que fisioterapeuta — e outros profissionais da área da saúde — elabore laudo pericial, pois o *diagnóstico fisioterapêutico* muitas vezes se torna essencial para a aferição do grau de incapacidade funcional, especialmente em casos de LER/DORT. A propósito, o art. 1º da Resolução n. 80/1987, do COFFITO, estabelece ser da competência do fisioterapeuta “elaborar o diagnóstico fisioterapêutico compreendido como avaliação físico-funcional” do paciente.

4.2. Avaliação dos locais de trabalho — Perícia in loco

Há uma tese no sentido de que não há obrigatoriedade de o perito, sobretudo o médico, dirigir-se ao local de trabalho para proceder à perícia.

É bem verdade que o art. 2º da Resolução n. 1.488/98, do CFM — Conselho Federal de Medicina —, estabelece que, para o estabelecimento do nexo causal entre os transtornos e as atividades do trabalhador, os peritos deverão proceder, quando necessário, ao estudo do local de trabalho e ao estudo da organização do trabalho.

Contudo, do nosso ponto de vista, a omissão do perito em proceder ao estudo do local de trabalho e à averiguação da organização do trabalho configura vício que autoriza a realização de uma segunda perícia, nos termos do art. 437 do CPC, sobretudo nos casos de LER/DORT e dorsalgias/lombalgias, nos quais se torna imprescindível analisar as condições ergonômicas em que o labor era prestado.

O vício pode se configurar também nas hipóteses em que o perito vistoria a empresa, mas não avalia a atividade e a organização do trabalho de forma adequada. Obviamente que o vício é de natureza mais grave quando o perito sequer vistoria o local de trabalho.

Nos exatos termos dos itens 17.6.2 e 17.6.3 da NR-17, a devida avaliação da organização do trabalho, para efeito desta NR, deve levar em consideração, no mínimo: a) as normas de produção; b) o modo operatório; c) a exigência de tempo; d) a determinação do conteúdo de tempo; e) o ritmo de trabalho; f) o conteúdo das tarefas; g) as pausas para recuperação da fadiga.

Por isso, a IN n. 98 do INSS, Norma Técnica sobre LER e DORT, estabelece que devem ser analisados os seguintes fatores de riscos: a) o grau de adequação do posto de trabalho à zona de atenção e à visão; b) o frio, as vibrações e as pressões locais sobre os tecidos; c) as posturas inadequadas; d) a carga osteomuscular (entre os fatores que influenciam a carga osteomuscular, encontramos: a força, a repetitividade, a duração da carga, o tipo de preensão, a postura do punho e o método de trabalho); e) a carga estática; f) a invariabilidade da tarefa; g) as exigências cognitivas; h) os fatores organizacionais e psicossociais ligados ao trabalho.

Por sua vez, a ISO 11.228-3/2006⁽¹⁰⁾ prevê

(10) A norma ISO 11.228-3/2006 tornou obrigatória, na Europa, a utilização do método OCRA (*Occupational Repetitive Action*). Esse método foi desenvolvido por Daniela Colombini, médica do trabalho e pesquisadora de ergonomia da postura e do movimento na Universidade de Milão, juntamente com Enrico Occhipinti. Depois de estudar 10 mil casos de doenças diagnos-

que, na avaliação da organização do trabalho, devem ser analisados a frequência (ritmo), a força, as posturas inadequadas, as pausas de recuperação da fadiga e os fatores complementares.

Destarte, consideramos materialmente impossível a avaliação dos postos de trabalho, das atividades desenvolvidas e da organização do trabalho, nos termos da NR-17 e da IN n. 98 do INSS, sem a devida inspeção *in loco*, razão pela qual entendemos que a omissão atrai a aplicação do art. 437 do CPC, dispondo que será realizada segunda perícia quando a matéria não houver sido suficientemente esclarecida, hipótese que autoriza a redução do valor dos honorários do primeiro perito.

O ideal, portanto, é que em casos de LER/DORT e doenças correlatas, na decisão que defere a realização de perícia, seja consignada a obrigatoriedade de inspeção no local de trabalho, avaliação do posto e atividades e estudo da organização do trabalho, nos termos da NR-17 e IN n. 98 do INSS, sob a cominação de que o descumprimento acarretará a realização de segunda perícia, nos termos do art. 437 do CPC, com designação de novo perito ou realização do ato faltante com a análise do posto de trabalho, atividades e organização do trabalho. Nos locais em que há poucos peritos médicos à disposição do juízo, e que não se dispõem a cumprir essa determinação, o ideal é que o juiz designe duas perícias, como já aventado, sendo que para a perícia no local de trabalho deve consignar as diretrizes aqui mencionadas.

ticadas, eles desenvolveram a técnica, que analisa os riscos associados a movimentos repetitivos dos membros superiores. O método é voltado para médicos e engenheiros do trabalho. Segundo a médica referida, o risco existe não apenas no modelo fordista de produção, pois está ligado à alta frequência/ritmo, postura incorreta, tempo de recuperação e força. Ela presta serviço de consultoria a empresas italianas para demonstrar o custo/benefício de reprojeter postos de trabalho. “Ao aplicar o método Ocra, que pode demorar até sete anos, é possível reduzir o risco pela metade e, em alguns casos, até aumentar a produção”, afirma a pesquisadora. Disponível em: <<http://pndt.com.br/noticias/ver/2009/09/28/medica-italiana-divulga-metodo-que-analisa-riscos-de-movimentos-repetitivos>>. Acesso em: 6 dez.2013.

De se ressaltar: a matéria não se encontra no grau de disposição do perito, que é um auxiliar do juízo, sendo absolutamente impossível avaliar a existência de posturas inadequadas, ritmo intenso, emprego de força desproporcional, quantificação das pausas de recuperação da fadiga, medição dos ciclos de trabalho, sem a devida inspeção *in loco*.

Ponderamos que, em uma mesma empresa, a multiplicidade de atividades e postos de trabalho e eventuais alterações supervenientes dos postos obstam a utilização de alegadas (e às vezes não demonstradas) visitas anteriores, que, mesmo realizadas, podem conter graves omissões na avaliação da organização do trabalho, principalmente quando nem sequer considerados diplomas técnicos já consagrados sobre a questão (NR-17, Manual de Aplicação da NR-17, IN n. 98 do INSS, dados do NTEP).

4.3. Dados epidemiológicos e Nexo Técnico Epidemiológico

Infelizmente, raras são as perícias que observam o quanto disposto no art. 2º, IV, da Resolução n. 1.488/98, do CFM, sobre a avaliação dos dados epidemiológicos. Leia-se a norma:

Para o estabelecimento do nexo causal entre os transtornos de saúde e as atividades do trabalhador, além do exame clínico (físico e mental) e os exames complementares, quando necessários, deve o médico considerar:

(...)

IV – os dados epidemiológicos.

O debate nos remete de forma indelével ao instituto jurídico do *nexo técnico epidemiológico previdenciário*, previsto na Lei n. 11.430/06 e no Decreto n. 6.042/07. Dispõe o atual art. 21-A da Lei n. 8.213/91, por força da referida alteração legislativa:

A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na

Classificação Internacional de Doenças — CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento.

§ 1º A perícia médica do INSS deixará de aplicar o disposto neste artigo quando demonstrada a inexistência do nexo de que trata o *caput* deste artigo.

Havendo relação entre a atividade econômica desenvolvida pela empresa, por meio da Classificação Nacional de Atividade Econômica (CNAE), e o agravo à saúde enquadrado na Classificação Internacional de Doenças (CID), resta configurada a presunção do nexo causal.

Somente fortes subsídios probatórios e a devida fundamentação técnica do perito, calcada na avaliação dos agentes de riscos previstos na IN n. 98 do INSS e na NR-17, poderão ser aceitos como argumentos válidos em sentido contrário, sob pena de prevalência da presunção legal estabelecida pelo NTEP.

Neste sentido, já decidiu o TRT da 9ª Região:

NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO EVIDENCIADO. LAUDO PERICIAL INCONSISTENTE. DOENÇA OBREIRA CARACTERIZADA COMO OCUPACIONAL. O laudo pericial produzido nos autos afirmou que o nexo técnico epidemiológico seria atribuição exclusiva do INSS, não cabendo ao perito médico lançar conceitos sobre ele. O parecer técnico judicial, ainda, ignorou a recomendação do médico psiquiatra para o afastamento da trabalhadora da função exercida por tempo indeterminado e não relevou a circunstância de a obreira, afastada por transtorno misto ansioso e depressivo e transtorno do pânico, ter apresentado crise de choro por ocasião da perícia. Desacreditado, por conseguinte, o laudo técnico que concluiu pela ausência de nexo de causalidade entre os problemas de saúde apresentados pela Reclamante (caixa bancária) e a atividade laboral junto ao Banco. Constatado o nexo técnico epidemiológico, cuja presunção não foi elidida pelo laudo pericial inconsistente ou qualquer outra prova, reconhece-se a doença da reclamante como ocupacional. (TRT da 9ª Região, Processo n.: 1838-2011-654-09-00-3, 2ª Turma, rel. Des.

Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, DEJT de 3.9.2013.)

De se destacar que inclusive o TST vem decidindo pela aplicabilidade do NTEP em casos de doença ocupacional. Veja-se:

RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. 2. DOENÇA OCUPACIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 3. ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA. SÚMULAS 378, II E 396, I, DO TST. 4. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. (...) Assim, se as condições de trabalho a que se submetia o trabalhador contribuíram diretamente para a redução ou perda da sua capacidade laborativa, deve-lhe ser assegurada a indenização pelos danos sofridos. No caso em tela, o Tribunal Regional consignou que as atividades exercidas pelo Reclamante demandavam a realização de movimentos repetitivos, bem como que a doença que acometeu o obreiro (sinovite em punho esquerdo) está enquadrada como caracterizadora do Nexo Técnico Epidemiológico relacionado ao CNAE da Reclamada. Nessa situação, presume-se a culpa da empregadora pela doença ocupacional e era dela o ônus de comprovar a adoção das necessárias medidas preventivas exigidas pela ordem jurídica em matéria de segurança e saúde no trabalho — deveres anexos ao contrato de trabalho —, a fim de evitar o infortúnio ocorrido, ônus do qual não se desonerou, a teor do que consta do acórdão regional. Devido, portanto, o pagamento da indenização por danos morais, em razão do preenchimento dos requisitos legais exigidos (dano, nexo causal e culpa empresarial). Recurso de revista não conhecido. (TST, RR - 457500-97.2009.5.09.0670, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 9.10.2013, 3ª Turma, Data de Publicação: 11.10.2013.)

Outrossim, o NTEP pode ser muito bem utilizado para a averiguação da concausa. Em muitos casos, se torna realmente muito difícil identificar a concausa e, principalmente, quantificar, com precisão, o grau de contribuição que um determinado agente de risco (concausal) teve em determinada doença ocupacional.

Talvez essas limitações revelem a inadequação de se utilizar o paradigma científico das ciências exatas ao modelo biopsicossocial de atenção à saúde, razão pela qual a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo a aplicação do *princípio da equivalência das condições* nessa matéria, consoante se pode perceber da ementa da lavra da brilhante Des. do Trabalho Viviane Colucci, do TRT da 12ª Região, *verbis*:

DOENÇA OCUPACIONAL. NTEP EXISTENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Nas doenças ocupacionais decorrentes de atividades repetitivas, mormente aquelas em que há o nexo técnico epidemiológico previdenciário (NTEP) com a atividade desenvolvida pelo trabalhador, a natureza contratual da responsabilidade civil gera, no mínimo, a presunção de culpa pelo dano ocorrido, com a consequente inversão do ônus da prova, incumbindo à empresa, para eximir-se do dever de reparar o dano, demonstrar que inexistente, no caso concreto, o nexo técnico epidemiológico entre a doença e a atividade do trabalhador, bem como que cumpriu as obrigações atinentes às normas de medicina, higiene e segurança do trabalho. A doença que se origina de múltiplos fatores não deixa de ser enquadrada como patologia ocupacional se o exercício da atividade laborativa houver contribuído direta, embora não decisivamente, para a sua eclosão ou agravamento, nos termos do art. 21, I, da Lei nº 8.213/91. Aplica-se para a verificação da concausa a teoria da equivalência das condições, segundo a qual se considera causa, com valoração equivalente, tudo o que concorre para o adoecimento. (TRT da 12ª Região, Processo n. 215-56.2012.5.12.0014, Relatora Des. Viviane Colucci, publicação no DOE de 30.10.2013.)

Evidencia-se, assim, que para além de conhecimentos técnicos específicos em ergonomia e saúde, um bom perito deverá dominar conceitos jurídicos básicos em perícias, ainda que o enquadramento jurídico seja de atribuição dos magistrados.

Ademais, o afastamento do NTEP não pode ser feito sem a devida fundamentação.

Aplicável, portanto, no âmbito das perícias judiciais, o § 3º do art. 6º da IN n. 31 do INSS, que estabelece requisitos para o afastamento da presunção de nexo epidemiológico:

A perícia médica do INSS poderá deixar de aplicar o nexo técnico epidemiológico mediante decisão fundamentada, quando dispuser de informações ou elementos circunstanciados e contemporâneos ao exercício da atividade que evidenciem a inexistência do nexo técnico entre o agravo e o trabalho.

Ressalte-se que estes dados circunstanciados e contemporâneos devem encontrar fundamento nos documentos técnicos existentes, dentre os quais a IN n. 98 do INSS, a NR-17, o Manual de Aplicação da NR-17, dentre outros.

Note-se que em relação ao nexo concausal a IN n. 98 do INSS é precisa quanto à matéria:

Para ser significativo como causa, o fator não ocupacional precisa ter intensidade e frequência similar àquela dos fatores ocupacionais conhecidos. O achado de uma patologia não ocupacional não descarta de forma alguma a existência concomitante de LER/DORT.

Vale dizer, nas atividades econômicas que apresentam expressiva prevalência de determinadas doenças ocupacionais, o afastamento do nexo somente poderá ser admitido a partir de prova robusta de que os fatores não ocupacionais têm intensidade superior aos ocupacionais. Por isso, o nexo causal ou concausal somente pode ser afastado quando o perito constatar que o trabalho, *de forma alguma*, contribuiu para o surgimento/antecipação do agravo à saúde.

Apenas para demonstrar como o NTEP pode auxiliar na compreensão do nexo de causalidade, relacionamos a seguir algumas atividades econômicas nas quais se constata uma expressiva prevalência de doenças, que, portanto, podem ser presumidas como ocupacionais:

a) CNAE 1012 — Abate de suínos e pequenos animais: enquanto para cada 100.000 empregados de diversos setores a média (prevalência geral) do CID M 60-79 (Transtornos dos tecidos moles) é de 288,57, no

CNAE 1012 a média é de 1.229,18, ou seja, 426% superior à média geral;

b) CNAE 1041 — Fabricação de óleos vegetais em bruto, exceto óleo de milho: neste CNAE, a média do CID F 30-39 (Transtornos do humor – afetivos) é de 3.462,80, 1.656% maior do que a média geral, que é de 209,11;

c) CNAE 2910 — Fabricação de automóveis, camionetas e utilitários: enquanto a média geral do CID M 60-79 (Transtornos dos tecidos moles) é de 288,57, no CNAE 2910 a média é de 1.748,97, ou seja, 606% superior àquela média.⁽¹¹⁾

Enfim, se estabelecido o NTEP no âmbito do INSS, o perito do juízo, no processo do trabalho, deve tecer precisas considerações sobre essa ferramenta, reafirmando o nexo causal ou o afastando, sempre de modo fundamentado.

4.4. Cursos de aprimoramento para juízes, peritos, advogados e quesitos do juízo

Como se vê, na grande maioria dos processos que envolvem acidente do trabalho ou doença ocupacional submetidos à apreciação judicial será necessária a realização de perícia, por médico, fisioterapeuta, engenheiro do trabalho e outros profissionais⁽¹²⁾ — aliás, o ideal seria que o laudo fosse objeto de construção multiprofissional, como já destacado —, conforme o caso concreto.

O que se tem visto, no entanto, na maioria dos casos, é uma grande angústia dos juízes, primeiro, porque não conseguem um bom

(11) OLIVEIRA, Paulo Rogério Albuquerque de. *Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário — NTEP, Fator Acidentário de Prevenção – FAP: um novo olhar sobre a saúde do trabalhador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 133-229.

(12) SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 117-118. Parte deste tópico foi extraída da obra citada, acrescentando-se considerações sobre cursos de capacitação para outros profissionais envolvidos com a matéria e sobre quesitos do juízo.

número de peritos que se disponham a realizar tais perícias; segundo, porque dentre os integrantes do rol disponível, verifica-se a falta de capacitação (com algumas exceções) dos louvados judiciais para a temática específica, mais precisamente para a averiguação da contribuição da causa laborativa no surgimento da doença, ainda que não seja a causa única (concausa); terceiro, por um desconhecimento a respeito do grau de incapacidade que se deve constatar para efeito de indenização de danos de ordem trabalhista (ou civil), diferentemente do que se exige para o deferimento de benefício previdenciário específico, como a aposentadoria por invalidez.

Urge, pois, que a Justiça do Trabalho, mormente por parte da Administração dos Tribunais e das Escolas Judiciais, envide todos os esforços possíveis para que haja uma melhoria dos serviços periciais, a fim de que se tenha uma *efetiva tutela à saúde do trabalhador*, seu bem mais importante no âmbito da relação de trabalho.

Outrossim, também a OAB deveria promover cursos de qualificação para os advogados, pois estes são os encarregados de levar a juízo as postulações das partes no que pertine ao acidente do trabalho e à doença ocupacional. Se estes profissionais não compreenderem de maneira satisfatória a temática, pouco contribuirão para a elucidação dos problemas e para a solução justa do caso concreto. Constata-se em muitas ocasiões a necessidade de aprimoramento técnico destes profissionais, posto ser bastante raro uma petição inicial que faça menção a institutos jurídicos consagrados, como a NR-17 e o Nexo Técnico Epidemiológico, só para citarmos alguns exemplos. Ademais, os grandes escritórios de advocacia já deveriam contar com bons profissionais da área da saúde para lhes prestar apoio técnico antes mesmo do ajuizamento da ação, ou, no caso da advocacia empresarial, para o oferecimento de uma defesa consistente.

Ademais, enquanto não se criam Varas do Trabalho especializadas para as ações indenizatórias de acidente do trabalho, nas quais os

juízes e servidores estejam vocacionados ao conhecimento da matéria, e até que haja um quadro próprio de peritos judiciais, torna-se premente o investimento em *capacitação profissional* dos peritos que prestam seus zelosos trabalhos à nossa Justiça.

Quando os Tribunais Trabalhistas oferecerem, por suas Escolas Judiciais, cursos de capacitação técnica para juízes e também para os peritos que atuam na Justiça especializada, estes poderão compreender melhor a temática que lhes é submetida, especialmente a averiguação do nexo de causalidade entre o trabalho e a doença adquirida, bem como do instituto da concausa. Outrossim, essa capacitação os levaria à percepção de que a incapacidade a se constatar para efeito de indenização de danos de ordem trabalhista não tem a mesma extensão que a necessária para o deferimento de benefício previdenciário, de acordo com art. 950 do Código Civil.

Até que venha essa capacitação, pensamos que o Juiz do Trabalho precisa formular quesitos apropriados para o sucesso dessas perícias. E temos convicção de que, na necessidade de se proceder a duas perícias, no local de trabalho e no trabalhador, os quesitos devem ser específicos para cada profissional. Assim, sugerimos, a partir de proposta de *Sebastião Geraldo de Oliveira*⁽¹³⁾, os seguintes *quesitos do juízo*:

1º) *para o engenheiro do trabalho, fisioterapeuta do trabalho ou outro profissional incumbido de proceder à perícia in loco* – a) A empresa cumpria todas as normas de segurança e prevenção indicadas na legislação própria, bem como outras normas técnicas aplicáveis ao caso? Indicar quais NRs o(a) empregador(a) estava obrigado(a) a cumprir; b) O(a) autor(a) recebeu treinamento adequado para o exercício da função em que houve o acidente ou o acometimento de doença ocupacional?; c) O(a) autor(a) cumpria somente a jornada normal de

(13) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 321.

trabalho ou trabalhava ordinariamente em horas extras?; d) O(a) autor(a) gozava regularmente os intervalos intrajornada e interjornadas, os repousos semanais, os feriados e os períodos de férias?; e) Algum fator de caráter organizacional (inclusive exigência de produtividade excessiva ou tratamento excessivamente rigoroso) pode ter contribuído para o aparecimento da doença ou para a ocorrência do acidente?; f) No setor de trabalho do(a) autor(a) ocorreram casos semelhantes nos últimos cinco anos?; 2ª) *para o médico ou outro profissional capacitado* – a) O(a) autor(a) foi acometido(a) por alguma doença ocupacional? Se sim, demonstrar o nexo de causalidade entre o trabalho e a doença apresentada; b) O exercício das atividades do(a) autor(a) atuou como concausa (mínima, média ou máxima) no aparecimento ou agravamento da doença ou na ocorrência do acidente do trabalho?; c) Houve concausa mensurável (mínima, média ou máxima) relativa a fatores extralaborais?; d) Quais as alterações e/ou comprometimentos que a doença diagnosticada acarretou na saúde do(a) autor(a), na sua capacidade de trabalho e, se possível mensurar, na sua vida social?; e) Qual a redução da capacidade laboral (mínima, média ou máxima) do(a) autor(a)? f) Há viabilidade do seu aproveitamento no mercado de trabalho, dentro da sua área de atuação profissional ou em funções correlatas?; g) Há possibilidade efetiva de reversão do quadro para aptidão normal de trabalho?; h) Em caso de afastamento do nexo causal ou do nexo concausal, pode o(a) perito(a) afirmar que as condições de trabalho em nada interferiram no desencadeamento e/ou agravamento do adoecimento em questão?

Outro quesito muito importante: O(a) autor(a) recebeu benefício previdenciário por acidente do trabalho (B-91), ainda que por presunção derivada da aplicação do NTEP (art. 337 e parágrafos do Decreto n. 3.048/99)?

E, a depender do caso concreto, outros quesitos podem ser formulados pelo juiz, como:

a) Na organização do trabalho, existem fatores de risco como posturas inadequadas, ritmo intenso, pressão de tempo, uso de força, deslocamento de cargas, frio, vibrações, pressões locais sobre tecidos, metas de produtividade, sobrecarga estática ou dinâmica, invariabilidade da tarefa, monotonia fisiológica ou psicológica, ausência ou insuficiência de pausas de recuperação da fadiga, sobrecarga cognitiva, nos termos da NR-17, Manual de Aplicação da NR-17 e IN n. 98 do INSS?

b) Há nexo epidemiológico entre a atividade econômica da empresa, expressa pelo CNAE — Código Nacional de Atividade Econômica — e o agravo à saúde relacionado na CID — Classificação Internacional de Doenças —, nos termos do Decreto n. 6.042/07? Existem informações ou dados circunstanciados e contemporâneos ao exercício da atividade que evidenciam de forma robusta a inexistência do nexo epidemiológico entre o agravo à saúde e o trabalho? (IN n. 31 do INSS).

Ademais, o juiz deve exigir que os peritos respondam com propriedade esses quesitos, *fundamentando* cada uma das respostas, pois não podem se aborrecer com a grande quantidade de quesitos apresentados pelas partes e dar o mesmo “tratamento” aos quesitos do juiz, do qual são apenas auxiliares.

Quanto aos quesitos das partes, há realmente formulação de quesitos muito impertinentes, motivo pelo qual pensamos que o juiz pode limitar o número de quesitos a uma quantidade razoável, conforme o caso concreto, inclusive porque pode indeferir quesitos impertinentes (art. 426, I, do CPC). Quem pode o mais, pode o menos. Não é lógico nem razoável que a parte fique questionando sobre dados que em nada contribuem para a verificação do dano e do nexo de causalidade ou concausal, e que o

perito perca tempo considerável respondendo isso, para se evitar nulidade processual.

Somente assim será possível uma boa solução das intrincadas questões envolvendo doenças ocupacionais e acidentes do trabalho por equiparação, derivados de concausas, estabelecendo-se, com precisão, o nexo causal (ou etiológico) entre o trabalho e a agressão à saúde do trabalhador.

4.5. Honorários periciais

Gradativamente, vem sendo construído um consenso no tocante à necessidade de perícias multiprofissionais que abordem de forma técnica e adequada, a análise dos agravos à saúde dos trabalhadores e o nexo com as condições de trabalho, como já destacado neste artigo. Também vem sendo defendida a necessidade de capacitação dos peritos e de dedicação maior destes na elaboração de laudos e respostas aos quesitos.

Contudo, esse importantíssimo movimento dos atores jurídicos não trará grandes avanços sem que se altere a forma de pagamento dos honorários periciais. Atualmente, o modelo praticamente representa um grande desestímulo à boa prática pericial. Os problemas principais correspondem ao momento do pagamento e aos baixos valores que vêm sendo pagos. Faz-se necessária a *antecipação dos valores* pagos a título de honorários periciais, bem como a fixação de honorários em *valores que evitem a precarização do trabalho pericial*.

Daí a grande dificuldade de se conseguir mais e melhores peritos, porque um processo dessa natureza se arrasta por anos. E por vezes se trata de casos complexos, que demandam muito tempo e atenção do perito, de modo que é, sim, um fator estimulante de boas perícias o arbitramento de honorários compatíveis com a complexidade do caso e o grau de zelo do profissional de confiança do juízo.

Ademais, não há como deixar de arbitrar honorários periciais prévios nesses processos. Ora, se o juiz *inverte o ônus da prova* — e pensamos que deveria fazê-lo sempre, nessas demandas,

conforme remansosa jurisprudência a esse respeito — não há nenhum óbice legal à fixação de honorários prévios por parte da empresa ou empregador, numa interpretação lógica do art. 33 do CPC. Aqui não há falar em perícia requerida exclusivamente pelo autor da demanda, até porque a perícia é *necessária*. E se o juiz a determina de ofício, deve arbitrar os honorários prévios a serem suportados pela parte que detém o ônus da prova respectivo. Essa é a *interpretação lógica* do dispositivo citado, porque no processo civil o ônus da prova, em regra, incumbe ao autor, não ao réu.

Urge, pois, que o E. TST reveja sua jurisprudência — consubstanciada na OJ n. 98 da SBDI-II, que considera ofensiva de direito líquido e certo a exigência de honorários periciais prévios, por incompatibilidade com o processo do trabalho —, pelo menos no tocante às perícias para a elucidação das pretensões relacionadas a acidente do trabalho e doença ocupacional. Do contrário, continuaremos com a angústia de buscar bons e abnegados peritos, para que os processos cheguem a bom termo.

No tocante ao *valor dos honorários*, estimamos que, para uma boa perícia, feita com exame clínico (físico e mental), análise da história clínica e ocupacional, estudo do local de trabalho e da organização do trabalho, verificação de dados epidemiológicos (inclusive NTEP), de literatura atualizada, avaliação da ocorrência de quadro clínico ou subclínico, identificação dos riscos existentes na organização do trabalho, eventual tomada de depoimento sobre a experiência de trabalhadores, bem como análise dos conhecimentos e práticas de outras disciplinas e de seus profissionais da área da saúde ou não (Res. n. 1.488/98 do CFM), serão despendidas em torno de 25 a 30 horas, já computados deslocamentos, visitas, análise do processo, avaliação dos dados coletados, exame clínico, elaboração do laudo e respostas aos quesitos.

A propósito, o Instituto Catarinense de Engenharia de Avaliações e Perícias de Santa

Catarina — IBAPE/SC — prevê, como critério de pagamento, o valor mínimo da hora técnica de R\$ 170,00 (cento e setenta reais).

Já a Resolução n. 428/2013, do COFFITO, fixa, para a elaboração de relatório de análise ergonômica (Cód. 13106973), por hora técnica, 250 CHF — Coeficiente de Honorários Fisioterapêuticos —, sendo que cada CHF vale, no mínimo, R\$ 0,39 (trinta e nove centavos), totalizando R\$ 97,50 reais por hora.

Portanto, entendemos que, para a realização de uma perícia de boa qualidade, os honorários periciais devem ser arbitrados entre R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por profissional nomeado, sendo recomendável a realização de perícias multiprofissionais.

E deve haver *antecipação de honorários* (prévios) quando da entrega do laudo, em valores correspondentes a, no mínimo, um salário mínimo nacional.

A propósito, no Seminário sobre perícias judiciais realizado pela Escola Judicial do TRT da 15ª Região, em parceria com os gestores regionais do Programa Trabalho Seguro, do TST, em Campinas (SP), no dia 8 de novembro de 2013, houve consenso entre juízes e peritos — havia cerca de 60 juízes e 140 peritos (médicos e engenheiros) — quanto ao valor dos honorários prévios (um salário mínimo) e no tocante aos honorários finais (R\$ 2.500,00, em média).

Portanto, torna-se *extremamente necessária a alteração* da Resolução n. 66/2010, do CSJT, dispondo sobre honorários periciais nos casos de concessão dos benefícios da justiça gratuita, posto que prevê a antecipação no valor de apenas R\$ 350,00, bem como o limite de R\$ 1.000,00 por perícia, importe que até pode ser majorado, mas mediante a devida fundamentação (art. 3º). Ademais, além de condicionar o pagamento dos honorários finais ao trânsito em julgado, esta resolução disciplina que o pagamento dos honorários “está condicionado à disponibilidade orçamentária, transferindo-se para o exercício financeiro subsequente as

requisições não atendidas” (art. 9º), o que tem gerado muito descontentamento por parte dos peritos, e com muita razão.

Outrossim, a OJ n. 98 da SBDI-II requer *imediata alteração*, posto que incompatível com a efetividade, celeridade e adequação da tutela jurisdicional, previstos na Constituição da República. Ponderamos que a referida orientação jurisprudencial data de 2005, citando precedentes de 1997 e de 2000, período em que a realidade da Justiça do Trabalho era completamente outra. Na época, ainda não tínhamos — segundo jurisprudência majoritária — competência para as ações indenizatórias de acidente do trabalho.

Este posicionamento vem sendo defendido por diversos autores, dentre os quais vale ressaltar o Juiz do Trabalho Luciano Athayde Chaves⁽¹⁴⁾, em brilhante artigo doutrinário.

4.6. Varas Especializadas na Justiça do Trabalho

A plenitude do Direito Constitucional Socioambiental requer uma tutela jurisdicional efetiva, célere, justa e adequada.

Em se tratando de ações indenizatórias de danos decorrentes de acidente do trabalho, um procedimento adequado requer, do nosso ponto de vista, perícias minimamente adequadas — o que obviamente não vem ocorrendo na maioria dos casos — e juízes qualificados (capacitados) para julgar a matéria, por meio da criação de *Varas do Trabalho Especializadas em Acidentes do Trabalho, Doenças Ocupacionais e Tutela ao Meio Ambiente de Trabalho*.

A matéria foi objeto de deliberação pelo CSJT, que acolheu a necessidade de varas especializadas, assim dispondo a Resolução n. 63/2010, na sua atual redação:

Art. 9º A criação de Vara do Trabalho em localidade que ainda não conta com uma

(14) CHAVES, Luciano Athayde. *É preciso debater a perícia na Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-02/luciano-athayde-preciso-debater-prova-pericial-justica-trabalho>> Acesso em: 10 dez. 2013.

Unidade da Justiça do Trabalho condiciona-se à existência, na base territorial prevista para sua jurisdição, de mais de 24.000 (vinte e quatro mil) trabalhadores ou ao ajuizamento de pelo menos 350 (trezentos e cinquenta) reclamações trabalhistas por ano, apuradas nos três anos anteriores.

§ 1º Nas localidades que já disponham de Varas do Trabalho, a criação de uma nova unidade somente poderá ser proposta quando a média de processos anualmente recebidos em cada Vara existente, apurada nos três anos anteriores, for igual ou superior a 1.500 (mil e quinhentos). (Renumerado por força do art. 1º da Resolução nº 93, aprovada em 23 de março de 2012.)

§ 2º O quantitativo mínimo referido pelo parágrafo primeiro deverá ser reduzido a 700 (setecentos) processos na média apurada nos três anos anteriores, *quando se tratar da criação de Vara do Trabalho destinada à especialização em acidentes de trabalho*. (Incluído pela Resolução n. 93, aprovada em 23 de março de 2012.)

No mesmo sentido caminha o CNJ, pois no tema saúde, por óbvio, encontra-se a matéria acidente do trabalho, que se trata da mais grave violação àquele direito humano fundamental. Recente notícia sobre o tema foi veiculada no site de notícias da Agência Brasil⁽¹⁵⁾:

06/08/13. CNJ recomenda ao Judiciário a criação de varas especializadas em direito à saúde. Brasília – O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, hoje (6), por unanimidade, recomendação aos tribunais de todo o país para que criem varas especializadas no julgamento de processos relacionados ao acesso à saúde. “A especialização pode propiciar decisões mais adequadas e precisas”, disse a conselheira Maria Cristina Peduzzi, ministra do Tribunal Superior do Trabalho, acompanhando o conselheiro Ney Freitas, relator do processo. Na mesma decisão, o conselho recomendou ao Judiciário prioridade no julgamento de ações que envolvem planos e seguros de saúde.

(15) Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-08-06/cnj-recomenda-ao-judiciario-criacao-de-varas-especializadas-em-direito-saude>> Acesso em: 10 dez. 2013.

Pensamos que a especialização trará inegáveis avanços, possibilitando o aprofundamento da matéria no tocante à efetivação dos princípios de direito ambiental (desenvolvimento sustentável, prevenção, precaução, poluidor pagador, obrigatoriedade da ação estatal, cooperação, educação ambiental, dentre outros); aprofundamento técnico com domínio de institutos consagrados e de documentos técnicos aplicáveis (NRs, notadamente a NR-17, Manual de Aplicação da NR-17, IN n. 98, NTEP, IN n. 88/2010 do MTE e Guia de Análise de Acidentes do MTE, dentre outros); identificação dos procedimentos mais adequados à tutela preventiva e reparatória de danos à saúde dos trabalhadores; facilidade na identificação de peritos mais qualificados a atuar nos feitos; aprimoramento da atuação interinstitucional entre o Judiciário e os diversos agentes estatais que atuam na matéria, SUS (CERESTs), MTE, MPT, FUNDACENTRO, dentre outros; conhecimento aprofundado das medidas coletivas necessárias à adequação do meio ambiente de trabalho (ritmo, pausas, mobiliário, condutas médicas, duração do trabalho, proteção de máquinas e equipamentos, vasos de pressão); visão global das atividades econômicas e empresas que mais geram adoecimentos; domínio da matéria afeta à tutela coletiva e inibitória etc.

Quanto ao tema, o Judiciário Estadual, há décadas, trabalha com o conceito de especialização de matérias, bastando lembrar-se das Varas da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho, Varas da Infância e Adolescência, Varas de Direito Bancário, dentre outras. Tudo isso demonstra as inúmeras vantagens da especialização, tal como ocorre no campo da Medicina e da própria Advocacia.

Enfim, a criação de varas especializadas ampliará, de forma significativa, a qualidade das tutelas preventiva e reparatória em relação aos danos à saúde dos trabalhadores, com a formação de magistrados profundamente qualificados para assegurar uma jurisdição justa, célere, efetiva e adequada.

Não é demais lembrar alguns dos evidentes problemas que as tutelas preventivas e repressivas vêm enfrentando atualmente na Justiça do Trabalho: a) o elevado número de doenças ocupacionais decorrentes da inadequação da organização do trabalho; b) as perícias inadequadas; c) a fixação de indenizações em valores irrisórios, com raras exceções.

Entendemos ser necessária, portanto, a *priorização das tutelas coletivas e inibitórias* como forma de reduzir o expressivo contingente de adoecimentos no mundo do trabalho, o que demandará a presença e atuação de um juiz ainda mais qualificado e compromissado com a efetivação do direito fundamental à saúde e ao meio ambiente de trabalho adequado, razão pela qual defendemos a criação de *Varas do Trabalho Especializadas em Acidentes do Trabalho, Doenças Ocupacionais e Tutela ao Meio Ambiente de Trabalho*.

Do ponto de vista da tutela reparatória, serão necessárias perícias multiprofissionais, com a antecipação de honorários em valores compatíveis com a complexidade da matéria e *aumento expressivo* dos valores arbitrados a título de indenização, em observância aos princípios da reparação integral e do poluidor pagador.

4.7. Quadro de Peritos da Justiça do Trabalho

A relevância das perícias judiciais na proteção à saúde do trabalhador e na reparação/compensação dos danos causados pela inadequação das condições de trabalho estão a exigir a criação de um quadro próprio de peritos na Justiça do Trabalho, com vistas à realização, num futuro próximo, de perícias multiprofissionais.

Pensamos que agentes estatais devidamente concursados e capacitados são, inegavelmente, os melhores agentes para proceder à avaliação dos agravos à saúde e do nexo causal entre as condições de trabalho e tais agravos.

O Judiciário Trabalhista já conta, ainda que de forma pouco expressiva, com profissionais da

área da saúde, em geral atuando nos setores de saúde dos servidores, cabendo um amplo debate sobre a conveniência e oportunidade de ampliação destes quadros para que haja servidores públicos especializados na realização de perícias em matéria de saúde (acidente e doença do trabalho).

Considerando que as patologias que mais acometem os trabalhadores são os distúrbios osteomusculares e os transtornos mentais, com preponderância da primeira espécie, não haveria a necessidade de uma vasta gama de especialidades, ainda que seja necessário um número considerável de peritos.

O maior entrave à criação de um quadro próprio de peritos (concursados) seria os custos envolvidos; todavia, não se pode negar que o atual modelo, além de despender valores consideráveis, vem se demonstrando bastante limitado e inadequado.

Sugerimos aos Tribunais que realizem estudos para embasar a tomada de decisões, com a avaliação do número de peritos que efetivamente realizam perícias e dos valores que são pagos com suporte no orçamento do Judiciário Trabalhista⁽¹⁶⁾, para que se investigue a pertinência da construção de um modelo de perícias realizadas por servidores de um quadro próprio dos TRTs.

As despesas decorrentes do novo modelo podem advir de diversas fontes de custeio, como a ampliação dos valores das custas processuais, os rendimentos dos depósitos

(16) Somente para que possamos refletir sobre a questão, a estimativa de orçamento da União para o custeio de honorários periciais na Justiça do Trabalho, para 2014, é de 109 milhões de reais. Como a remuneração de um analista pericial em início de carreira gira em torno de R\$ 10.900,00, aquele valor seria suficiente para contratar aproximadamente 770 peritos, cerca de 32 peritos para cada Tribunal Regional, *em média*, considerando-se que há tribunais com pouca demanda e outros com um volume processual bem mais elevado, como os TRTs da 2ª e 15ª Regiões, de modo que, com essa estimativa e o aumento do valor das custas processuais, haveria dinheiro suficiente para estruturar a carreira de peritos públicos, na Justiça especializada.

recursais, taxas de realização de perícias, dentre outros.

Os direitos fundamentais à saúde, à reparação integral e à tutela jurisdicional célere, efetiva, justa e adequada *impõem aos atores jurídicos* essa complexa tarefa de aprimoramento das tutelas reparatórias decorrentes de doenças ocupacionais e acidentes do trabalho.

5. Considerações finais

A título de breve síntese do quanto até aqui explanado, pensamos que nessas questões envolvendo as perícias nos processos em que se discute danos relacionados a acidente do trabalho e doença ocupacional, há de se empregar uma interpretação que leve em conta *a unidade do sistema e a efetividade da prestação jurisdicional*, direito fundamental de todos os litigantes.

Assim, podemos concluir que:

- a) apenas em caso de *dúvida objetiva* acerca da incapacidade laborativa e da relação de causalidade desta com o acidente ou doença ocupacional é que se torna necessária a realização de perícia;
- b) o médico — nem mesmo o médico do trabalho — *não tem* assegurada por lei — e nem poderia ter — a privatividade (exclusividade) de realização de perícia judicial em casos de acidente do trabalho ou doença ocupacional, não tendo a Lei do Ato Médico promovido nenhuma alteração jurídica a esse respeito;
- c) os vetos apostos a dispositivos desta lei deixam claro que até mesmo a formulação de diagnóstico de doença, em alguns casos, não pode ser de competência exclusiva do médico, quanto mais das *funcionalidades do organismo humano*, questão imprescindível para se aferir as incapacidades laborais, não sendo privativos do médico os diagnósticos funcional, cinesiofuncional, psicológico, ambiental e as avaliações das capacidades mental, sensorial e perceptocognitiva;

d) o ideal seria uma perícia *multiprofissional*, sob pena de se ter apenas a visão de uma parte do problema, de acordo com o conhecimento técnico específico do profissional designado como perito, até porque tão importante quanto a boa anamnese do trabalhador, é a *“anamnese” do ambiente laboral* em que ele estava inserido, sendo imprescindível, na grande maioria dos casos, uma análise da *organização do trabalho*, com seus múltiplos aspectos — ambientes físico, químico, biológico e psicossocial —, e de sua contribuição para o processo de adoecimento;

e) a não se adotar a proposta de perícias multiprofissionais, entendemos ser extremamente importante a realização de pelo menos *duas perícias*, a primeira no ambiente de trabalho e a segunda no trabalhador vítima de acidente ou doença do trabalho, sendo plenamente possível a designação de fisioterapeuta do trabalho — ou outro profissional qualificado — para a realização da perícia “ambiental” e das incapacidades relacionadas ao sistema musculoesquelético ou osteomuscular;

f) para o sucesso dessas perícias, pensamos que o juiz do trabalho deve formular *quesitos do juízo apropriados*, indeferir quesitos impertinentes das partes e arbitrar honorários periciais — prévios e finais — compatíveis com a complexidade do caso e o grau de zelo do profissional nomeado.

Enfim, devem os Tribunais Trabalhistas promover *cursos de capacitação técnica para juízes e também para peritos* que atuam na Justiça especializada, para que estes possam compreender melhor a temática que lhes é submetida, especialmente a averiguação do nexo de causalidade entre o trabalho e a doença adquirida, bem como do instituto da concausa. E os Tribunais devem, ainda, promover a realização de estudos para investigar a viabilidade da criação de *Varas do Trabalho Especializadas em Acidentes do Trabalho, Doenças Ocupacionais e Tutela ao Meio Ambiente de Trabalho*,

bem como para que se analise a pertinência de um *quadro próprio de peritos*, a fim de se construir um (novo) modelo de perícias na Justiça do Trabalho.

Ademais, os juízes do trabalho não devem se preocupar tanto com metas quando tiverem em suas mãos processos dessa natureza, empenhando-se ainda mais na busca da solução justa para o caso concreto, que envolve danos ao direito mais fundamental do trabalhador: sua saúde, *projeção objetiva* de seu direito abstrato à vida.

A busca deve ser, sempre, pela *equidade*, pela justiça *efetiva*, não se olvidando de que não há efetividade sem riscos, sendo que “o juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal”⁽¹⁷⁾.

6. Referências

BARROS, José Augusto C. *Pensando o processo saúde doença*: a que responde o modelo biomédico? Saúde e Sociedade, v. 11, jan. 2002, p. 79-80. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v11n1/08.pdf>> Acesso em: 7 out. 2013.

CHAVES, Luciano Athayde. *É preciso debater a perícia na Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-02/luciano-athayde-preciso-debater-prova-pericial-justica-trabalho>> Acesso em: 10 dez. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

OLIVEIRA, Paulo Rogério Albuquerque de. *Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário — NTEP, Fator Acidentário de Prevenção — FAP: um novo olhar sobre a saúde do trabalhador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002.

PENNA, João Bosco. *Lesões corporais*: caracterização clínica e médico-legal. Leme-SP: LED Editora de Direito, 1996.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano*: conteúdo essencial da dignidade humana. São Paulo: LTr, 2008.

_____. As perícias judiciais para a constatação de doença ocupacional — um gravíssimo problema a desafiar uma solução urgente, para a efetiva proteção à saúde do trabalhador. *Revista LTr*, ano 74, n. 03, mar. 2010, p. 324-331.

_____. *Acidente do trabalho*: responsabilidade objetiva do empregador. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

TRAVERSO-YÉPEZ, Martha. *A interface psicologia social e saúde*: perspectivas e desafios. Psicologia em Estudo, Maringá, v. 6, n. 2, p. 49-56, jul./dez. 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v6n2/v6n2a07.pdf>> Acesso em: 7 out. 2013.

(17) MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 124.

O paradigma da verdade no processo do trabalho: uma necessária mudança de perspectiva

Konrad Saraiva Mota^(*)

Resumo:

- ▶ É demasiada difundida a ideia de que o processo do trabalho, mormente em sua fase cognitiva de empenho probatório, dedica-se à descoberta da verdade. Não de qualquer verdade, mas da verdade mais consentânea com a realidade dos fatos ocorridos, o que autorizaria a justa decisão do julgador. Acontece que a verdade não pode ser colocada como finalidade última da prova, tampouco como elemento de inspiração psicológica do julgador no mecanismo de legitimação da atividade jurisdicional. O presente trabalho objetiva, portanto, estabelecer outra perspectiva sobre a verdade e sua função do processo do trabalho. Para tanto, será demonstrada a necessidade de abandonar a busca da verdade como finalidade última da prova. Será, ainda, apresentado o risco que a hipertrofia da verdade pode ensejar, quando confundida com evidência, contaminando o julgamento com expectativas e presunções capazes de desvirtuar a democraticidade procedimental, gerando decisões com pouca ou nenhuma comprovação. Na sequência, será igualmente afastada a colocação da verdade como justificativa da atividade processual, embora sabidamente intangível, para, ao final, apontar o correto lugar da verdade, como mais um elemento de conectividade processual, que, na teia do sistema, contribui para dialética democrática de construção participativa do provimento jurisdicional

Palavras-chave:

- ▶ Verdade — Processo do Trabalho — Nova perspectiva — Processo como sistema — Elemento de conectividade processual.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A verdade no processo: deslocamento de perspectiva

(*) Graduado em Direito (2003). Pós-graduado em Direito (Pós-graduação *Lato Sensu* 2004 e 2012). Mestre em Direito (Pós-graduação *Stricto Sensu* 2012). Doutorando em Direito do Trabalho (PUC/Minas — 2014). Juiz do Trabalho junto ao TRT da 7ª Região (desde 2006). Ex-Juiz do Trabalho junto ao TRT da 14ª Região (2004-2006). Juiz Coordenador dos Leilões Judiciais junto ao TRT da 7ª Região (2008-2010). Agraciado pela Ordem Alencarina

do Mérito Judiciário Trabalhista no grau de Oficial em 2009. Conselheiro da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região desde 2010. Professor de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da Universidade de Fortaleza — UNIFOR desde 2007 (graduação e pós-graduação). Professor Colaborador da Escola da Magistratura do Trabalho da 7ª Região. Professor de Cursos Preparatórios para Concursos Públicos e Exame da OAB.

- ▶ 3. O abandono da verdade como finalidade última da prova
- ▶ 4. O processo instrumental e o risco da verdade-evidência como fator alucinatório da atividade jurisdicional
- ▶ 5. A visão utilitarista da verdade como inspiração psicológica do julgador
- ▶ 6. A verdade como elemento de conectividade processual
- ▶ 7. Conclusão
- ▶ 8. Referências

1. Introdução

O presente artigo tem por finalidade rediscutir o paradigma da verdade no processo do trabalho. Para tanto, será demonstrada a necessidade de um deslocamento de perspectiva da busca da verdade e a consequente identificação do seu adequado lugar na dinâmica processual.

A abordagem, contudo, dependerá da superação de algumas teorias, como aquela que coloca a descoberta da verdade como finalidade última da prova, pressupondo-se que o empenho cognitivo visa unicamente à reconstrução dos fatos narrados tal como aconteceram e nos quais será embasada a decisão judicial.

Também não será esquecida a reflexão crítica sobre o risco da verdade enquanto evidência como elemento de contaminação alucinatória da decisão judicial, favorecendo uma colonização do processo pelo julgador no incentivo de julgamentos que pouca ou nenhuma importância conferem ao diálogo probatório.

Outro aspecto que igualmente será abordado refere-se ao uso da verdade como elemento de inspiração psicológica do julgador, fazendo com que o magistrado, embora ciente de que não pode atingir a verdade absoluta, alicerça sua atividade neste desiderato como caminho para legitimação de sua atuação.

Finalmente, a verdade será posta no seu devido lugar, como elemento de conectividade na teia processual, teia esta dotada de dinâmica e movimento, sobretudo discursivo, de modo que a verdade não se apresenta como objetivo final da prova, mas como elemento de democratização do processo, enquanto facilitadora

do discurso na construção do provimento jurisdicional.

2. A verdade no processo: deslocamento de perspectiva

Falar em processo cognitivo remete inevitavelmente à evocação da prova e de sua função. Não raros são os escritos que, sem a merecida profundidade, sustentam a descoberta da verdade como desiderato probatório absoluto. Entretanto, a busca da verdade no processo exerce uma funcionalidade diversa e muito menos substancial do que o escopo último do empenho probatório.

Inúmeros são os estudos, mormente no campo filosófico, acerca do conteúdo da verdade. No processo, porém, a verdade sempre foi vista como objetivo a ser alcançado pelo juiz na reconstrução dos fatos que permeiam o litígio. Recorre-se, muitas vezes, à afirmação de que o julgamento atingiu o verdadeiro, tal como ocorrido, restabelecendo às partes naquilo que lhes é de direito. Acontece que essa visão irrefletida da atuação jurisdicional não mais encontra sustentação teórica e prática, diante do paradigma do processo democrático.

Necessário e urgente, pois, uma redefinição adequada do problema da verdade no processo do trabalho, o que somente será possível mediante de um deslocamento de perspectiva, tal como ensina Martins (2010, p. 81):

Enquanto o debate se mantiver dentro das mesmas regras do jogo que outrora conduziram à consagração do ‘verdadeiro’ como eixo central do sistema processual, enquanto a argumentação utilizada para propor o

deslocamento funcional a partir de dentro da mesma província de significado que a argumentação utilizada para re-dizer (*sic*) a centralidade, a possibilidade de produzir uma efectiva reconsideração do problema será sempre escassa.

Ao invés dos debates inócuos e intermináveis sobre o conteúdo da verdade, é preciso, como primordial ao seu correto enfrentamento, estabelecer o “lugar do ‘verdadeiro’ no âmbito de uma dinâmica processual que reconfigura e o move a cada momento”. (MARTINS, 2010, p. 81.)

3. O abandono da verdade como finalidade última da prova

Antes de estabelecer o lugar que a verdade deve ocupar no sistema processual, sobretudo no campo da prova, imperioso o abandono de algumas teorias que, de tão repisadas, acabam por se dogmatizar no tempo.

Remansosos são os escritos que apontam a busca da verdade como escopo probatório no âmbito do processo do trabalho. A fase cognitiva estaria, assim, à disposição do juiz para, na qualidade de dirigente do feito, descobrir a verdade tal como de fato aconteceu.

Recai-se, nesse particular, na discussão de vários conceitos que, como bem assinala Taruffo (2012), nada têm de úteis, como é o caso, por exemplo, da distinção entre verdade formal e verdade material, a primeira interior ao processo e a segunda exterior ao mesmo. Segundo o autor:

(...) não existem diferentes espécies de verdades, que dependeriam desse estar no interior ou no exterior do processo: como foi dito várias vezes, a verdade dos enunciados sobre fatos da causa é determinada pela realidade desses fatos, e isso acontece seja no processo, seja fora dele. (TARUFFO, 2012, p. 107.)

Quer-se dizer que a verdade é uma só: de modo que ou algo é ou não é verdadeiro. Acontece que o alcance absoluto dessa verdade pode nunca acontecer no curso do processo.

Duas pessoas podem ter presenciado o mesmo fato, depondo em juízo sobre ele. Por certo, darão suas versões daquilo que conheceram e, a depender da interpretação, do ponto de vista, do campo de visão, da lembrança, dos conceitos previamente estabelecidos, e mais um sem-número de variáveis, declararão a sua verdade.

E o artifício decisório ainda perpassará por outro momento delicado, antes da deliberação final, qual seja: o assentimento do julgador quanto à valoração das versões à luz do seu convencimento. Assentimento este limitado pelas regras procedimentais de produção probatória, com respeito ao contraditório e ao devido processo legal. Assentimento que poderá, embora legalmente concebido, resultar numa “verdade” muito distante daquilo que verdadeiramente ocorreu. E quem dirá que tal procedimento não produzirá os efeitos desejados?

Resulta afirmar, nesse rumo de pensamento, que a realidade pode jamais ser alcançada no processo e arrisco dizer — como julgador — que na maioria das vezes não o é. Nem por isso o processo deixa de ser um sistema apto à promoção do direito fundamental ao provimento jurisdicional democrático e participativo.

4. O processo instrumental e o risco da verdade-evidência como fator alucinatório da atividade jurisdicional

Outro aspecto que não pode deixar de ser adequadamente enfrentado diz respeito à função da verdade-evidência como fator de alucinação do julgador na instrumentalização do processo.

Ao se enxergar o processo como um mero instrumento posto a serviço da jurisdição, preconiza-se a ideia de que a finalidade da atividade será atingida sempre que a solução for dada de modo mais célere, conforme disposição do magistrado.

Quanto mais célere o processo se apresentar, mais consentâneo com a sua finalidade estará, de sorte que os direitos fundamentais trabalhistas

gozariam de maior segurança e respeito sempre que eventuais descumprimentos pudessem ser reparados, pela prestação de uma tutela instrumentalmente rápida.

A crítica que se faz à visão extremamente instrumental do processo é, justamente, o risco de atropelo da garantia constitucional do devido processo em nome de uma solução rápida para o litígio.

Sob essa perspectiva, a verdade passaria muitas vezes ao cabo da evidência. “Diz-se evidente o que dispensa a prova. Simulacro de autorreferencialidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesmo, a evidência corresponde a uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade” (MARTINS, 2010, p. 3).

Imbuído pelo “espírito de celeridade”, o julgador acabaria se deixando levar pelos caminhos das presunções e expectativas (estas sempre tendentes ao preenchimento), o que não raro resultaria no esquecimento da prova e de sua importância democrática no processo, em festejo ao que se considera evidente.

Essa verdade-evidência — que pouco ou nada se ocupa com a prova — seria, para Martins (2010), alheia à ideia de processo, provocando o que vocacionou denominar alucinação. Nas palavras do autor:

(...) deferentemente da prova, a evidência não remete para dispositivos exteriores de avaliação, porque ela constitui um desdobramento do sentido na indicação da sua própria verdade, pondo-se por si, quer dizer, alucinando.

O juiz, por esteio de que determinados fatos seriam por si evidentes, vislumbraria aí a verdade necessária ao julgamento, relegando a prova e o tempo devido para sua produção ao posto de obstáculo ao instrumental de celeridade e eficácia processual.

Ocorre que o efeito alucinatório da verdade-evidência contaminaria a atividade jurisdicional a ponto de sacrificar o fator de democratização

indispensável ao processo como garantia constitucional, rompendo o equilíbrio em prol de uma aclamada celeridade. Eis um risco a ser superado.

5. A visão utilitarista da verdade como inspiração psicológica do julgador

Aqui também não se pode olvidar os que apontam a função utilitarista da verdade como elemento de inspiração psicológica do julgador no exercício de seu mister jurisdicional. Sob tal prisma, não mais se coloca a descoberta da verdade como escopo na prova do processo.

Reconhece-se, portanto, que a verdade — sobretudo enquanto verdade absoluta — pode não ser alcançada. A substância daquilo que é verdadeiro não passaria de um modelo, um ideal a ser almejado, capaz de legitimar a atividade do julgador. Nesse sentido, reverberam Marioni e Arenhart (2010, p. 255):

Assim, nota-se que a ideia (ou ideal) de verdade no processo exerce verdadeiro papel de controle da atividade do magistrado; é a busca incessante da verdade absoluta que legitima a função jurisdicional e também serve de válvula regulatória de sua atividade, na medida em que a atuação do magistrado somente será legítima dentro dos parâmetros fixados pela verdade por ele construída no processo.

Com efeito, a verdade, embora reconhecidamente intangível, seria útil à atividade jurisdicional, já que posta como ideal a ser alcançado pelo julgador, inspirando-o psicologicamente para, enfim, justificar a nobreza de sua atuação.

Quer-se dizer, em outras palavras, que o juiz conduzir-se-ia processualmente na busca de um ideal de verdade, que, embora sabidamente inalcançável, seria útil à legitimação da atividade judicante, servindo tão somente ao aspecto psicológico de acreditar que a decisão se pautou pela reconstrução mais fidedigna da realidade.

No entanto, enxergar a verdade sob o prisma utilitarista de subterfúgio psicológico do julgador no exercício de suas atribuições é por demais reducionista e, *data venia*, menospreza o desiderato judicante ao alívio de acreditar (ou querer acreditar) que se decide conforme a realidade para, só assim, legitimar-se.

6. A verdade como elemento de conectividade processual

A compreensão do deslocamento de perspectiva da verdade no sistema processual depende de uma determinada noção de processo, como dispositivo dotado de vários elementos de conectividade que, dentro de certa estrutura, o conferem densidade.

Mais uma vez, aqui, socorre-se das lições de Martins (*in* PRADO; MARTINS; CARVALHO, 2012, p. 74-75), para quem “processualidade significa movimento e conexão — de elementos e de tempos”. Segundo o autor, tais elementos vão-se entrelaçando, num lógica de conjunção e disjunção, até que o nível de conectividade de seus componentes forma a merecida densidade processual.

A verdade seria, portanto, um dos vários elementos de conectividade que estruturam o sistema processual, possuindo, com isso, o seu lugar, que não é tão destacável como outrora se imaginou. Mas, afinal, qual seria o lugar da verdade no processo do trabalho? Responder a tal indagação passa, inevitavelmente, pela distinção entre duas versões da verdade: a verdade-adequação e a verdade-afinidade.

Por verdade-adequação entende-se aquela contaminada por expectativas e presunções, instrumentos e operações essencialmente voltados à reconstrução dos fatos e sua posterior adaptação à previsão normativa, como se a tarefa jurisdicional se aperfeiçoasse apenas quando capaz de amoldar a realidade a partir dos fatos narrados à hipótese abstrata da norma.

Esclarecedoras são as considerações de Marioni e Arenhart (2010, p. 255):

Mantendo-se o direito atual ainda fiel à estrutura herdada do racionalismo iluminista — e compreendendo-se que a atribuição do magistrado é, exclusivamente, a de aplicar o direito objetivo ao caso concreto —, é inexorável a constatação de ser imprescindível a reconstrução dos fatos a fim de que a hipótese prevista na norma seja adequadamente aplicada, e que a medida dessa adequação estaria na maior ou menor aproximação da hipótese descrita na regra com a realidade descoberta.

A verdade-adequação seria, pois, fruto da investigação construtiva realizada no âmbito do processo, apta a reescrever e/ou redesenhar os fatos como realmente aconteceram, permitindo que o juiz adeque a previsão hipotética e abstrata da norma ao apanhado fático edificado.

Já a verdade-afinidade seria uma verdade operativa, formada a partir de componentes processuais de inspiração democrática, com respeito ao devido processo legal e ao contraditório, alicerçada em provas (e não em evidências alucinatórias) produzidas no tempo oportuno e necessário e que, mesmo sendo incapazes de reproduzir a substância do real, posto que intangível, albergariam em si a garantia de um processo legítimo.

Assinala Martins (*in* PRADO; MARTINS; CARVALHO, 2012, p. 78) que:

Encarada como elemento inserido, por definição, no denso cruzamento de mecanismos, operadores, propriedades, contágios, expectativas e subsistemas em presença, a verdade poucas oportunidades terá para se insinuar a partir da sua versão de “verdade-adequação”. Já, pelo contrário, na sua versão *verdade-afinidade* (sumariamente definida como uma verdade produzida em contexto de “entre-expressão”, a partir da articulação entre componentes tão distintos quanto complementares — *afins*, portanto — residentes em um mesmo ambiente sistêmico), seu desempenho afigura-se exequível.

A verdade, portanto, não ocuparia um lugar altivo de destaque inigualável, como finalidade

última da cognição processual. Ao revés, seria mais um dos vários elementos de conectividade do sistema processual, posição esta que, todavia, não lhe reduz a importância.

Isto porque, o processo está inserido em um sistema e este, por sua vez, em um ordenamento de inspiração democrática, que assegura ao jurisdicionado a garantia fundamental de que o conflito seja posto em discussão (e aqui entra o aspecto dialógico) perante um juiz imparcial, competente e capaz de assegurar que o embate se estabeleça no campo da lealdade e do respeito ao devido processo.

Assim, se a verdade como elemento de conectividade processual tem seu lugar definido, na teia do sistema, não como finalidade última, mas como componente capaz de contribuir ativamente para o aperfeiçoamento do critério de democraticidade, ela certamente já terá colaborado para a co-construção da providência jurisdicional.

7. Conclusão

Apesar da superação filosófica da descoberta da verdade como demonstração absoluta da realidade, o processo do trabalho ainda permanece umbilicalmente centrado à ideia de que a fase processual cognitiva — na qual a investigação probatória alcança ponto de destaque — dedica-se essencialmente à elucidação do real em sua substância.

A perspectiva da verdade como finalidade última da prova no processo do trabalho precisa ser abandonada. Não pela nobreza do argumento que a justifica (este continuará existindo), mas, sobretudo, pelo reconhecimento de que a verdade não ocupa esse lugar no processo.

Pior quando a verdade pressupõe-se alcançada sob o prisma da evidência, como se o processo já tivesse atingido seu desiderato a partir do convencimento do julgador, relegando o discurso probatório ao campo das expectativas e presunções e contaminando as decisões com a pecha da autoridade decisória antidemocrática.

A verdade também não pode ser menos-prezada ao papel utilitário de motivação psicológica do julgador, o qual, mesmo ciente de que não irá alcançá-la, nela se escora para legitimar sua atuação.

O paradigma da verdade deve ser colocado no seu devido lugar. Não como finalidade última da prova. Não como evidência instrumental do processo. Não como elemento psicológico de inspiração do julgador.

Deve a verdade ser posta como um dos vários elementos de conectividade do sistema processual, compondo e contribuindo para o diálogo democrático do processo, visto como direito fundamental capaz de assegurar a todos que dele participem a construção da providência jurisdicional.

8. Referências

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Forum, 2008.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Processo (constitucional): reconstrução do conceito à luz do estado democrático de direito. In: SALES, Gabriele Bezerra. *Opinião jurídica – revista do curso de direito da unichristus*, n. 14, ano X, 2012.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

_____. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the brazilians lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Decisão judicial: a cultura urídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

Eficácia horizontal do *due process* laboral — reflexões sobre o direito fundamental a um procedimento trabalhista justo como fator de controle do poder privado empregatício

Ney Maranhão^(*)

Resumo:

- ▶ À luz dos escólios doutrinários de José Joaquim Gomes Canotilho e Guilherme Guimarães Feliciano, defende-se a eficácia *horizontal* da cláusula do *due process* laboral, fazendo exsurgir um *direito fundamental a um procedimento trabalhista justo* no âmago das relações materiais empregatícias. Cuida-se de ferramenta teórica vocacionada a fazer frente à tirania do poder privado empregatício, seja quando de sua expressão individual disciplinar, seja quando de sua expressão coletiva em açodadas resilições contratuais em massa. Com isso, engendra-se uma proposta hermenêutica tendente a salvaguardar máxima concretude aos direitos fundamentais (CF, art. 5º, § 1º) e conferir maior tonicidade democrática à relação de emprego, propiciando, assim, um quadro de significativa melhoria da condição social do homem-trabalhador (CF, art. 7º, *caput*).

Palavras-chave:

- ▶ Direitos fundamentais — Devido processo legal — Eficácia horizontal — Contrato de trabalho.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Devido processo legal: considerações preliminares
- ▶ 2. Devido processo legal: eficácia vertical e eficácia horizontal

(*) Juiz Titular da Vara do Trabalho de Itaituba (PA) (TRT da 8ª Região – PA/AP). Doutorando em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Università di Roma — La Sapienza (Itália). Graduado e Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor convidado da Universidade da Amazônia (UNAMA), do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

e do IPOG (Goiânia/GO) (em nível de pós-graduação). Professor convidado das Escolas Judiciais dos Tribunais Regionais do Trabalho da 8ª (PA/AP), 14ª (RO/AC) e 9ª Regiões (AL). Membro do Instituto Goiano de Direito do Trabalho (IGT) e do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior (IBDSCJ). Secretário-geral do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (IPEATRA) (biênio 2103/2014).

- 3. Do *due process of law* ao devido processo laboral
- 4. Eficácia horizontal do *due process* laboral: possíveis implicações práticas
- 5. Aportes conclusivos
- 6. Referências

“Que é a experiência jurídica senão uma forma de experiência cultural, um instrumento de *civilização*? (...) o direito não é um presente, uma dádiva, algo de gracioso que o homem tenha recebido em determinado momento da História, mas, ao contrário, o fruto maduro de sua experiência multimilenar.”⁽¹⁾

“*Due process* não pode ser aprisionado dentro dos traçoeiros lindes de uma fórmula... *Due process* é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. *Due process* não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício do julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo.”⁽²⁾

1. Devido processo legal: considerações preliminares

A vetusta diretriz do *due process of law* constitui uma genuína *cláusula geral*, exurgindo como um direito fundamental de conteúdo *complexo* e de impressionante *variação de significado* a depender do contexto em que incidente⁽³⁾. Em caráter inovador, nossa Carta Magna de 1988 previu expressamente o devido processo legal em seu art. 5º, LIV, ao aduzir que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O rico acúmulo histórico em torno de tão relevante cláusula nos conduziu, hodiernamente,

a tomá-la como elemento articulador de uma série de outros vetores normativos, a compor o seu *conteúdo mínimo*⁽⁴⁾, tais como a observância do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, IV), do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), da motivação das decisões (art. 93, IX), da publicidade dos atos (art. 5º, LX), da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), da igualdade de tratamento (art. 5º, *caput*), bem como da vedação de provas obtidas por meio ilícito (art. 5º, LVI). Não sem razão, abalizada doutrina cunha o devido processo legal não como um dos tantos princípios do processo, senão que “a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam”⁽⁵⁾.

Originariamente, o devido processo legal surgiu como uma garantia exclusivamente processual. Não demorou, porém, para que a vivacidade da jurisprudência norte-americana se valesse da fluidez conceitual dessa cláusula no fito de controlar o próprio conteúdo de decisões estatais, sujeitando-o a parâmetros materiais de justiça e razoabilidade. A formatação daí derivante cuidou então de estabelecer uma dupla dimensão para o *due process clause*: uma dimensão *processual*, chamada de *procedural due process*, como mecanismo assecuratório

(1) REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 219-220.

(2) Caso *Anti-Facist Committee v. McGrath*, 341 U.S. 123 (1951). Fonte: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 45.

(3) DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 46 e 48.

(4) BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 107.

(5) NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 79. A importância da cláusula do devido processo legal é tão acentuada que Humberto Ávila a enquadra como um dos princípios “*estruturantes*”, assim considerados aqueles que “não possuem uma eficácia provisória, *prima facie*, mas permanente, nem tem sua eficácia graduável ou afastável, mas linear e resistente. Eles sempre deverão ser observados, não podendo ser afastados por razões contrárias” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 134).

da regularidade do processo, e, desta feita, também uma dimensão *material*, denominada de *substantive due process*, atinente ao controle do próprio mérito das normas jurídicas⁽⁶⁾.

2. Devido processo legal: eficácia vertical e eficácia horizontal

Em sua essência, o devido processo legal constitui garantia contra o exercício abusivo do *poder*⁽⁷⁾, sendo uma das projeções do princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista seu intuito de tutelar, nas lides concretas, o respeito à existência digna, síntese da totalidade dos direitos fundamentais⁽⁸⁾.

De início, a preocupação centrava-se no combate à tirania do *poder público* (eficácia *vertical*, porque do particular perante o Estado)⁽⁹⁾. Todavia, já se reconhece combate à tirania do chamado *poder privado*⁽¹⁰⁾, de modo que *também entre os particulares impere incontornável adstrição aos direitos fundamentais* (eficácia *horizontal* — *Horizontalwirkung*

der Grundrechte)⁽¹¹⁾, como expressão de uma estrutura objetiva de valores que serve de base para a ordem jurídica da coletividade (dimensão *jusfundamental objetiva*)⁽¹²⁾, mormente diante da força normativa dos princípios da *dignidade da pessoa humana*⁽¹³⁾ (art. 1º, III) e da *solidariedade*⁽¹⁴⁾ (art. 3º, I), bem assim da aplicabilidade *imediata* dos direitos e das garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º)⁽¹⁵⁾.

À vista do exposto, soa até natural reconhecer mais um passo nesse processo: *a necessidade de assegurar a garantia do due process of law, como direito fundamental, também no âmbito das relações privadas*, tese que já vem sendo abraçada pela doutrina⁽¹⁶⁾ e avalizada pela

- (6) CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 39. Na jurisprudência, confira-se: “*due process of law*, com conteúdo substantivo — *substantive due process* —, constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexó com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual — *procedural due process* —, garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa” (STF, Medida Cautelar na ADIn n. 1511-DF, relator: Ministro Carlos Velloso, decisão em 16 de outubro de 1996).
- (7) De acordo com Boaventura de Sousa Santos, poder “é qualquer relação social regulada por uma troca desigual” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007. p. 266).
- (8) FREIRE, Ricardo Maurício. *Devido processo legal*: uma visão pós-moderna. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 68.
- (9) LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 215-216.
- (10) Coube a Michel Foucault o engenho de identificar o deslocamento do “poder” da esfera do Estado para a esfera da sociedade. Fonte: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

- (11) Nesse sentido: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Mesmo porque, como bem leciona Virgílio Afonso da Silva, “a Constituição, em nenhum momento, fala em direitos fundamentais que vinculem somente os poderes estatais, como ocorre com a Constituição alemã” (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito*: os direitos fundamentais das relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 139).
- (12) HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 239.
- (13) Para Daniel Sarmento, o princípio da dignidade da pessoa humana “representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 85-86).
- (14) A respeito, confira-se: MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firlly (Orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- (15) Nesse sentido: STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 295.
- (16) Nesse sentido, dentre outros: BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: JusPodivm, 2008; MACIEL JUNIOR, João Bosco. *Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares*. São Paulo: Saraiva, 2009; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 53-56.

jurisprudência. Foi o quanto ficou estabelecido, por exemplo, com a nulidade de exclusão de membro de *associação civil* que não teve garantido o direito de ampla defesa, ocasião em que ficara consignado pela Suprema Corte brasileira, em acórdão paradigmático, que:

“... as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. (...) O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. (...) A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras”⁽¹⁷⁾.

O mesmo direito foi resguardado a *cooperado* excluído sem contraditório e ampla defesa⁽¹⁸⁾, não sendo diferente no âmbito das relações *condominiais*⁽¹⁹⁾, havendo já defesa

doutrinária semelhante no campo das relações *consumeristas*, no que refere à contratação de serviços médicos⁽²⁰⁾, e mesmo no campo *mediático*, no particular da divulgação pública de informações lesivas ao bom nome e prejudiciais ao desempenho comercial de determinadas empresas, tendo em vista os conhecidos “testes do Inmetro”, divulgados com certa frequência pela maior rede de televisão brasileira⁽²¹⁾.

Neste compasso, convém indagar: *se a ordem jurídico-constitucional abona a ideia de instauração de um procedimento prévio, adequado e justo, com oferta de contraditório e ampla defesa, para casos de penalidades convencionais — onde as partes são, a rigor, iguais —, bem como em tratativas consumeristas e afetações midiáticas — onde vigora entre as partes relativa assimetria —, não haveria de se oferecer igual tratamento no bojo das relações trabalhistas de emprego, onde, a princípio, a desigualdade entre as partes é notória?*

É cediço que a subordinação do empregado em face de seu empregador, aliada ao trato sucessivo que, a princípio, envolve o liame empregatício, acabam por forjar um ambiente relativamente fértil para situações afrontadoras de direitos fundamentais. De consequência, descortinado o alto potencial lesivo do *poder privado patronal*, impõe-se enxergar no contrato de trabalho um campo extremamente propício à incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁽²²⁾.

(17) STF, 2ª Turma, RE n. 201.819, relatora: Ministra Ellen Gracie, julgamento em 11 de outubro de 2005.

(18) STF, 1ª Turma, AR-AI n. 34.650.1, relator: Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 16 de dezembro de 2004.

(19) “A lei não pode amparar o arbítrio, concedendo ao síndico um poder discricionário. A Carta Magna, no art. 5º, inciso LV, assegura a todos os transgressores de qualquer norma legal o direito de ampla defesa, estabelecendo-se o contraditório, capaz de permitir a solução adequada para o ato inquinado como atentatório à lei.” (TJRJ, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 1991.001.05096, relator: Desembargador Geraldo Batista, julgamento em 20 de agosto de 1997.) No mesmo sentido: TJRS, 18ª Câmara Cível, AI n. 70006801948, relator: Desembargador Pedro Luiz Pozza, julgamento em 1º de agosto de 2003; TJRJ, 13ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 2007.001.24277,

relator: Desembargador José de Samuel Marques, julgamento em 26 de junho de 2007. Vale destacar, por pertinente, que assim dispõe o Enunciado n. 92 do Conselho da Justiça Federal: “As sanções do CC 1.337 não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo.”

(20) BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 225-240.

(21) MACIEL JUNIOR, João Bosco. *Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 33-40.

(22) ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 17.

Rememore-se, aqui, por oportuno, que um dos postulados básicos do devido processo legal está justamente na garantia de *igualdade* entre as partes envolvidas⁽²³⁾, *não sendo razoável que uma teoria tão alvissareira e vocacionada à promoção dos direitos fundamentais encontre guarida em relações jurídicas civis, comerciais e consumeristas, inclusive no amparo do interesse de grandes empresas, todavia passe ao largo daquele específico campo jurídico onde o desnível entre as partes ressoa por demais evidente: a relação de emprego.*

É preciso lembrar, ademais, que no *caput* do art. 7º da Constituição Federal está consagrada importante cláusula de *vedação de retrocesso* quanto às condições sociais do trabalhador, quando reza serem direitos dos trabalhadores urbanos e rurais aqueles ali relacionados, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Contudo, em verdade — é bom que se diga —, o que pretendeu mesmo o legislador constituinte não foi fixar tão só uma cláusula de não retrocesso social, senão que foi bem mais além, na medida em que tencionou mesmo foi prescrever, em termos mais precisos, uma *cláusula de crescente avanço social*⁽²⁴⁾, como expressão de algo maior, qual seja, a *cláusula geral de tutela*

e promoção da pessoa humana⁽²⁵⁾ (CF, arts. 1º, inciso III, e 5º, § 2º).

Essa tônica de *progressividade* que se deve emprestar a esse importantíssimo preceito constitucional ganha colorido mais intenso quando se foca a coisa à luz do que dispõe, por exemplo, o *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (1966), estatuto integrante do ordenamento jurídico brasileiro⁽²⁶⁾ e que estabelece, em seu art. 2º, item 1, claramente, que “cada Estado-Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, *progressivamente, por todos os meios apropriados*, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas” (grifamos).

Destarte, o que se deduz é que nossas disposições constitucionais, quando consideradas com mais vagar, revelam-nos um estupendo estímulo a produções jurídicas que se prestem a dar contínua concretude ao comando de se elevar, cada vez mais, ao longo do tempo, a condição social do cidadão trabalhador, como fator de tutela da sua *dignidade humana* (CF, art. 1º, III) e dos *valores sociais do trabalho* (CF, art. 1º, IV, art. 5º, *caput*, art. 6º, *caput*, art. 170, *caput* e art. 193)⁽²⁷⁾.

(23) LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 199.

(24) “(...) a Constituição de 1988 assegurou a expansão das garantias originais deferidas à pessoa humana, na linha enunciada pelo princípio da progressividade dos direitos humanos. Relativamente aos direitos sociais, a consagração do princípio da progressividade foi ainda mais eloquente, diante da expressa redação conferida ao art. 7º, *caput*, que enuncia os direitos fundamentais dos trabalhadores, *sem prejuízo de outros que visem à melhoria de sua condição social*.” (MURADAS, Daniela. Influxos legais, jurisprudenciais e o princípio da vedação do retrocesso social. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FATTINI, Fernanda Carolina; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; BENEVIDES, Sara Costa (Coords.). *O que há de novo em direito do trabalho*. Homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 39 – grifos no original.)

(25) A respeito, confira-se: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 47-50.

(26) Aprovação: Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991. Promulgação: Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992.

(27) Segundo Jorge Luiz Souto Maior, “o pressuposto teórico fundamental do Direito do Trabalho é o de que sirva como instrumento da melhoria da condição social e econômica do trabalhador. Toda a racionalidade ligada ao Direito do Trabalho, cientificamente considerada, deve partir desse pressuposto e a ele servir, não para estabelecer verdades incontestáveis e eternas, mas para propor problemas a serem superados”. (MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho*. Vol. 1: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011. p. 647-648.)

A proposta que aqui lançamos espelha esse anseio por seguir avante nesse ousado projeto de *incremento de civilidade no âmbito das relações laborais*, partindo da convicção de que ao jurista impõe-se a função axial de “traçar novas valorações, novas conexões de sentido e novas cadeias de regulação entre normas (preceptivas ou principiológicas, escritas ou não escritas), (...) encontrar, justificadamente, a solução ou a concatenação normativa mais adequada, mais correta, mais consentânea com os mandamentos daquilo que a sensibilidade jurídica reconhece como pertencente à concepção de ‘direito justo’ vigente em determinado contexto histórico-social”⁽²⁸⁾.

3. Do *due process of law* ao devido processo laboral

Como já relatamos, o devido processo legal é um superprincípio⁽²⁹⁾, fonte de sustento de todos os demais princípios processuais. E, conforme afirmado por Karl Larenz, “o princípio (...) deve ser entendido como uma pauta ‘aberta’, carecida de concretização – e só plenamente apreensível nas suas concretizações”⁽³⁰⁾. Daí advém a liberdade na construção hermenêutica que ora se pretende realizar, decorrência que é própria da feição principiológica da citada cláusula, já que, como bem frisado por Humberto Ávila, “o ‘devido processo legal’ é um princípio, assim definida aquela norma que prescreve a realização de um estado ideal de coisas, sem prever os comportamentos cuja adoção irá contribuir para sua promoção”⁽³¹⁾.

De todo modo, aprouve ao legislador constituinte originário, por uma questão de opção

política, apontar, expressamente, no Texto Magno, alguns dos componentes mínimos da cláusula do *due process of law* (juiz natural, contraditório e ampla defesa, publicidade dos atos, fundamentação das decisões etc.), cujo respeito gera a ideia do *modelo constitucional de processo*.

Isso não quer significar, porém, impedimento a que outras construções possam ser erigidas, valendo-se da invejável fertilidade conceitual da cláusula do devido processo legal. Como bem afirmou Afrânio Jardim, o *due process of law* tem um raio de incidência muito mais abrangente que aquele já reconhecido nas disposições constitucionais⁽³²⁾. Daí tomarmos a liberdade de concluir que esse modelo constitucional de processo há de ser encarado não como um ponto de chegada, mas, sim, como um *ponto de partida*.

Note-se, a propósito, que ao intérprete do Direito, quando do enfrentamento das questões lançadas ao seu crivo, incumbe o dever de não apenas fitar a Constituição Federal, *senão que também ajustar a tutela de acordo com as necessidades do direito material envolvido*⁽³³⁾, *bem assim com a específica silhueta do ramo processual que lhe serve de instrumento*. E precisamente pela necessidade de atentar para as peculiaridades de cada ambiente jurídico é que se pode falar em *diversas vertentes de procedimento justo*, a densificar, por exemplo, um devido processo legal *legislativo*, um devido processo legal *administrativo*⁽³⁴⁾, um devido processo legal *penal*⁽³⁵⁾, um devido processo

(28) CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 164-165.

(29) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. v. 1. São Paulo: LTr, 2009. p. 40.

(30) LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 235.

(31) ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*. São Paulo, v. 163, p. 55, set./2008.

(32) Discurso proferido no “Ciclo de Debates de Direito Penal e Processual Penal”, ocorrido entre os dias 18 e 21 de junho de 1991, em Brasília, promovido pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Fonte: LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 182.

(33) MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v. 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 109.

(34) DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 45.

(35) BERTOLINO, Pedro J. *El debido proceso penal*. 2. ed. La Plata: Librería Editora Platense, 2011; TUCCI,

legal coletivo⁽³⁶⁾ ou mesmo um devido processo legal arbitral⁽³⁷⁾.

Seguindo precisamente esse fluxo científico, **Guilherme Guimarães Feliciano** decide então construir uma particularização da cláusula geral do devido processo legal, desta feita de contorno sensível às especificidades da processualística trabalhista. Trata-se da seminal ideia do *devido processo laboral*. Na ocasião, proclamou o arguto jurista, *in verbis*:

“(…) cremos já ser passada a hora de se reconhecer, no âmbito do processo laboral, os precisos contornos do “*due process of law*” (para além do contraditório e da razoabilidade/proporcionalidade), seguindo o exemplo recente do processo penal. Com efeito, os processualistas penais procederam, nos anos oitenta e noventa, a uma particularização do conceito de devido processo legal (formal), chegando à concepção do chamado “devido processo penal”. Nessa alheta, e com iguais pretensões, temos designado por *devido processo laboral* o princípio de que decorre a concordância harmônica de todos os demais princípios do processo do trabalho para a obtenção, em tempo razoável, da justa composição do litígio perante o juiz do trabalho natural, independente e imparcial, a que as partes acederão em condições de pleno acesso à Justiça, atendendo-se a que as garantias processuais do réu jamais obstem a satisfação ideal dos direitos sociais violados ou a satisfação integral dos créditos alimentares sonogados. No anteprojeto da 15ª Região, essa noção é *positivada*, com vistas à construção de uma base deontológica e epistemologicamente *segura* para a posteridade,

que servirá de ponto de partida às ulteriores derivações conceituais e pragmáticas de doutrina e jurisprudência. Reúnem-se no conceito tanto a *dimensão procedural* (= juiz do trabalho natural + independência funcional + imparcialidade subjetiva + tempo razoável) como a *dimensão substantiva* (= satisfação ideal de direitos sociais e/ou satisfação integral de créditos alimentares, *i. e.*, efetividade), avançando em relação à própria figura do “devido processo penal”. *Engendra-se, dessarte, o mais importante elemento de calibração para a atividade intelectual de interpretação/aplicação da norma processual laboral, permitindo a dialética de todos os demais princípios em um macroprincípio complessivo, dinâmico e construtivo.*”⁽³⁸⁾ (grifamos)

A liberdade para o desenvolvimento de uma dimensão específica da cláusula geral do devido processo legal pode ser visualizada, também, em recente obra conjunta de Sarlet, Marinoni e Mitidiero, *in verbis*:

“O direito ao processo justo é um modelo mínimo de conformação do processo. Com rastro fundo da história e desconhecendo cada vez mais fronteiras, o direito ao processo justo é reconhecido pela doutrina como um modelo em *expansão* (tem o condão de conformar a atuação do legislador infraconstitucional), *variável* (pode assumir formas diversas, moldando-se às exigências do direito material e do caso concreto) e *perfectibilizável* (passível de aperfeiçoamento pelo legislador infraconstitucional). É tarefa de todos os que se encontram empenhados no império do Estado Constitucional

Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 70 e ss.

(36) DIDIER, JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. v. 4. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 113-119.

(37) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 30.

(38) FELICIANO, Guilherme Guimarães. Princípios do Direito Processual do Trabalho. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães (Coord.). *Fênix: por um novo processo do trabalho*. Colaboradores: Gerson Lacerda Pistori, Jorge Luiz Souto Maior e Manoel Carlos Toledo Filho. São Paulo: LTr, 2011. p. 33 (itálicos no original — negritos). A ideia volta a merecer consideração em seu mais recente livro: FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 147.

delineá-lo e densificá-lo. (...) *O fato de o direito ao processo justo contar com bases mínimas, o que lhe outorga um perfil comum nas suas mais variadas manifestações, obviamente não apaga a influência que o direito material exerce na concepção da finalidade do processo e na conformação de sua organização técnica.* Dada a interdependência entre direito e processo, o direito material *projeta a sua especialidade sobre o processo, imprimindo-lhe feições a ele aderentes.* Isso quer dizer que o conteúdo mínimo de direitos fundamentais processuais que confluem para a organização de um processo justo *não implica finalidade comum a todo e qualquer processo, tampouco obriga à idêntica e variável estruturação técnica.* Pelo contrário: *o direito ao processo justo requer para sua concretização efetiva adequação do processo ao direito material* — adequação da tutela jurisdicional à tutela do direito. É preciso ter presente que compõe o direito ao processo justo *o direito à tutela jurisdicional adequada dos direitos.* Por essa razão, é perfeitamente possível conceber sob o ângulo da *finalidade* o processo civil de forma diversa do processo penal, nada obstante a exigência de justa estruturação a que ambos estão submetidos no Estado Constitucional. (...) *O mesmo se diga do processo trabalhista e de outros processos. O processo sofre o influxo do direito material, que polariza a sua finalidade e determina a sua estruturação.*”(39) (grifamos)

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, de sua parte, relata a necessidade de adaptação do procedimento a depender da natureza do bem jurídico material objeto do processo, citando expressamente o caso do processo trabalhista,

(39) SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 617, 619-620 (itálicos no original — negritamos). Esclareça-se, por oportuno, que o que os autores chamam de “processo justo” expressa, na verdade, para nós, algo deduzível do próprio *devido processo legal*.

que carrega em si, de regra, a busca por valores indisponíveis, de feição salarial⁽⁴⁰⁾. Também Gisele Santos Fernandes Góes referiu a algo semelhante, quando alertou que:

“A tutela judicial efetiva deve traduzir-se na avaliação meritória dos direitos do trabalhador, sob o norteamento basilar do princípio da primazia da realidade. (...) Por conseguinte, não se permite que tal principiologia seja desconsiderada no processo do trabalho, pois o binômio processo-direito do trabalho não pode restar vinculado aos ditames formais, extinguindo-se o processo sem resolução de mérito como regra, visto que a proteção também é traço fundamental do processo trabalhista, devendo-se sempre invocar um devido processo legal trabalhista razoável e proporcional.”⁽⁴¹⁾

De nossa parte, em específico, também já ousamos ofertar, em sede doutrinária, alguma concreção a esse alvissareiro constructo intelectual, quando destacamos, noutra oportunidade, *in verbis*:

“(...) o texto celetista, às claras, é mesmo expresso em afirmar que os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação (CLT, art. 764, *caput*), o que nos leva a concluir que, para o Juiz do Trabalho, a perspectiva de uma solução conciliada do conflito não sofre preclusão, tampouco pode ser encarada como “perda de tempo”. É, desse modo, um imperativo insistente e arrebatador, que o acompanha a cada segundo, ao longo de toda a marcha processual. Registre-se, por oportuno, que esse reconhecido cariz conciliatório,

(40) OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 135-136.

(41) GÓES, Gisele Santos Fernandes. Revisitando a temática: binômio processo e direito. Influência na seara trabalhista. In: VELLOSO, Gabriel; MARANHÃO, Ney (coordenadores). *Contemporaneidade e trabalho*: aspectos materiais e processuais. São Paulo: LTr, 2011. p. 289.

intrinsecamente enraizado na dinâmica processual trabalhista, decerto integra aquilo que abalizada doutrina tem chamado, com inteira percuciência, de *devido processo laboral*, ou seja, uma particularização da cláusula geral do devido processo legal, quando sensível às especificidades da processualística trabalhista. É dizer: não há como pensar a incidência do devido processo legal no processo do trabalho sem considerar a especial ênfase conferida por esse sistema ao paradigma processual da conciliação.”⁽⁴²⁾ (grifamos)

Temos, pois, à luz do que acima está explicado, que o *devido processo laboral* consiste em algo como uma prodigiosa *vertente trabalhista do procedimento justo*, assim compreendido não apenas aquele que conduz ao resguardo dos vetores processuais mínimos estabelecidos na Carta Magna (expressa ou implicitamente), como também aquele que produz coerência e harmonização prática à principiologia que é ínsita ao direito *processual* do trabalho, servindo-lhe de eficaz vetor *rearticulador*⁽⁴³⁾ e seguro dispositivo de *calibragem*⁽⁴⁴⁾.

Neste ponto, advém-nos, enfim, a pergunta-chave: *a tese do devido processo laboral, pensada por Guilherme Guimarães Feliciano*

(42) MARANHÃO, Ney. Audiências de conciliação na execução trabalhista: considerações teóricas e proposições práticas. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.). *Execução e cautelar — estudos em homenagem a José de Moura Rocha*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 435 (grifamos).

(43) Humberto Ávila, depois de mencionar as funções interpretativa, integrativa e bloqueadora dos princípios em geral, frisa, no entanto, no que respeita ao *due process of law*, que, “considerando que a nossa Constituição prevê, expressamente, vários elementos que poderiam ser dele deduzidos, além daquelas funções, o princípio do devido processo legal, nesse passo de qualidade de sobreprincípio, exerce uma função rearticuladora relativamente a esses elementos já previstos” (ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 163, p. 56, set./2008).

(44) FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 175-176.

no contexto da ambiência pública da processualística trabalhista (Direito Processual do Trabalho), teria carga jurídica suficiente para também espraiair sua força conformadora perante as relações materiais empregatícias, como instrumento de controle do poder privado patronal (Direito Material do Trabalho)?

Diante desse problema, sugerimos, neste texto, que, a par da citada dimensão *vertical* (cariz *processual*), dê-se mesmo um passo além, fomentando a possibilidade de aplicação de uma invocada *incidência horizontal da cláusula do devido processo laboral perante as relações privadas empregatícias* (cariz *material*). Mais que isso: propomos que essa incidência horizontal se dê da forma mais abrangente possível (ou seja, em circunstâncias de interesses *individuais* e até *metaindividuais*, como veremos adiante), *tudo isso na perspectiva de uma vertente trabalhista do procedimento justo e direito fundamental hábil a controlar determinadas facetas tirânicas do poder privado empregatício*.

A propósito, cremos que tal linha de raciocínio guarda íntima relação com a essência da doutrina de J. J. Gomes Canotilho, quando, tratando do citado *procedimento justo*, afirma que este “tende a densificar-se como procedimento comunicativamente (ou informativamente) justo, que obrigará, por exemplo, à criação de comunicações pré-procedimentais como consultas ou fases preliminares do procedimento a instâncias de parte, institucionalização de “mesas-redondas” sob a forma de conferência de interessados, cooperação informal através de avisos, informações, esclarecimentos, criação de mediadores privados entre a administração e os interessados”⁽⁴⁵⁾.

(45) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 514. Noutro texto, questiona o insigne doutrinador português: “os cidadãos têm o direito de exigir do Estado *procedimentos* e *processos* adequados para garantirem os seus direitos perante o Estado e perante os seus concidadãos?” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 78).

Perceba-se, de mais a mais, que, se o processo, por um lado, há de ser encarado como *instrumento de proteção de direitos fundamentais*⁽⁴⁶⁾, e, por outro, pode ser reputado como um *procedimento em contraditório atento aos fins do Estado Constitucional*⁽⁴⁷⁾, torna-se razoável propor a construção de procedimentos adequados à tutela do direito material e realmente aptos a propiciar proteção efetiva a direitos fundamentais — que, como destacamos alhures, também não de se impor, à luz de sua eficácia horizontal, mesmo fora da estrita ambiência processual (judicial ou administrativa).

Por óbvio, essa proposta hermenêutica, para além de salvaguardar direitos fundamentais continuamente arrostados pelo poder privado patronal, também tem o firme intento de *conferir maior tonicidade democrática à relação de emprego*. Isso se dá porque o procedimento dialético e cooperativo também acaba sendo um poderoso “canal para a participação popular no poder e na sociedade, concretizando os ideais da democracia participativa”⁽⁴⁸⁾ — item caro para o amadurecimento de nosso Estado Democrático de Direito e que se realiza, a nosso ver, ainda que praticado no âmbito das

relações privadas⁽⁴⁹⁾. Não custa registrar, por sinal, que a cláusula constitucional do devido processo legal formal (*procedural due process of law*) atualmente “é dotada de ‘jusfundamentalidade’ ontológico-material em todos os Estados Democráticos de Direito, ainda quando não a contemplem os textos literais das constituições modernas”⁽⁵⁰⁾.

4. Eficácia horizontal do *due process* laboral: possíveis implicações práticas

Na esteira do exposto, seria possível propugnar, neste momento, pelo menos dois importantes flancos de aplicação prática dessa construção intelectual.

O primeiro condiz com um *aspecto individual*, mais precisamente no que tange ao exercício do *poder empregatício disciplinar*. É que, malgrado a Constituição Federal, expressamente, resguarde “aos acusados em geral” a garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), o fato é que na grande maioria das relações trabalhistas essa cláusula constitucional é flagrantemente negligenciada.

Homero Batista Mateus da Silva demonstra toda a sua perplexidade ao destacar que, segundo a sistemática jurídica infraconstitucional:

“o empregado não precisa ser informado do que está sendo acusado, o que corresponde

(46) ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 163, p. 52, set./2008.

(47) “A partir da perspectiva do formalismo-valorativo, o processo só pode ser encarado como procedimento em contraditório, de caráter policêntrico, lastreado nos valores constitucionais, jungido aos fins do Estado Constitucional e devidamente demarcado pelos direitos fundamentais processuais mínimos que configuram o nosso processo justo (art. 5º, inciso LIV, CRFB)” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. 1: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 100). A ideia do processo como *procedimento em contraditório* remonta ao autor italiano Elio Fazzalari. Com relação à ideia do *formalismo-valorativo*, confira-se: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

(48) MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v. 1: Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 453-454.

(49) Já Boaventura de Sousa Santos denuncia que: “no relativo às relações de poder, o que é mais característico das nossas sociedades é o fato de a desigualdade material estar profundamente entrelaçada com a desigualdade não material, sobretudo com a educação desigual, a desigualdade das capacidades representacionais/comunicativas e expressivas e ainda a desigualdade de oportunidades e de capacidades para organizar interesses e para participar autonomamente em processos de tomada de decisões significativas.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.)

(50) FELICIANO, Guilherme Guimarães. Princípios do Direito Processual do Trabalho. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães (Coord.). *Fênix*: por um novo processo do trabalho. Colaboradores: Gerson Lacerda Pistori, Jorge Luiz Souto Maior e Manoel Carlos Toledo Filho. São Paulo: LTr, 2011. p. 31.

a uma situação esdrúxula depois de tantos anos de discussão sobre o direito ao contraditório e sobre o valor da liberdade. O empregador pode impedir o acesso do empregado à empresa, avisando-o dispensado, e somente revelar o teor da acusação em processo trabalhista, se e quando o empregado ajuizar a demanda. Mesmo em sede de homologação de verbas rescisórias, constará apenas a alegação de justa causa, sem obrigatoriedade de fornecimento de maiores explicações.”⁽⁵¹⁾

Temos que, mercê dessa disposição constitucional e por força da incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, *impõe-se que reflitamos com maior seriedade e profundidade a possível aplicação da garantia do contraditório e da ampla defesa no bojo dos contratos de trabalho, no sentido de se instaurar alguma instância prévia de diálogo como instrumento de legitimação democrática do poder empregatício disciplinar*⁽⁵²⁾. E cremos que, para isso, o desenvolvimento da ideia de *devido processo laboral* é mesmo de grande valia, mais agudamente a incidência de sua específica dimensão processual (*procedural due process laboral*).

(51) SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*. v. 6: Contrato de trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 245-246.

(52) “(...) trata-se de permitir que a sanção, ainda que aplicada no plano das relações privadas, respeite parâmetros de seriedade e de dignidade sem cuja observância a autoridade não estatal não seja desacreditada como protagonista de um simulacro ou de uma zombaria à pessoa do acusado. Em outros termos, a imposição de um parâmetro que legitime — sem o inviabilizar — o exercício do direito disciplinar” (FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. Poder diretivo, alterações contratuais e eficácia horizontal dos direitos humanos no âmbito das relações de trabalho. In: THOME, Candy Florencio; SCHWARSZ (Orgs.). *Direito individual do trabalho*: curso de revisão e atualização. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 38). A urgência de se refletir sobre essa delicada questão também incomoda Luciano Martinez, *verbis*: “Conquanto muito não se discuta sobre o assunto aqui abordado, é importante refletir sobre procedimentos prévios à efetiva aplicação das sanções trabalhistas.” (MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 207.)

Já o segundo campo de aplicação é alusivo a um *aspecto metaindividual*. Para tanto, acreditamos ser um excelente material de investigação o discutidíssimo “caso EMBRAER”⁽⁵³⁾, que suscitou uma série de debates a respeito dos limites do *poder empregatício de resilição contratual em massa*, ou seja, aquele que atinge grande número de trabalhadores, produzindo impacto considerável na sociedade local⁽⁵⁴⁾.

(53) TST, Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo n. 309/2009-000-15-00.4, relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. Decisão por maioria. Julgamento em 10 de agosto de 2009. A ementa é longa, pelo que destaco os seguintes trechos: “**Recurso Ordinário em dissídio coletivo. Dispensas trabalhistas coletivas. Matéria de direito coletivo. Imperativa interveniência sindical. Restrições jurídicas às dispensas coletivas. Ordem constitucional e infraconstitucional democrática existente desde 1988.** A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. (...) As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores (...). (...) em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontestável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores.” **No mesmo sentido**, ficando destacada a necessidade de prévia interveniência sindical no caso de dispensas coletivas (necessidade de procedimentalização): TRT 2ª, SE 2028120080000200-1, AC. SDC 00002/2009-0, relatora: Juíza Ivani Contini Bramante. Julgamento em 22 de dezembro de 2008.

(54) Zygmunt Bauman, ao refletir, em um plano mais geral, a respeito da frequência cada vez maior com que empresas inteiras se deslocam para outras localidades, deixando a população local com enormes prejuízos socioeconômicos, assim se pronuncia: “Em princípio não há nada determinado em termos de espaço na dispersão dos acionistas. Eles são o único fator autenticamente livre da determinação espacial. E é a eles e apenas a eles que ‘pertence’ a companhia. Cabe a eles, portanto, mover a companhia para onde quer que percebam ou prevejam uma chance

O precedente jurisprudencial elaborado para reger o caso convalidou a necessidade de uma instância prévia de diálogo sindical com vistas a controlar e legitimar o exercício do poder de resilir em massa, ajustando-o a especiais diretrizes materiais, tais como a boa-fé objetiva, a função social do contrato, proporcionalidade e solidariedade⁽⁵⁵⁾. Mais que isso: *malgrado não faça referência expressa, cremos que tal decisum reconheceu de forma patente o que já se revelava latente na ordem jurídica: a necessidade de incidência de um devido processo laboral em casos que tais.*

Nesta hipótese, todavia, ao que tudo indica, mediante uma tônica um pouco mais complexa. Expliquemo-nos: de saída, a ênfase recai sobre a incidência do devido processo laboral em sua dimensão *substantiva* (*substantive due process laboral*), conduzindo ao reconhecimento da ilegitimidade de tirânicas resilições contratuais coletivas, remetendo-se, em seguida, agora diante da incidência daquela dimensão *processual* (*procedural due process laboral*), a uma necessária instância de debate com vistas à saída mais adequada para todos os envolvidos, com alguma harmonização prática dos interesses em jogo — por força da preciosa atuação dos entes sindicais, inclusive com auxílio, quem sabe, do próprio Ministério Público do Trabalho, à vista da larga relevância

social que de regra promana de contendas dessa natureza⁽⁵⁶⁾.

Aliás, cumpre acentuar, por pertinente, que um dos grandes julgamentos que serviu para recrudescer a dimensão material do devido processo legal perante a jurisprudência norte-americana se deu no famoso caso *Lochner v. New York* (1905), ocasião em que a Suprema Corte estadunidense declarou incompatível com a Constituição lei daquele Estado que fixara jornada máxima de trabalho para os empregados de padaria (*bakers*). Na oportunidade, reconheceu, para tanto, que a garantia do devido processo legal assegurava aos empregados e empregadores a faculdade de livremente contratarem a duração do trabalho diário, sem qualquer interferência do Poder Público, decisão que, por certo, “desautoriza, em específico, as normas pretensamente cogentes, que buscavam disciplinar as relações de emprego em benefício das partes economicamente menos favorecidas (empregados), relações essas ainda vistas sob a ótica privatista e sobremodo complacente com as desigualdades que grassam na ordem social”⁽⁵⁷⁾.

Entretanto, a dicção indefinida e até mesmo enigmática dessa locução constitucional, aliada à sua enorme pujança axiológica, fizeram com que a cláusula do devido processo legal “se transmudasse em um autêntico *standard* de justiça, ao sabor das variantes histórico-culturais de cada tempo e lugar”⁽⁵⁸⁾. *De fato, veja-se que, antes, rente ao estuário liberal, a vertente substancial da cláusula do due process of law serviu para negar a própria interferência*

de dividendos mais elevados, deixando a todos os demais – presos como são à localidade – a tarefa de lamber as feridas, de consertar o dano e se livrar do lixo. A companhia é livre para se mudar, mas as consequências da mudança estão fadadas a permanecer. Quem for livre para fugir da localidade é livre para escapar das consequências. Esses são os espólios mais importantes da vitoriosa guerra espacial” (BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 15-16).

- (55) Afinal, como ensina Daniel Sarmiento, “a construção de uma sociedade solidária, tal como projetada pelo constituinte, pressupõe o abandono do egocentrismo, do individualismo possessivo, e a assunção, por cada um, de responsabilidades sociais em relação à comunidade, e em especial em relação àqueles que se encontrarem numa situação de maior vulnerabilidade” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 297).

(56) Visualizamos, já aqui, mais uma aplicação concreta do que Enoque Ribeiro dos Santos, com enorme perspicácia, cunhou de *parceirização trabalhista*. Fonte: SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O microsistema de tutela coletiva: parceirização trabalhista*. São Paulo: LTr, 2012.

(57) CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 52.

(58) CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 38.

estatal nas relações trabalhistas em socorro da classe trabalhadora, conforme a decisão exarada no citado caso Lochner v. New York.

No entanto, não é possível pensar o Direito à revelia de seu contexto cultural. Deveras, exsurge inescapável ao intérprete, como ser de seu tempo, o mister de contextualizar o debate, desta feita à luz do *Estado Democrático de Direito* e da *força normativa* dos princípios constitucionais, bem assim atento à portentosa relevância jurídica hoje impressa aos *direitos fundamentais*, passando a construir uma exegese comprometida com os preceitos materiais fincados na Constituição Federal e mais condizente com o ideário solidarístico fomentado em nossa atual conjuntura sociojurídica. *Não sem razão este texto vindica uma hermenêutica que, à luz da eficácia horizontal do due process of law, também sirva para atribuir controle sobre o próprio conteúdo de atos patronais desarrazoados e injustos, largamente ofensivos a direitos fundamentais e por vezes impactantes à própria sociedade local.*

Nota-se, dessa forma, tanto no caso envolvendo aspecto *individual* (combate à tirania do poder empregatício disciplinar) quanto no caso envolvendo aspecto *metaindividual* (combate à tirania de açodadas resilições contratuais coletivas), o suscitar de um nível de reflexões que decerto legitima a defesa de um ainda pouco estudado *direito fundamental a um procedimento trabalhista justo*, como corolário *material* da promissora noção de *devido processo laboral* — vetor principiológico esse que, por sua vez e de sua parte, conforme dimanado do gênio criativo de Guilherme Guimarães Feliciano, sintetiza desdobramento específico da cláusula geral do *due process of law*, quando submetida às peculiaridades da racionalidade juslaboralista.

5. Aportes conclusivos

A cláusula do *devido processo legal* é um diamante que os juristas não se cansam de lapidar. E este texto é, antes de tudo, mais um singelo esforço no bojo dessa delicada labuta.

Deveras, certos da incidência do *due process of law* também no âmbito das relações privadas, sugestionamos então que se reflita a respeito da incidência *horizontal* da cláusula do devido processo *laboral* perante as relações trabalhistas. Gizamos, com isso, sem embargo de outros desdobramentos futuros, alguma problematização a respeito do exercício do poder privado empregatício, em suas facetas disciplinar (aspecto individual) e concretizadora da prática de dispensas coletivas (aspecto metaindividual).

Propusemo-nos, pois, em essência, ofertar mais alguma contribuição crítica diante do figurino flagrantemente arbitrário que há décadas reveste o exercício do poder empregatício.

Não sem razão, asseveramos, neste compasso, que o estudo da eficácia horizontal do devido processo laboral viabiliza acentuado avanço teórico, condizente, a um só tempo, com a *democratização do poder empregatício*⁽⁵⁹⁾ e com a *humanização do contrato de trabalho*, medidas inteiramente coerentes com a elevada centralidade que a Carta Federal empresta à dignidade da pessoa humana, à solidariedade e também aos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (CF, art. 1º, III e IV, e art. 3º, I).

Trata-se, como se percebe, de proposta científica que, em última instância, também se destina a salvaguardar máxima concretude aos direitos fundamentais (CF, art. 5º, §1º), com franca melhoria da condição social do homem-trabalhador (CF, art. 7º, *caput*). Como sempre, tudo em busca da real efetividade da axiologia constitucional — hodiernamente, a mais legítima referência hermenêutica para todo e qualquer intérprete do Direito.

É bem verdade que outros aspectos jurídicos podem vir a encorpar ainda mais a argumentação aqui alinhavada. Da mesma forma,

(59) Porque “o valor ‘democracia’, latente nos direitos políticos, deve influir no equacionamento dos litígios privados” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 331).

outros desdobramentos jurídicos podem dela advir, havendo, também, por outro lado, boas críticas a enfrentar. Por conta disso, as discussões *podem* e, no fundo, *devem* mesmo ter prosseguimento. Quiçá de nossa própria parte, em momento oportuno e à luz de um novo fôlego científico.

6. Referências

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

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 163, set./2008.

_____. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

BERTOLINO, Pedro J. *El debido proceso penal*. 2. ed. La Plata: Librería Editora Platense, 2011.

BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: JusPodivm, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. v. 4. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Princípios do Direito Processual do Trabalho. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães (Coord.). *Fênix*: por um

novo processo do trabalho. Colaboradores: Gerson Lacerda Pistori, Jorge Luiz Souto Maior e Manoel Carlos Toledo Filho. São Paulo: LTr, 2011.

_____. *Curso crítico de direito do trabalho*: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1991.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

FREIRE, Ricardo Maurício. *Devido processo legal*: uma visão pós-moderna. Salvador: JusPodivm, 2008.

FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. Poder diretivo, alterações contratuais e eficácia horizontal dos direitos humanos no âmbito das relações de trabalho. In: THOME, Candy Florencio; SCHWARSZ (Orgs.). *Direito individual do trabalho*: curso de revisão e atualização. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Revisitando a temática: binômio processo e direito. Influência na seara trabalhista. In: VELLOSO, Gabriel; MARANHÃO, Ney (Coords.). *Contemporaneidade e trabalho*: aspectos materiais e processuais. São Paulo: LTr, 2011.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

MACIEL JUNIOR, João Bosco. *Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho*. v. 1: Teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011.

MARANHÃO, Ney. Audiências de conciliação na execução trabalhista: considerações teóricas e proposições práticas. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias; CUNHA, Leonardo Carneiro da (organizadores). *Execução e cautelar — estudos*

em homenagem a José de Moura Rocha. Salvador: JusPodivm, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v. 1: Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MURADAS, Daniela. Influxos legais, jurisprudenciais e o princípio da vedação do retrocesso social. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FATTINI, Fernanda Carolina; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; BENEVIDES, Sara Costa (Coords.). *O que há de novo em direito do trabalho*. Homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. 1: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O microsistema de tutela coletiva*: parcerização trabalhista. São Paulo: LTr, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*. v. 6: Contrato de trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito*: os direitos fundamentais das relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. v. 1. São Paulo: LTr, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*: jurisdição, ação e processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Os *critérios plásticos* de fixação da competência em razão do lugar trabalhista — Distribuição da competência territorial a partir da garantia do acesso à Justiça

Wolney de Macedo Cordeiro^(*)

Resumo:

- ▶ A Consolidação das Leis do Trabalho estabelece critérios para a distribuição da competência em razão do lugar tendo como referencial o local da prestação dos serviços. Esse critério não se apresenta efetivo quando se verifica a intensa mobilidade dos trabalhadores brasileiros que, de volta para suas localidades de origem, se impossibilitam materialmente de submeter suas pretensões ao Judiciário. Por meio da interpretação teleológica do art. 651 da CLT é possível conceber critérios plásticos de distribuição da competência territorial, a partir do referencial de acesso à Justiça.

Palavras-Chave:

- ▶ Processo do trabalho — Competência territorial — Acesso ao Poder Judiciário — Interpretação teleológica — Critérios plásticos.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Considerações iniciais e delimitação do tema
- ▶ 2. Uma visão geral dos critérios tradicionais de distribuição da competência em razão do lugar previstos na CLT, art. 651
- ▶ 3. A mobilidade interna dos trabalhadores e a demanda por critérios plásticos para a fixação da competência em razão do lugar
- ▶ 4. Construindo critérios hermenêuticos para a distribuição da competência em razão do lugar

(*) Desembargador do Trabalho do TRT da 13ª Região. Professor do UNIPE – Centro Universitário de João Pessoa e ESMAT13 – Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal da Paraíba.

- 5. Considerações finais
- 6. Referências bibliográficas

1. Considerações iniciais e delimitação do tema

O regulamento processual trabalhista apresenta uma característica marcadamente protecionista no que concerne aos critérios da fixação da competência em razão do lugar. Muito embora esse dado não seja considerado de maneira destacada na doutrina tradicional, é relevante realçar o fato de que a distribuição da competência em razão do lugar, promovida primitivamente pela Consolidação das Leis do Trabalho, sempre teve uma preocupação central com a garantia do acesso à Justiça pelo trabalhador.

De fato, toda a estrutura normativa do art. 651 da Consolidação Trabalhista, desde sua redação primitiva⁽¹⁾, elegeu um critério básico de distribuição da competência territorial diverso daquele tradicionalmente escolhido pelo direito processual comum. Ao estabelecer o local da prestação dos serviços como diretriz para a composição das regras de competência territorial, há uma nítida tentativa de promover o acesso do trabalho ao Judiciário. Optando pelo local onde se operou o labor, o legislador modulou um sistema de facilitação do ingresso das demandas trabalhistas, afastando-se da regra vigente naquela época que privilegiava o domicílio do réu como alternativa inicial de fixação da competência para as ações cíveis⁽²⁾.

Obviamente, não se pode esquecer de que, mesmo diante do sistema processual civil, existem regras secundárias relacionadas aos critérios de distribuição da competência, inclusive levando em consideração aspectos tuitivos do autor da ação⁽³⁾. Além do mais, as normas processuais cíveis, aprovadas fora da estrutura codificada, estabeleceram critérios diferenciados para a distribuição da competência nas hipóteses do rito sumaríssimo⁽⁴⁾ e das ações consumeristas⁽⁵⁾. No entanto, apenas a norma processual trabalhista estabeleceu um critério fundamental absolutamente diferenciado do sistema tradicional, levando em consideração preponderantemente o local da execução dos serviços.

Frise-se que a opção laboral decorreu de uma mera constatação fática, pois a atribuição da competência em razão do lugar a partir do domicílio do réu, em situações convencionais, implicaria dificuldades incontornáveis para o exercício do direito de ação dos trabalhadores. Assim sendo, a centralidade do local da prestação dos serviços apresentou-se como uma fórmula mais adequada para permitir o acesso ao Judiciário Laboral. Todas as exceções preconizadas nos parágrafos do art. 651 da CLT sempre tiveram como ideia fundamental a regra geral do local da prestação dos serviços, sendo tal diretiva, eventualmente, subvertida

(1) O art. 651 da Consolidação das Leis do Trabalho não sofreu grandes alterações desde sua outorga em 1º de maio de 1943. Na realidade, a única modificação promovida no mencionado artigo foi feita pela Lei n. 9.851, de 27 de outubro de 1999, que incidiu apenas sobre o § 1º do mencionado dispositivo.

(2) Não é demais lembrar que a Consolidação foi editada ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1939 que, mantendo a tradição liberal da disciplina, estabelecia, expressamente, o domicílio do réu como foro competente para o ajuizamento das ações. Assim dispunha o art. 134 do vetusto código: *Art. 134. O réu será, em regra, demandado no foro de seu domicílio, ou, na falta, no de sua residência.* Essa tradição não

foi quebrada com a promulgação do vigente Código de Processo Civil que manteve a regra geral de distribuição da competência territorial a partir do domicílio do réu (art. 94).

(3) É o que acontece na hipótese das ações de alimentos, na quais o foro competente é o domicílio do autor da ação (CPC, art. 100, II).

(4) A Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, no seu art. 4º, III, estabelece a competência de foro no domicílio do autor, na hipótese de ações de reparação de danos de qualquer natureza.

(5) As ações de responsabilidade civil podem ser propostas no domicílio do consumidor, a teor do que dispõe o Código de Defesa do Consumidor, art. 101, I.

em prol da facilitação do ingresso das demandas laborais.

Ocorre que, mesmo após render as necessárias homenagens a um sistema construído para a garantia da proteção dos direitos dos trabalhadores no plano jurisdicional, a dinâmica contemporânea das relações empresariais pressupõe que tais critérios rígidos e inflexíveis sejam reformulados a partir de uma adequada interpretação do núcleo normativo do art. 651. Com efeito, a extrema mobilidade dos trabalhadores e a facilitação da arregimentação da mão de obra em cadeia nacional revelam a necessidade da construção de critérios flexíveis para a distribuição da competência territorial, sempre diante da garantia de acesso ao Poder Judiciário.

Nossa proposta de trabalho pressupõe o enfrentamento do problema contemporâneo de distribuição da competência de foro a partir de critérios que denominamos *plásticos*. Os *critérios plásticos* devem ser entendidos a partir da possibilidade de sua maleabilidade diante do caso concreto. Assim sendo, o uso do adjetivo *plástico* pressupõe a construção de critérios capazes de estabelecer a competência territorial das ações trabalhistas a partir da diretriz do acesso à justiça, mesmo que isso implique a subversão das regras explícitas no comando normativo⁽⁶⁾.

A delimitação de tais *critérios plásticos* deve ser feita a partir de fundamentos dogmáticos consistentes, a fim de seja evitada uma verdadeira *discrecionalidade* na escolha das alternativas viabilizadoras do acesso à justiça. Não se pode deixar de reconhecer que a tentativa de se flexibilizarem os critérios expressos da lei deve observar as diretrizes do devido processo legal, não sendo possível a criação de uma estrutura de distribuição da competência territorial baseada exclusivamente na vontade do Juiz. Esses

critérios apresentam-se como uma verdadeira técnica de interpretação teleológica, capaz de assegurar o pleno exercício da atividade judicante de garantia de direitos fundamentais⁽⁷⁾.

2. Uma visão geral dos critérios tradicionais de distribuição da competência em razão do lugar previstos na CLT, art. 651

Conforme afirmamos anteriormente, os referenciais fundamentais de fixação de competência em razão do lugar, no âmbito do direito processual do trabalho, levam em consideração o critério do local da prestação dos serviços. Essa assertiva, no entanto, não afasta a incidência de critérios especiais, formatados a partir de necessidades específicas dos atores processuais.

Seguindo essa diretriz regulatória, a CLT dispõe em seu art. 651 que a competência dos órgãos judiciários trabalhistas é determinada pelo local da prestação dos serviços do empregado, independentemente de esse obreiro ocupar o polo ativo ou passivo da demanda trabalhista. Logo, se a prestação laboral se

(7) Muito embora a terminologia *critérios plásticos* não seja utilizada pela doutrina tradicional, não podemos deixar de mencionar que a ideia tem uma nítida correlação com a postulação teórica de Gustavo Zagrebelsky contida no clássico *El derecho dúctil — Ley, derechos, justicia* (Madrid: Trotta, 2009). Ao defender a maleabilidade do direito diante das demandas de direitos humanos, propugna Zagrebelsky a possibilidade de uma interpretação judicial voltada para o resultado final da aplicação do direito. “Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier ‘señor del derecho’ hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.” (p. 153) Obviamente, o objeto de estudo de Zagrebelsky situa-se no plano dos direitos fundamentais e de sua influência no processo de interpretação. No entanto, é possível assimilarmos a ideia central relacionada à possibilidade de se conceder um caráter mais flexível e teleológico na aplicação da norma jurídica, inclusive aquela de natureza processual.

(6) Não é demais lembrar que o adjetivo *plástico* apresenta como um dos seus significados, segundo o Dicionário Houaiss: [...] “capaz de ser moldado ou modelado.” É essa a conotação buscada no termo *critérios plásticos* utilizada neste trabalho.

operou em certa localidade, é esse local que será o determinante para a fixação da competência territorial da Vara do Trabalho. O fato de o empregador se colocar na posição de réu na demanda trabalhista não altera, pois, o panorama da competência em razão do lugar.

Há, no entanto, determinadas situações nas quais a regra geral é excepcionada, seja pela impertinência da aplicação do critério preponderante, seja pela necessidade de facilitar o acesso do trabalhador ao Judiciário⁽⁸⁾. Entender a forma pela qual tradicionalmente a competência em razão do lugar é distribuída concretiza o passo inicial para fixarmos os critérios plásticos propostos no presente trabalho.

A primeira situação excepcional de competência enfrentada pela CLT diz respeito à chamada competência internacional. *A priori*, a competência internacional é tema tratado de forma autônoma, não se mesclando com a ideia básica de competência em razão do lugar. O estabelecimento da competência internacional se revela como uma espécie de limite ao exercício da jurisdição nacional. O limite nesse caso visa facilitar a tramitação de ações que envolvam interesses ou sujeitos residentes fora da jurisdição brasileira e leva em consideração a própria possibilidade de efetivar a prestação jurisdicional⁽⁹⁾.

(8) Conforme exporemos ao longo do presente trabalho, o marco de regulação trabalhista não exaure todas as situações de assecuração do acesso à justiça fora dos limites fixados pela regra geral do local da prestação dos serviços. É fundamental a ampliação dessas possibilidades, principalmente, diante da intensa mobilidade de mão de obra observável em nosso país.

(9) A matéria é tratada no processo civil de forma mais sistematizada, ao contrário do direito processual do trabalho que sequer enfocou a questão de maneira autônoma. Ressalte-se, entretanto, que o estabelecimento de regras de competência internacional relaciona-se umbilicalmente com os próprios limites da jurisdição impostos pelas regras tradicionais de soberania. O Estado deve fixar os limites de atuação de sua jurisdição, sob pena de suas decisões tornarem-se inócuas diante dos outros entes estatais igualmente soberanos. Sobre a questão, Cândido Rangel Dinamarco expunha tradicional lição: "Inexistindo uma ordem jurídica supranacional capaz de centralizar as decisões e impor eficazmente limitações ao poder de cada um dos Estados, é cada um destes

No caso do direito processual do trabalho brasileiro, não houve uma preocupação em delimitar a atividade jurisdicional pátria em relação aos ordenamentos jurídicos alie-nígenas. A matéria foi tratada explicitamente como distribuição territorial da jurisdição laboral, sem qualquer intenção de limitar ou dosar essa atuação, como faz o CPC, em seus arts. 88 a 90.

A norma processual laboral estabelece duas situações distintas nas quais ocorreria o eventual choque das jurisdições. A primeira diz respeito ao empregado que, independentemente de sua nacionalidade, é contratado no exterior e presta seus serviços no Brasil. Em tal situação, a parte final do *caput* do art. 651 da CLT determina a aplicação da regra geral, ou seja, a fixação da competência da Justiça do Trabalho para o processamento do litígio.

Suponhamos que um empregado paraguaio seja contratado no Paraguai para prestar seus

que estabelece os limites de sua chamada competência internacional." (In: *Instituições de direito processual civil*. v. 01, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 334.) Acrescente-se, ainda, que o fenômeno contemporâneo de mitigação da soberania no plano jurisdicional, principalmente em face do papel dos tribunais internacionais (CF, art. 5º, § 4º), não é capaz de falsear a premissa acima construída, pois os conflitos jurisdicionais típicos, envolvendo relações privadas, continuam submissos a um sistema processual restrito aos limites convencionais de soberanias estatais. As construções jurisdicionais de caráter supranacional têm seus efeitos limitados a um sistema global de proteção dos direitos humanos (em relação ao tema, vide MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 900 e segs.; MADURO, Miguel Poiares. Courts and pluralism: essay on a theory of judicial adjudication in the context of legal and constitutional pluralism. In: Jeffrey L. Dunoff et al (Orgs.). *Ruling the world? Constitutionalism, international law and global governance*. Cambridge: Cambridge Press, 2009. p. 356-380; GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio Oliveira. *Direito supraconstitucional — do absolutismo ao Estado Constitucional e humanista de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: Cláudia Lima Marques et al. (Orgs.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 307-354; TOMUSCHAT, Christian. *Human rights — between idealism and realism*. Oxford: Oxford University Press, 2008).

serviços no Brasil na filial da empresa de mesma nacionalidade. Esse trabalhador poderia, à luz da Consolidação das Leis do Trabalho, art. 651, *caput*, ajuizar a sua demanda perante o Poder Judiciário trabalhista brasileiro, sem qualquer tipo de restrição.

A outra hipótese é específica para os empregados brasileiros. Nesse caso, na forma da CLT, art. 651, § 2º, sendo demonstrada a condição de brasileiro (nato⁽¹⁰⁾ ou naturalizado⁽¹¹⁾), e havendo contratação em nosso país, a competência para dirimir o litígio será da Justiça Laboral brasileira, mesmo que o empregado tenha prestado seus serviços exclusivamente no exterior. É irrelevante, por outro lado, a circunstância de o tomador dos serviços não dispor de filial em território brasileiro, pois a regra apresenta como foco determinante a nacionalidade do trabalhador e o local da realização da contratação⁽¹²⁾.

(10) CF, art. 12, I.

(11) CF, art. 12, II.

(12) A desnecessidade de existência de filial do empregador para os fins de aplicação do disposto na CLT, art. 651, § 2º, é referendada pela jurisprudência, conforme se vê do seguinte julgado:

COMPETÊNCIA INTERNACIONAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. LOCAL DA CONTRATAÇÃO. FRAUDE. PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO E DO LIVRE ACESSO AO JUDICIÁRIO. COMPETÊNCIA TERRITORIAL BRASILEIRA. Nada obstante a formalização em instrumento contratual escrito tenha ocorrido no exterior, constatou-se que a discussão das cláusulas do contrato de trabalho e o acordo de vontades se deu no Brasil, de modo que o contrato de trabalho foi, de fato, firmado em território nacional. Por outro lado, o fato de as empresas estrangeiras não terem filial ou agência em território nacional não obsta a competência internacional brasileira, até em face da comprovação de que estão cooptando trabalhadores brasileiros para trabalhar no exterior, da ausência de autorização do ministério do trabalho e emprego para contratar brasileiros e da falta de participação de pessoa jurídica brasileira no capital social da empresa estrangeira (arts. 206 do Código Penal e 12 e 13 da Lei n. 7.064/82). Não fosse isso suficiente, como bem ressaltou o saudoso ministro Coqueijo Costa, o processo não é um fim em si mesmo, mas instrumento de composição de lides, que garante efetividade do direito material. E como este pode ter natureza diversa, o direito processual, por seu caráter instrumental, deve saber adaptar-se a essa natureza diversa (Direito Processual

É certo que, em se tratando de prestação dos serviços no exterior, na forma da Lei n. 7.064, de 6 de dezembro de 1982, alterada pela Lei n. 11.962, de 3 de julho de 2009, o direito material a ser aplicado ao trabalhador pátrio, contratado para prestar serviços no estrangeiro, será o do Brasil, salvo norma mais benéfica⁽¹³⁾. No entanto, para fins de fixação da competência territorial, não se afigura relevante a discussão sobre a norma de direito material a ser aplicada ao respectivo contrato de trabalho.

A fixação da competência territorial da Justiça do Trabalho também sofre exceções quando a prestação dos serviços se opera em lugar diverso daquele da contratação. Nessa situação, destaca-se o local da contratação do núcleo da prestação dos serviços. Na presente hipótese, o trabalhador é contratado em uma determinada localidade e, em outra, levado pelo empregador, presta seus serviços. A solução encontrada pelo legislador foi a de atribuir ao empregado a escolha de ajuizar a ação no local em que foi contratado ou no local da prestação dos serviços. Trata-se de uma fórmula que revela mais um aspecto protecionista da legislação processual laboral vigente. Tem-se em mira a facilitação do acesso do obreiro ao Poder Judiciário, como também a viabilização

do Trabalho. Forense, 1996. p. 5). Assim, devem incidir na hipótese os princípios da proteção e do livre acesso ao judiciário, de modo a assegurar ao trabalhador a melhor forma de ter acesso ao poder judiciário em busca de seus direitos trabalhistas. É competente, portanto, a justiça do trabalho do Brasil para apreciar e julgar os pedidos decorrentes do aludido contrato de trabalho, à luz do que dispõem o inciso III do art. 88 do CPC e § 2º do art. 651 da CLT. (TRT 6ª R.; RO 0000025-25.2011.5.06.0102; Segunda Turma, rel. Des. Fed. Fernando Cabral de Andrade Filho, Julg. 6.6.2012; DEJTPE 11.6.2012, p. 251.)

(13) Dispunha a Súmula n. 207 do Tribunal Superior do Trabalho: "Conflitos de leis trabalhistas no espaço. Princípio da *lex loci executionis*". A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação." O mencionado verbete, entretanto, por se chocar frontalmente com o disposto na atual redação da Lei n. 7.064, de 6 de dezembro de 1982, foi revogado em 2012 pelo TST.

dos meios de prova a serem apresentados em juízo. É importante destacar que se trata de uma opção conferida apenas ao empregado, nunca ao empregador, em relação ao qual compete aceitar a escolha feita pelo obreiro.

Ainda como regra determinante da competência territorial, a Consolidação das Leis do Trabalho especifica a hipótese do empregado agente ou viajante comercial que não se vincule a nenhum local determinado. São enquadrados nessa hipótese, portanto, os empregados que desenvolvem sua atividade sem se vincular a uma localidade específica ou determinada, mesmo que não sejam tipicamente agentes ou viajantes comerciais na concepção tradicional desses profissionais.

A Consolidação, portanto, em seu art. 651, § 1º, estabelece as seguintes diretrizes para a fixação da competência dessa tipologia de empregados: a) se o empregado estiver vinculado a uma determinada agência, filial ou sucursal, a competência da Vara do Trabalho será determinada em favor da localidade onde esteja situada a unidade empresarial; b) quando o empregado não estiver vinculado a nenhuma unidade específica da empresa, a competência será determinada em favor da localidade do domicílio do empregado ou localidade mais próxima.

A locução “localidade mais próxima” prevista na segunda hipótese pode levar à conclusão de que, na localidade onde não houver jurisdição da Justiça do Trabalho, a competência seria determinada em favor da Vara do Trabalho mais próxima. A imprecisão na redação da parte final do § 1º, do art. 651, da Consolidação das Leis do Trabalho, não pode contrariar o disposto na Constituição Federal, art. 112, *caput*, parte final, que determina a atuação dos Juízes de Direito nas localidades onde não houver a jurisdição trabalhista. Nesse sentido, quando no domicílio do empregado da hipótese em análise não houver jurisdição trabalhista, a ação será ajuizada perante o Juiz de Direito, seguindo a regra constitucional estabelecida.

Essas três hipóteses explícitas de fixação da competência territorial fogem do critério fundamental relacionado ao local da prestação dos serviços e buscam regular situações atípicas, em relação às quais o modelo geral não se apresenta adequado. Acontece que a rigidez dos critérios alternativos apresentados pela legislação impede a análise da temática da fixação da competência de conformidade com a possibilidade de acesso à Justiça. Mediante uma visão ampliativa e flexibilizadora dos critérios, abre-se a possibilidade de se aferir a fixação da competência territorial a partir de critérios teleológicos, sempre imbuídos da premissa de permitir a concreta e efetiva apresentação da pretensão laboral em juízo, todavia, sem perder de vista os fundamentos do devido processo legal.

3. A mobilidade interna dos trabalhadores e a demanda por critérios plásticos para a fixação da competência em razão do lugar

Conforme expusemos no item anterior, a estrutura normativa processual trabalhista apresentou um critério geral de distribuição da competência de caráter nitidamente tuitivo, inclusive no que concerne às situações excepcionais preconizadas pelos parágrafos do art. 651 da CLT. No entanto, mesmo esse arcabouço de natureza protecionista não é capaz de assegurar, de forma abrangente e geral, regras de competência capazes de açambarcar todas as situações nas quais o acesso à Justiça, por parte do trabalhador, seja assegurado.

A hipótese típica de restrição identificada pelo Judiciário Trabalhista consiste naquela situação fática na qual o trabalhador, após retornar a sua localidade de origem, busca a reparação dos direitos decorrentes de contrato de trabalho executado em cidade distante, em relação a qual não mantém qualquer vinculação. Nessa hipótese, o trabalhador não é arregimentado em sua localidade de origem (situação albergada pela CLT, art. 651, § 3º), tampouco presta serviços em local diverso do

da contratação (CLT, art. 651, § 1º). Simplesmente, em busca de melhores condições de vida, o empregado migra para outras localidades, com a intenção de conseguir um posto de trabalho que lhe garanta um mínimo de recursos para seu retorno, ou mesmo possibilite a fixação em uma nova região.

Operando-se esse deslocamento do trabalhador e inexistindo qualquer vinculação jurídica em face de sua localidade de origem, as hipóteses explicitamente preconizadas pelo núcleo normativo da Consolidação conduzem inexoravelmente ao reconhecimento da competência do foro do local da prestação dos serviços, nos termos do art. 651, *caput*. Essa conclusão, na maioria dos casos, inviabilizaria qualquer tentativa de o trabalhador obter o acesso ao Judiciário e a reparação de eventuais lesões decorrentes dos contratos de trabalho.

O deslocamento de trabalhadores em busca de novos postos de trabalho é uma característica típica do mercado laboral brasileiro, marcado pela ampla (e às vezes) irracional rotatividade⁽¹⁴⁾. Não se trata, portanto, de

casos isolados a situação do empregado que se desloca de seu centro de convivência familiar para encontrar novas colocações, especialmente quando a localidade de origem é incapaz de fornecer condições mínimas de empregabilidade.

Obviamente essas questões não integram o campo de preocupações do núcleo jurídico-processual tradicional. Sabe-se que, ortodoxamente, o direito processual apresenta uma conduta absolutamente racionalista, baseada exclusivamente na edificação de um sistema capaz de garantir formalmente o exercício das prerrogativas processuais. As questões socioeconômicas dos litigantes não integravam o conjunto ideológico do processo tradicional, marcadamente liberal em sua formação⁽¹⁵⁾.

org/10.1590/S0101-31572010000300003>. Acesso em: 30 dez. 2013.). Ora, se existe a possibilidade real de um mesmo trabalhador ocupar mais de um posto de trabalho durante o ano, é bastante palpável, do ponto de vista empírico, concluirmos que a situação atual do mercado de trabalho brasileiro é absolutamente propícia ao deslocamento da força laboral pelo país. Além do mais, essa insana mobilidade dos postos de trabalho apresenta-se como uma característica típica e marcante de nossa sociedade que, comparada a outros países, ostenta índices de rotatividade de mão de obra verdadeiramente únicos. “Analisando a duração do emprego sob a ótica das faixas de tempo, a comparação da distribuição brasileira com a dos demais países reforça a constatação da curta duração do tempo do emprego formal no país (Tabela 6 - página 61). A conformação da distribuição do quantitativo de trabalhadores por faixa de anos de trabalho indica, por um lado, forte concentração relativa deste quantitativo nas faixas iniciais da distribuição, quando comparado à dos demais países. E, por outro lado, a distribuição indica que a participação das faixas de maior duração do tempo de emprego formal é inferior à dos demais países.” (DIEESE, 2011. p. 60). Vê-se, portanto, que se os empregos são efêmeros certamente a busca por novas colocações deve ser intensa, inclusive com o deslocamento geográfico dos trabalhadores.

(14) Não é nosso objetivo incursionar sobre a tessitura do mercado de trabalho brasileiro, no entanto, não podemos nos furtar de enfrentar a questão relacionada à rotatividade de mão de obra em nossa economia. Muito embora, atualmente, ostentemos níveis de emprego consideráveis, a mutação dos postos de trabalho (que não é identificada pelas estatísticas gerais) é incessante, fazendo com que a maioria dos empregados formais mude, pelo menos uma vez por ano, de posto de trabalho. Nesse particular, merece destaque a pesquisa efetivada por Eduardo Pontual Ribeiro que, entre outras coisas, assim concluiu: “A realocação de postos de trabalho (PR) chegou a 46% dos empregos da economia. Isto sugere que de cada dois postos de trabalho existentes em um ano, aproximadamente um foi criado ou destruído no ano. Por fim, a rotatividade de trabalhadores estimada neste trabalho chegou a mais de 100%, o que pode significar que houve mais troca em emprego por parte de trabalhadores do que há empregos na economia. Se, por um lado sabemos que nem todo trabalhador realizou uma troca de emprego em um ano qualquer, a estimativa sugere que há trabalhadores que trocam de emprego várias vezes no ano.” (Fluxo de empregos, fluxo de trabalhadores e fluxo de postos de trabalho no Brasil. In: *Revista de Economia Política (on-line)*, São Paulo, vol. 30, n. 3, p. 401-409, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31572010000300003>>).

(15) O caráter estritamente liberal do direito processual clássico é realçado com bastante propriedade por Luiz Guilherme Marinoni em todo o conjunto de sua obra, todavia exemplarmente resumido no seguinte escólio: “[...] para a preservação da liberdade, seria fundamental manter o Estado longe da esfera dos particulares. Como o Estado liberal não se preocupava em proteger os menos favorecidos e em promover políticas públicas para uma organização comunitária mais justa, mas apenas em manter em funcionamento

Acontece que essas características não podem ser estendidas aos subsistemas de caráter tuitivo, pois o reconhecimento de fragilidades unilaterais intrínsecas dos litigantes é capaz de modificar a sua tessitura ideológica. O legado contemporâneo do direito processual foi o de reconhecer um conjunto de categorias tributárias de uma proteção sistêmica de sua posição na relação processual, tal como acontece com o subsistema laboral.

A identificação de um perfil de litigante, portador de demandas específicas e indispensáveis para garantir a concretização do devido processo legal substancial, transforma o subsistema processual em tuitivo, potencializando o conjunto de garantias em favor de uma das partes. Esse fenômeno obviamente impregna o direito processual do trabalho desde seus primórdios, fazendo com que o protecionismo seja fundamento de sua existência e de sua autonomia⁽¹⁶⁾. Assim sendo, o viés protecionista do direito processual do trabalho não se apresenta como simples conjunto de regras processuais específicas, mas sim um fundamento principiológico norteador da construção e interpretação de todas as suas estruturas⁽¹⁷⁾. Deve-se, portanto, reconhecer

os mecanismos de mercado, sem qualquer preocupação com as diferenças das posições sociais, qualquer interferência do Estado junto aos particulares era vista como uma intromissão indevida.” (In: *Técnica processual e tutela dos direitos*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 32.)

- (16) Nesse particular, ver o nosso *Fundamentos do direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 33 e seg.
- (17) É relevante mencionar que o reconhecimento de um viés ideológico de cunho protecionista não é exclusivo do direito processual do trabalho. Outros subsistemas também se apresentam impregnados por uma estrutura ideologicamente tuitiva, normalmente decorrentes da influência do direito material. Tal acontece com o direito do consumidor que estende seu caráter protecionista também ao sistema processual, conferindo ao litigante consumidor uma série de instrumentos de proteção, bem distantes dos padrões tradicionais do direito processual. Essa influência é resumida pela seguinte citação de Daniel Mitidiero: “Dada a fundamentalidade do direito do consumidor, curial que também a sua proteção

que os critérios de fixação da competência em razão do lugar não devem ser considerados protecionistas apenas pela aferição semântica dos dispositivos legais integrantes da CLT, mas sim pela identificação de uma estrutura de proteção calcada na ampla garantia de acesso ao Poder Judiciário Trabalhista.

Dentro dessa perspectiva, a constatação de que a mobilidade interna dos trabalhadores brasileiros impede (ou pelo menos dificulta) o acesso à reparação judicial das lesões dos contratos de trabalho apresenta-se como referencial fundamental para a correta e decisiva interpretação da norma de distribuição da competência em razão do lugar. Não se trata de criar um sistema de fixação da competência arbitrário ou mesmo discricionário, mas sim de vincular o alcance da norma instrumental à concretização da finalidade maior do processo, ou seja, a composição dos conflitos subjetivos de interesses.

A formulação de critérios plásticos de fixação da competência territorial envolve uma atividade de interpretação aberta e construtiva que tem como alvo o resultado prático da solução extraída da norma legal. A interpretação da competência territorial por meio de critérios fixos, em algumas situações, apresenta-se como a negação da proposta telológica essencial trazida pelo núcleo normativo do art. 651 da CLT. Reconhecer a incompetência de determinado

jurisdicional se mova dentro desse mesmo quadro de densidade normativa, aplicando-se-lhe as formas de tutela jurisdicional e a maneira de trabalhar com essas que hoje se colocam no direito processual civil comum.” (Tutela jurisdicional no Código de Defesa do Consumidor. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Org.). *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 61.) A partir do escólio do processualista, verifica-se que a estrutura normativa do direito processual consumerista apresenta-se permeável à aplicação de estruturas processuais diversas em face do seu caráter de *fundamentalidade*. Em outras palavras, o direito processual do consumidor revela um conjunto de características díspares em face do direito processual comum por conta da necessidade de serem conferidas estruturas de proteção do sujeito hipossuficiente, no caso, o próprio consumidor.

juízo pode, em alguns casos, significar a própria negação da jurisdição em face da absoluta impossibilidade material de se buscar a tutela do Poder Judiciário. Observe-se, por outro lado, que a decretação da incompetência e o deslocamento do processamento da ação para outro foro poderá significar benefício para apenas um dos litigantes que sequer necessitará exercer a plenitude do seu direito de defesa para obter a absolvição integral em face da pretensão do autor. Em outras palavras, o impedimento de ordem material para que trabalhador exerça o seu direito de ação estabelece, mesmo em abstrato, uma situação de vantagem para o réu, pois não será necessário sequer discutir a própria existência ou inexistência da lesão de direito imposta.

Observa-se, a partir de um prisma diverso, que a própria jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho caminha no sentido de assegurar a ampla discussão acerca da fixação da competência territorial. Assim o fez quando da edição da Súmula n. 214, alínea c, pois assegurou a possibilidade de o reclamante apresentar recurso em face de decisão que acolhe a decisão de exceção de incompetência e remete os autos para jurisdição diversa do Tribunal Regional do Trabalho no qual foi intentada a demanda⁽¹⁸⁾. Há uma nítida tendência de

impedir que a pretensão do trabalhador possa ser comprometida diante de um equivocado reconhecimento de incompetência em razão do lugar.

Os aspectos processuais trazidos pela Súmula n. 214 do TST nos oferecem uma visão abrangente de que o problema relacionado à distribuição da competência territorial é correlato ao acesso à jurisdição laboral. Além do mais, a intensa movimentação dos trabalhadores, ocasionada por um sistema de relações de trabalho marcado pela rotatividade, demonstra a importância do debate acerca da plasticidade dos critérios de distribuição dessa competência.

4. Construindo critérios hermenêuticos para a distribuição da competência em razão do lugar

A constatação da necessidade de serem flexibilizados os critérios de distribuição da competência territorial previstos pela CLT, art. 651, não é, por si só, suficiente para se oferecer uma resposta eficiente às questões surgidas no cotidiano forense. O reconhecimento da incompletude do sistema normativo não oferece ao julgador uma possibilidade apriorística de decidir sem a observância das balizas legais. Torna-se indispensável a construção de uma alternativa hermenêutica, a partir da prevalência de princípios reconhecidos em uma esfera mais ampla de garantia de direitos fundamentais.

A norma infraconstitucional, em especial a de natureza processual, deve ser concebida em uma perspectiva teleológica capaz de garantir a importância de garantias transcendentais do indivíduo. Essa atividade é atribuída, em última

(18) Muito embora o texto da Súmula n. 214 reporte-se especificamente ao fundamento legal contido na CLT, art. 799, § 2º, o que se vê na lúcida construção jurisprudencial do TST é uma tentativa de assegurar o direito de ação do trabalhador em face da aplicação dos critérios tradicionais de distribuição da competência. O citado artigo contempla uma grave imprecisão teórica ao se reportar à *decisão terminativa* no âmbito de exceções rituais, quando na realidade esses meios de defesa do reclamado se consubstanciam em decisões meramente interlocutórias e, portanto, insuscetíveis de recurso imediato, nos termos da CLT, art. 893, § 1º. A postura do TST nesse particular louvou-se da instrumentalidade processual, permitindo o ataque imediato de decisão capaz de comprometer decisivamente o acesso à justiça do trabalhador. Dessa constatação não escapa a doutrina: “[...] na prática, muitas consequências danosas ocorriam quando o magistrado declinava da competência em favor de outro juízo, localizado em outro Estado. Nestas situações, pelo texto literal da lei, também

não caberia recurso. Entrementes, o TST, visando à praticidade necessária exigida pelo cotidiano forense, resolveu amenizar o rigor do texto legal, passando a permitir, contra as decisões que acolhem a exceção de incompetência em razão do lugar, a interposição de recurso, no caso o ordinário.” (In: ROCHA, Andréa Presas et al. (Orgs.). *Súmulas do TST comentadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 267.) A praticidade dada pelo verbete jurisprudencial traduz-se, portanto, na preservação do acesso ao judiciário trabalhista.

análise, ao magistrado que, ao apreciar as questões postas à sua análise, deve assegurar a plena concretização dessas garantias. Logo, não há que se falar em uma atividade jurisdicional arbitrária e eminentemente volitiva. A gestão dos conflitos jurídicos contemporâneos exige do julgador a adoção de uma postura de ponderação e aferição dos valores determinantes da ordem jurídica. Não se trata de uma mera reação à visão excessivamente racionalista do direito, mas sim o reconhecimento de uma verdadeira zona de alternativas viáveis⁽¹⁹⁾.

Em termos práticos, o problema hermenêutico que se apresenta em face da CLT, art. 651, pode ser resumido nos seguintes termos: devem prevalecer os critérios de distribuição de competência explicitamente previstos na norma, mesmo quando sua aplicação inviabilize materialmente o exercício do direito de ação⁽²⁰⁾?

(19) Nesse particular, pontifica Ricardo Luis Lorenzetti, quando afirma: “[...] o problema não deve ser enfocado como uma disputa científica entre racionalistas e seus críticos, senão como um direito dos cidadãos à fundamentação razoável das sentenças. A discricionariedade do juiz é uma zona de possibilidade entre alternativas legítimas e que deve ser exercida razoavelmente.” (In: *Teoria da decisão judicial – Fundamentos de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 157.) Na visão do jurista e magistrado argentino, a possibilidade de o juiz adotar decisões que ultrapassem os limites literais da norma jurídica não se apresenta como uma prerrogativa de julgar, baseada em critérios estritamente pessoais, mas sim um processo lógico de aferição de valores sociais dominantes. “Isso é assim porque a solução dedutiva parte de uma norma identificada como válida, mas no sistema atual, onde há pluralidade de fontes, pode se dar o caso frequente de normas válidas que podem ter soluções diferentes. Portanto, é necessário verificar se existe um princípio geral que compreenda um conjunto de normas diferentes.” (*Idem*, p. 161). A busca de soluções alternativas, alheias à subsunção clássica, mesmo no plano processual não é um proceder arbitrário ou unilateral, mas sim baseado em uma ampla ponderação de alternativas possíveis de oferecer soluções socialmente válidas.

(20) É importante destacar que é possível encontrarmos na jurisprudência inúmeros julgados no sentido de vincular a distribuição da competência a partir da garantia do acesso à justiça. É o que se vê do seguinte aresto do TST: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LUGAR. VIOLAÇÃO DO Art. 651 DA

Nesse caso, retornamos à situação fática apresentada na introdução, na qual o trabalhador, em busca de melhores condições de vida, sai de sua residência e consegue um posto de trabalho em localidade distante. Terminada a prestação laboral, retorna ao local de partida em face da impossibilidade de permanecer longe do seu núcleo familiar. O manejo da ação trabalhista respectiva, buscando eventuais reparações do contrato de trabalho, caso aplicados os critérios fixos de distribuição da competência em razão do lugar, demandariam um deslocamento financeiramente inviável para o trabalhador. Retornar ao local do antigo posto de trabalho pode significar, em muitos casos, o esgotamento das parcas economias amealhadas na vigência do contrato de trabalho.

Dentro do quadro fático acima delineado, a mera interpretação literal e simploriamente subsuntiva⁽²¹⁾ dos comandos contidos na CLT,

CLT. NÃO CONFIGURAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. 1. A fixação da competência no âmbito do Direito do Trabalho deve prestigiar os princípios do livre acesso à Justiça e da proteção, de modo a facilitar ao litigante economicamente mais fraco (o trabalhador) a sua defesa em juízo, em condições que lhe sejam mais favoráveis. Assim, não se cogita em violação do art. 651 da CLT, quando a prorrogação da competência visou a tal fim, máxime por se tratar de competência relativa, bem assim pelo fato de que, no presente caso, a propositura da ação no local da contratação — e não da prestação dos serviços — não trouxe manifestos prejuízos às reclamadas. 2. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (AIRR - 9840-20.2005.5.06.0017, relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 5.5.2010, 7ª Turma, Data de Publicação: 14.5.2010.)

(21) Destaque-se que o abandono do modelo subsuntivo de interpretação da norma jurídica não é exclusividade trabalhista, tampouco novidade na teoria do direito. Buscar um significado próprio e específico da norma não é mais tarefa viável ou aceitável no panorama social contemporâneo. Sobre a questão, merece destaque a citação de recente obra, cujo tema é exposto da seguinte forma: “Definitivamente, ‘descobrir a vontade do legislador’ é tarefa completamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. Inexiste qualquer tipo de manifestação democrática na repetição dos sentidos produzidos pela fala autorizada na descoberta da vontade do legislador.” (NERY, Carmen Lígia. *Decisão judicial e discricionariedade – A sentença determinativa no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 89.)

art. 651 implicaria a negação do exercício do direito de ação e do acesso à justiça. Logo, a norma processual laboral, pretensamente de caráter tuitivo, poderia gerar uma situação fática absolutamente contrária ao seu objetivo primordial: facilitar o acesso do trabalhador à jurisdição trabalhista. Em outras palavras, a falta de flexibilidade dos critérios de distribuição da competência em razão do lugar, em termos concretos, pode resultar na própria negação de sua teleologia primitiva, consubstanciando-se em um paradoxo normativo incontornável.

Obviamente, o apego exagerado e injustificado ao modelo exegetico, de viés historicista, nos conduziria ao conformismo e à sugestão de uma reforma legislativa destinada a recompor as contradições advindas da aplicação incongruente da norma jurídica. Essa solução tradicional, obviamente, esbarra em inúmeros obstáculos de ordem política e operacional, próprios da incerteza e a complexidade do processo legislativo.

Os instrumentos jurídicos contemporâneos, no entanto, são capazes de fornecer ao intérprete mecanismos suficientes para enfrentar essas questões delicadas de aplicação da norma sem colocar em risco as delicadas relações entre poderes. De fato, é suficiente que reconheçamos a presença de valores jurídicos transcendentais (igualmente reconhecidos pela atividade legiferante estatal) e priorizemos o reconhecimento desses valores em sintonia com a teleologia da norma processual trabalhista.

É possível, portanto, reconhecer que os critérios de distribuição da competência podem ser concebidos de forma plástica, admitindo seu amoldamento às situações nas quais a concreta garantia de acesso ao Judiciário seja colocada em risco. Ora, se a construção do sistema processual partiu de uma premissa de facilitação do recurso do Judiciário Trabalhista, não é aceitável que a interpretação desses critérios seja nortead

exclusivamente a partir de uma rigidez contraposta aos objetivos primários do texto legal⁽²²⁾.

Torna-se indispensável a construção de um marco hermenêutico capaz de conferir significação e concretude à premissa identificada na norma processual trabalhista. Não basta que reconheçamos, apenas formalmente, o caráter de acessibilidade jurisdicional da norma processual tuitiva. É fundamental que se garanta uma aplicação normativa apta a gerar efeitos concretos capazes de modificarem a realidade e permitirem a real submissão da pretensa lesão de direito perante o Poder Judiciário.

- (22) É exatamente nesse sentido a posição do Tribunal Superior do Trabalho, conforme se verifica do seguinte aresto: "[...] Ajuizamento da ação no domicílio do reclamante. *No processo do trabalho, ao contrário do processo civil, as regras de competência relativa têm como destinatário principal o empregado, na sua presumida qualidade de hipossuficiente econômico. O legislador visou a garantir o pleno acesso do obreiro ao judiciário trabalhista, consoante o teor do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, assegurando-lhe o princípio da proteção, insito ao direito do trabalho.* Dessa forma, é possível aplicar à hipótese a exceção prevista no § 1º do art. 651 da CLT, que atribui competência à vara do trabalho do domicílio do reclamante, quando inviabilizado o ajuizamento da reclamação trabalhista no foro da celebração do contrato ou da prestação dos serviços. Essa interpretação, além de melhor corresponder à letra e ao espírito do art. 651, *caput* e parágrafos, da CLT, mostra-se mais consentânea com o princípio constitucional de acesso à justiça e com a constatação prática de que, em muitos casos, a exigência legal de que o trabalhador que ajuizasse a reclamação no lugar em que prestou serviços acabaria por onerar, excessivamente, o exercício do direito de ação pela parte hipossuficiente. Por outro lado, em se tratando de arguição de incompetência relativa, era necessário que a reclamada demonstrasse manifesto prejuízo a justificar o deslocamento da competência para a vara do trabalho de Uberlândia, local da contratação do reclamante e sede da reclamada, o que não ficou comprovado nos autos, como afirmado pelo tribunal *a quo*. Conclui-se, portanto, que o regional, ao rejeitar a exceção de incompetência para processar e julgar esta demanda trabalhista, atendeu aos fins sociais a que a norma se dirige e garantiu o livre acesso do reclamante ao judiciário, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, permanecendo incólume o art. 651, § 3º, da CLT. Recurso de revista não conhecido no tema. [...]" (TST; RR 0134700-12.2008.5.23.0051, rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 19.12.2013, p. 1.545.)

Ora, a aplicação dos critérios rígidos da CLT, art. 651, como insistimos ao longo deste trabalho, pode implicar, em situações fáticas específicas, a própria negativa de oferecimento da prestação jurisdicional. O deslocamento do trabalhador para longe dos núcleos territoriais reconhecidos pela norma processual trabalhista, em termos reais, significa a própria negação para a prestação jurisdicional. A construção de uma estrutura de proteção na distribuição da competência territorial é, portanto, medida concreta de garantia da plenitude do oferecimento da jurisdição⁽²³⁾.

Assim sendo, verificada a impossibilidade do exercício do direito de ação a partir dos referenciais tradicionais, é possível o reconhecimento da competência em razão do lugar a

partir da localidade capaz de oferecer ao trabalhador o melhor acesso ao Poder Judiciário⁽²⁴⁾.

- (23) Nesse particular, convém mais uma vez registrar os exemplos encontrados no direito processual consumerista, no qual a escolha do foro competente para o ajuizamento da ação pelo ou contra o consumidor é sempre mensurado a partir dos resultados concretos do acesso à justiça. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é remansosa quanto à vinculação dos critérios de distribuição da competência em face da efetiva possibilidade de o consumidor exercer o direito de ação ou de defesa, conforme se vê do seguinte julgado: “AGRAVO REGIMENTAL. COMPETÊNCIA TERRITORIAL EM AÇÃO ENVOLVENDO RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA CONEXA COM AÇÃO REVISIONAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETÓRIOS. MULTA. CABIMENTO.

[...] 2. Em se tratando de relação de consumo não incide a regra de competência estabelecida pelo art. 100, IV, “d”, do CPC (local do cumprimento da obrigação), podendo ser fixada a competência do foro do domicílio do réu, ou, alternativamente, do foro em que reside o consumidor, **haja vista o princípio da facilitação de sua defesa em juízo**. [...]” (AgRg no AREsp 271.968/SP, rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 12.3.2013, DJe 26.3.2013.) O que se vê é uma nítida tendência de reconhecer certa flexibilidade na distribuição da competência para as ações consumeristas, mediante o estabelecimento de estruturas alternativas capazes de garantir *in concreto* o acesso do litigante consumidor ao Judiciário. Essas conclusões, extraídas do universo do direito do consumidor, podem perfeitamente justificar a adoção de critérios plásticos na distribuição da competência laboral.

- (24) A recente jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho tem sido absolutamente receptiva à inserção da variável constitucional do acesso à Justiça para a fixação da competência em razão do lugar. É o que se vê das seguintes ementas:

“EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LUGAR. A regra prevista no art. 651 da CLT deve ser interpretada de forma a não prejudicar o trabalhador hipossuficiente, não sendo razoável exigir que tenha de se deslocar em prejuízo de sua subsistência, para que seja garantido o seu direito de acesso à justiça. Recurso da reclamante provido.” (TRT 4ª R., RO 0000326-96.2013.5.04.0541, Sexta Turma, relª Desª Maria Helena Lisot, DEJTRS 19.12.2013, 82.)

“EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. DOMICÍLIO DO TRABALHADOR. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA. No processo do trabalho as regras de competência em razão do lugar seguem o princípio protecionista, uma vez que foram instituídas visando facilitar a propositura da ação trabalhista pelo trabalhador, parte hipossuficiente da relação, para que este não tenha gastos desnecessários com a locomoção e possa melhor fazer sua prova. Assim, o intérprete deve buscar a finalidade das normas, sempre em sintonia com a ordem social e com os ideais de justiça, de forma a viabilizar o acesso ao judiciário, seja para o trabalhador, seja para o empregador.” (TRT 10ª R., RO 0001831-89.2013.5.10.0013, Primeira Turma, rel. Des. Dorival Borges de Souza Neto 0 Julg. 11.12.2013, DEJTDF 19.12.2013, p. 85.)

“RECURSO ORDINÁRIO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LUGAR. Ao fixar as normas sobre competência em razão do lugar, o legislador teve o objetivo de proteger o empregado, criando condições favoráveis ao seu ingresso na Justiça. Daí, haver estabelecido como regra geral, o lugar da prestação de serviços, para permitir o recolhimento da prova de suas alegações e o acompanhamento do processo até o final. O acesso à Justiça envolve a ampla defesa, o direito de produzir provas, orientando-se pelo princípio da valorização da verdade, sendo ele princípio constitucional, impresso no art. 5º, LV da Constituição da República. Sendo assim, a interpretação a ser dirigida ao art. 651 da CLT, que foi criado tendo em consideração a pessoa do trabalhador, deve estar em consonância com os princípios da dignidade humana, dos valores sociais do trabalho, do amplo acesso ao judiciário, da assistência judiciária, entre outros. A hermenêutica conforme a Constituição, que é a proposta, conserva a unidade dentro do sistema, na medida em que se interpreta a norma de competência territorial à luz dos princípios constitucionais. Recurso Ordinário provido.” (TRT 6ª R., RO 0001585-56.2012.5.06.0008, Segunda Turma, relª Desª Eneida Melo Correia de Araújo, Julg. 11.12.2013, DOEPE 18.12.2013.)

Obviamente, o processo de aplicação da norma processual trabalhista parte de constatações reais da situação do autor da ação, levando em consideração sua condição econômica específica e a impossibilidade de serem aplicados os critérios ortodoxos.

Como temos insistido, não se trata de criar um sistema aberto de *escolha* do foro para ajuizamento da ação trabalhista. Em um primeiro momento, os critérios aplicáveis no procedimento de fixação da competência territorial são aqueles preconizados primitivamente pela norma processual (CLT, art. 651). Diante da impossibilidade material para o acesso à Justiça, é possível adotar-se a técnica de plasticidade dos critérios, amoldando-os às necessidades específicas do demandante.

Ao enunciarmos a formatação desses critérios plásticos, por outro lado, não podemos deixar de observar a necessidade de adequação diante dos primados do devido processo legal. Inserindo-se no âmbito da disciplina processual, deve-se observar que a relação jurídica encetada entre autor e réu deve ser norteadada a partir de um sistema recíproco de garantias. Mesmo em relação aos subsistemas processuais de caráter tuitivo, não se pode simplesmente subverter o viés racional do processo e vedar ao réu o exercício de suas prerrogativas processuais.

Assim sendo, o reconhecimento da plasticidade dos critérios de distribuição de competência não pode perder de vista a possibilidade de inviabilização ou mesmo excessiva onerosidade do exercício do direito de defesa. É possível reconhecer-se a fragilidade do demandante e garantir-lhe o acesso ao Poder Judiciário a partir da localidade que lhe ofereça um ambiente mais propício para o exercício do direito de ação. No entanto, nessa mesma situação, a flexibilização dos critérios pode

significar o prejuízo para o exercício do direito de defesa, fazendo com que o acesso do réu ao Judiciário também seja prejudicado.

Poderíamos imaginar inúmeras situações concretas nas quais o deslocamento da competência poderia onerar o empregador de tal forma que a concretização da ação não lhe permitisse exercer a plenitude dos meios de defesa. Seria o caso do empregador doméstico que, em uma proporção menor, apresentaria dificuldades semelhantes ao empregado doméstico no sentido de custear os seus deslocamentos para o exercício do direito de defesa. Diante desse impasse, poderia o julgador utilizar meios alternativos de condução do processo, possibilitando, por meios telemáticos, a tramitação à distância das ações trabalhistas.

Certamente, essas premissas são restritas às situações muito específicas, das quais, as grandes corporações, dotadas de inúmeras filiais, sucursais, ou subsidiárias, não poderiam se beneficiar.

5. Considerações finais

A mobilidade contemporânea dos trabalhadores produz efeitos importantes no âmbito do direito processual, especialmente no que concerne ao acesso à Justiça. A distância da localidade de origem do trabalhador do local da prestação dos serviços pode, na maioria dos casos, inviabilizar o próprio exercício do direito da ação. A norma processual trabalhista fixadora da competência em razão do lugar, embora contemple critérios tuitivos para a construção do seu regramento, não é capaz de açambarcar todas as situações nas quais o trabalhador possa ter tolhido o acesso à justiça. Trata-se, no caso, de um verdadeiro paradoxo, pois a norma idealizada para conferir um arcabouço de índole protecionista, gera um efeito diametralmente oposto àquele concebido originariamente.

A concepção de critérios plásticos para a distribuição da competência em razão do lugar significa, acima de tudo, reconhecer a teleologia

Os julgados acima, embora provenientes de diversas regiões do país, apresentam um fundamento comum: a possibilidade de aplicação dos critérios fixos de distribuição da competência em razão do lugar inviabilizarem o exercício do direito de ação.

inserida no âmbito da CLT, art. 651, e analisar as situações concretas capazes de garantir o acesso do trabalhador ao Poder Judiciário.

6. Referências bibliográficas

CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Fundamentos do direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 01, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio Oliveira. *Direito supraconstitucional — do absolutismo ao Estado Constitucional e humanista de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial — Fundamentos de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MADURO, Miguel Poiares. Courts and pluralism: essay on a theory of judicial adjudication in the context of legal and constitutional pluralism. In: Jeffrey L. Dunoff *et al.* (Orgs.). *Ruling the world? Constitutionalism, international law and global governance*. Cambridge: Cambridge Press, 2009. p. 356-380.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: Cláudia Lima Marques *et al.* (Orgs.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 307-354.

MITIDIERO, Daniel. Tutela jurisdicional no Código de Defesa do Consumidor. In: Tereza Arruda Alvim Wambier (Org.). *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 55-62.

NERY, Carmen Lúcia. *Decisão judicial e discricionariedade — A sentença determinativa no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RIBEIRO, Eduardo Pontual. Fluxo de empregos, fluxo de trabalhadores e fluxo de postos de trabalho no Brasil. In: *Revista de Economia Política (on-line)*, São Paulo, vol. 30, n. 3, p. 401-419, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31572010000300003>> Acesso em: 30 dez. 2013).

ROCHA, Andréa Presas *et al.* (Orgs.). *Súmulas do TST comentadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

Rotatividade e flexibilidade do mercado de trabalho. São Paulo: DIEESE, 2011.

TOMUSCHAT, Christian. *Human rights — between idealism and realism*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil — Ley, derechos, justicia*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.

A aplicação da medida legal de indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN à execução trabalhista — Uma boa prática a serviço do resgate da responsabilidade patrimonial futura

Ben-Hur Silveira Claus^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo fundamenta a aplicação da medida legal de indisponibilidade de bens à execução trabalhista, com vistas a dar mais efetividade à jurisdição trabalhista. Destaca-se a fecundidade da dimensão prospectiva da indisponibilidade de bens como condição de possibilidade para o resgate da responsabilidade patrimonial futura. Indicam-se os órgãos aos quais dirigir a ordem judicial de indisponibilidade de bens. Por fim, insere-se a indisponibilidade de bens entre as medidas legais catalogadas como boas práticas para a efetividade da execução trabalhista.

Palavras-chave:

- ▶ Indisponibilidade de bens — Art. 185-A do CTN — Aplicação subsidiária do art. 185-A do CTN à execução trabalhista — Aplicação subsidiária da Lei n. 6.830/1980 à execução trabalhista — Boas práticas na execução trabalhista — Execução trabalhista — Efetividade da execução — Responsabilidade patrimonial futura.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A juridicidade da aplicação subsidiária do art. 185-A do CTN à execução trabalhista
- ▶ 3. A fecundidade da dimensão prospectiva da medida legal de indisponibilidade de bens: o resgate da responsabilidade patrimonial futura
- ▶ 4. A indisponibilidade de bens e o princípio da proporcionalidade

(*) Juiz do trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – RS. Mestre em direito pela Unisinos.

- 5. Como fazer a comunicação de indisponibilidade de bens
- 6. Uma boa prática a serviço da efetividade na execução trabalhista
- 7. Conclusão
- 8. Referências bibliográficas

“... prevalece até hoje, herdado do processo civil, o princípio da execução menos onerosa: protege-se o devedor, que comprovadamente não tem direito (tanto assim que foi condenado), em detrimento de quem reconhecidamente está amparado por ele.”

Wagner D. Giglio

1. Introdução

A dimensão objetiva⁽¹⁾ reconhecida pela teoria constitucional contemporânea à garantia fundamental da efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) convida o juiz do trabalho à compreensão de que enfrentar o déficit de efetividade na execução trabalhista significa não abrir mão de nenhuma medida legal capaz de resgatar ao processo do trabalho sua ontológica vocação à condição de processo de resultados. A indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN constitui importante medida legal situada nesse contexto. Daí a proposta de sua aplicação subsidiária à execução trabalhista, proposta cuja juridicidade é examinada a seguir.

2. A juridicidade da aplicação subsidiária do art. 185-A do CTN à execução trabalhista

(1) LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 27: “Os direitos fundamentais, sob desenvolvimento dinâmico, ganharam novos conteúdos. Assim, a partir das formulações Böckenförde, novos conceitos teóricos relativos aos direitos fundamentais foram desenvolvidos pela literatura jurídica, obtendo reconhecimento o conceito de inspiração anglo-saxônica de Robert Alexy, o qual compreende os direitos fundamentais como princípios. Já a jurisprudência do Tribunal Constitucional passou a falar, então, em lugar de ordem de valores, de ordenação de valor jurídico-objetiva (*objektiv-rechtliche Wertentscheidung*), ou seja, de uma ordem valorativamente vinculada por princípios objetivos e conteúdos jurídico-objetivos.”

De acordo com o art. 889 da CLT⁽²⁾, os preceitos da Lei de Executivos Fiscais (Lei n. 6.830/1980) aplicam-se à execução trabalhista de forma subsidiária desde que não contrariem o processo judiciário do trabalho previsto nos arts. 763 a 910 da CLT.

O § 2º do art. 4º da Lei n. 6.830/1980 estabelece que: “À Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial.”

Entre as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, encontra-se o art. 185-A do Código Tributário Nacional, preceito que estabelece: “Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.”⁽³⁾

Portanto, a aplicação da medida legal de indisponibilidade de bens à execução trabalhista tem por fundamento jurídico o fato de o preceito do art. 185-A do CTN integrar as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária (Lei n. 6.830/1980,

(2) CLT: “Art. 889. Aos trâmites e incidentes do processo de execução são aplicáveis, naquilo em que não contrariem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.”

(3) A redação do art. 185-A do CTN foi dada pela Lei Complementar n. 118, de 9.2.2005.

art. 4º, § 2º), ingressando na regência legal da execução trabalhista por obra do permissivo legal do art. 889 da CLT.

É de se registrar que o art. 185-A do CTN não contraria preceito do processo judiciário do trabalho previsto nos arts. 763 a 910 da CLT. Pelo contrário, a compatibilidade do art. 185-A do CTN com o processo judiciário do trabalho é manifesta, podendo ser extraída tanto da garantia constitucional da efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) quanto do preceito legal que incumbe aos juízos do trabalho velar pelo rápido andamento das causas (CLT, art. 765)⁽⁴⁾. Além disso, a medida legal da indisponibilidade de bens promove importante resgate da responsabilidade patrimonial futura, virtude que se passa a destacar.

3. A fecundidade da dimensão prospectiva da medida legal de indisponibilidade de bens: o resgate da responsabilidade patrimonial futura

O estudo da indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN revela que essa providência legal apresenta tanto dimensão retrospectiva quanto dimensão prospectiva, evocando o preceito jurídico de que a responsabilidade patrimonial do obrigado incide tanto sobre bens presentes quanto sobre bens futuros (CPC, art. 591)⁽⁵⁾. Tanto a dimensão retrospectiva quanto a dimensão prospectiva da providência legal são hauridas da previsão do § 2º do art. 185-A do CTN, preceito que

estabelece que: “Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o caput deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido.”

Havendo bens presentes do executado, os órgãos comunicados pelo juízo da execução promovem a indisponibilidade dos bens e enviam ao juízo a relação discriminada dos bens atingidos pela medida legal — eis o caráter retrospectivo da providência legal. Não havendo bens presentes registrados em nome do executado, os órgãos comunicados pelo juízo da execução promoverão a indisponibilidade dos bens que venham a ser levados a registro pelo executado no futuro, enviando a relação dos bens que então venham a ser atingidos pela medida legal — eis o caráter prospectivo da providência legal⁽⁶⁾.

Portanto, em coerente simetria à previsão do art. 591 do CPC, a providência legal de indisponibilidade de bens alcança tanto bens presentes quanto bens futuros do executado, promovendo o resgate da responsabilidade patrimonial futura, de modo a que bens que

(4) Luciano Athayde Chaves agrega um fundamento de extração sistemática para sustentar a aplicação subsidiária do art. 185-A do CTN à execução trabalhista — invoca também a previsão do art. 186 do CTN, que atribui ao crédito trabalhista privilégio sobre o crédito tributário (Cf. CHAVES, Luciano Athayde. *Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista*. p. 968. CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009).

(5) CPC: “Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.”

(6) A fecundidade da dimensão prospectiva da indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN radica na moralização da responsabilidade patrimonial futura, promovendo o necessário resgate da categoria dos deveres. Com efeito, trata-se de um dos raros preceitos legais aptos a promover a reconstituição da combalida responsabilidade patrimonial, dramaticamente afetada pelas distorções identificadas por Cândido Rangel Dinamarco na aplicação da norma exceptiva da execução menos gravosa: “Quando não houver meios mais amenos para o executado, capazes de conduzir à satisfação do credor, que se apliquem os mais severos. A regra do art. 620 não pode ser manipulada como um escudo a serviço dos maus pagadores nem como um modo de renunciar o Estado-juiz a cumprir seu dever de oferecer tutelas jurisdicionais adequadas e integrais sempre que possível. A triste realidade da execução burocrática e condescendente, que ao longo dos tempos se apresenta como um verdadeiro paraíso dos maus pagadores, impõe que o disposto no art. 620 do Código de Processo Civil seja interpretado à luz da garantia do acesso à justiça, sob pena de fadar o sistema à ineficiência e pôr em risco a efetividade dessa solene promessa constitucional (CF, art. 5º, inciso XXXV)” (Cf. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 63).

venham a ingressar formalmente no patrimônio do executado sejam então atingidos automaticamente pela indisponibilidade de bens outrora determinada pelo juízo.

A matéria já foi objeto de julgamento pela jurisdição trabalhista, cuja ementa é ilustrativa da dimensão prospectiva da providência legal do art. 185-A do CTN:

“CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO REGULAR DA EXECUÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 185-A DO CTN. A ausência de bens em nome do executado constitui justamente o pressuposto para a determinação de indisponibilidade de bens, nos termos do disposto no *caput* do novel art. 185-A do Código Tributário Nacional. Trata-se, enfim, de medida a ser tomada na hipótese de impossibilidade de prosseguimento regular da execução, servindo como garantia de que bens futuros possam ser objeto de apreensão judicial. Isto é o que, aliás, está preceituado, há muito tempo, no art. 591 do CPC, que registra que ‘o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei’. O art. 646 do mesmo Diploma de Lei respalda este entendimento, na medida em que fixa que ‘a execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591)’. Veja-se, com isto, que, mais que se discutir sobre a perspectiva da moralidade — dar efetividade à jurisdição conferida à parte — tem-se uma questão de interpretação literal do texto de lei, não sendo demais praticar atos expropriatórios contra quem se nega, mesmo que seja forçado, a cumprir o que lhe foi determinado por sentença. A expropriação não se traduz em ato brutal contra o devedor e, muito menos, a decretação de indisponibilidade dos seus bens futuros, já que, quanto a estes, não há, nem mesmo, a suposição de que são essenciais à sobrevivência, não fazendo parte do que é esperado pelo devedor, diariamente. Cumpre ressaltar que o Direito Processual Moderno — especialmente, o do Trabalho — admite este tipo de procedimento. O juiz

tem de buscar os bens do devedor e a efetividade da justiça, que deve ser buscada.” (AP-00264-1995-038-03-00-0, rel. Milton Vasques Thibau de Almeida, 26.7.2006 — sublinhei.)

Entretanto, as virtudes da medida legal prevista no art. 185-A do CTN não devem conduzir à distorção representada pelo excesso de indisponibilidade de bens, conforme se pondera na sequência.

4. A indisponibilidade de bens e o princípio da proporcionalidade

Em atenção ao princípio da proporcionalidade, o § 1º do art. 185-A do CTN atribui ao magistrado o dever funcional de delimitar a extensão da indisponibilidade de bens, de modo a evitar excesso de indisponibilidade de bens: “*A indisponibilidade de que trata o caput deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite.*”

A delimitação tem por critério o valor total da execução, incluídas despesas processuais, devendo o juiz considerar tanto eventual existência de outros gravames sobre os bens quanto a experiência ordinária indicativa de que os bens raramente alcançam o valor da avaliação nas hastas públicas (CPC, art. 335)⁽⁷⁾.

Ao determinar a indisponibilidade de bens do executado, o juízo não dispõe do completo inventário de bens que poderão vir a ser alcançados pela restrição patrimonial prevista no art. 185-A do CTN. Receberá a informação dos bens indisponibilizados posteriormente. Daí a importância de diligência do magistrado no cumprimento de dever funcional de delimitar a indisponibilidade de bens ordenada tão logo informado do montante de bens atingidos pela medida legal, pois lhe incumbe determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens que excederem o valor em execução.

(7) CPC: “Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras da experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”

5. Como fazer a comunicação de indisponibilidade de bens

A comunicação de indisponibilidade de bens pode ser dirigida pelo juízo da execução a todos órgãos que registram a propriedade de bens, mediante ofício⁽⁸⁾.

A relação a seguir é exemplificativa:

1) **Ativos financeiros** — Banco Central do Brasil — BACEN (Setor Bancário Sul, Quadra 3, Bloco B, Ed. Sede, Brasília/DF, CEP: 70074-900, telefone: (61) 3414-2350, <www.bcb.gov.br>);

2) **Imóveis** — Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (*e-mail*: <sedoccg@tj.rs.gov.br>)⁽⁹⁾;

3) **Veículos** — Departamento de Trânsito — DETRAN (Rua Voluntários da Pátria, 1358, Porto Alegre/RS, CEP: 90230-010, telefone: (51) 3288-2000, <www.detrans.rs.gov.br>);

4) **Quotas sociais de sócios de empresas** — Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul — JUCERGS (Av. Júlio de Castilhos, 120, Centro, Porto Alegre/RS, CEP: 90030-130, telefone: (51) 3216-7500, *e-mail*: <junta@jucergs.rs.gov.br>; <www.jucergs.rs.gov.br>);

5) **Ações de sociedades anônimas de capital aberto** — Comissão de Valores Mobiliário — CVM (Rua Sete de Setembro, 111, 5º andar, Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP: 20050-006, telefone: (21) 3554-8390,

e-mail: <pfe@cvm.gov.br>; <www.cvm.gov.br>);

6) **Marcas e patentes** — Instituto Nacional de Propriedade Industrial — INPI (Rua São Bento, 1, Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP: 20090-010, telefone: (21) 3037-3000, *e-mail*: <dirergs@inpi.gov.br>; <www.inpi.gov.br>);

7) **Embarcações** — Capitania dos Portos (Rua Almirante Cerqueira e Souza, 198, Rio Grande/RS, CEP: 96201-260, telefones: (53) 3233-6119 ou (53) 3233-6188, *e-mail*: <secom@cprs.mar.mil.br>; <www.mar.mil.br/cprs>);

8) **Aeronaves** — Agência Nacional de Aviação Civil — ANAC/Sistema de Registro da Aeronáutico Brasileiro — SISRAB (Setor Comercial Sul, Quadra 09, Lote C, Ed. Parque Cidade Corporate – Torre A, Brasília/DF, CEP: 70308-200, telefone: 0800.725.4445, <www.anac.gov.br>).

6. Uma boa prática a serviço da efetividade na execução trabalhista

Nos executivos fiscais ajuizados perante a Justiça Federal Comum, a medida legal de indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN tem sido adotada de ofício pelos juízes federais após decorrido, sem pagamento ou indicação de bens à penhora, o prazo legal do executado e tão logo negativa a diligência de bloqueio de numerário via convênio BancenJud promovida também de ofício.

Esse procedimento pode ser adotado na Justiça do Trabalho, caso os juízes do trabalho entendam pela aplicabilidade subsidiária da medida legal da indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN à execução trabalhista⁽¹⁰⁾.

(8) Atualmente, o BACEN, o DETRAN e a ANAC recebem a comunicação de indisponibilidade de bens somente mediante ofício-papel. Os demais órgãos recebem a comunicação de indisponibilidade de bens mediante ofício-eletrônico.

(9) A Corregedoria-Geral da Justiça do Estado repassa a ordem recebida do juízo da execução para que todos os cartórios de registro de imóveis do Estado do Rio Grande do Sul promovam a indisponibilidade de bens ordenada. Havendo imóveis registrados, os cartórios informam ao juízo da execução a indisponibilidade de bens então já promovida em cumprimento à ordem judicial.

(10) Procuramos demonstrar a juridicidade da aplicação subsidiária do art. 185-A do CTN à execução trabalhista no item 1 do presente artigo.

O presente artigo tem o objetivo de propor a aplicação dessa boa prática à execução trabalhista⁽¹¹⁾.

Essa proposta foi objeto de criterioso estudo elaborado pelo Juiz do Trabalho Luiz Fernando Bonn Henzel, por ocasião da conclusão de curso de mestrado realizado na Fundação Getúlio Vargas — FGV, no ano de 2008. Intitulada de *A indisponibilidade dos bens do devedor no processo de execução como forma de efetividade das decisões judiciais trabalhistas*, a dissertação está disponível neste endereço eletrônico: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2760>>.

É chegada a hora de indicar algumas conclusões.

7. Conclusão

A aplicação da medida legal de indisponibilidade de bens à execução trabalhista tem por fundamento jurídico o fato de o preceito do art. 185-A do CTN integrar *as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária* (Lei n. 6.830/1980, art. 4º, § 2º), ingressando na regência legal da execução trabalhista por obra do permissivo legal do art. 889 da CLT.

A fecundidade da dimensão prospectiva da indisponibilidade de bens radica na potencialidade que a medida legal tem para moralizar a responsabilidade patrimonial futura, promovendo o necessário resgate da categoria dos deveres.

Em atenção ao comando do § 1º do art. 185-A do CTN, cabe ao magistrado o dever

funcional de delimitar a extensão da indisponibilidade de bens, de modo a evitar excesso de indisponibilidade de bens, para o que tomar-se-á em consideração o valor total em execução e as circunstâncias específicas do caso.

Combinada com outras medidas legais, como a hipoteca judiciária de ofício (CPC, art. 466), a remoção imediata dos bens móveis penhorados (Lei n. 6.830/1980, art. 11, § 3º; CPC, art. 666, II), a atribuição de efeito não suspensivo aos embargos à execução (CPC, arts. 475-M e 739-A), a alienação antecipada de bens sujeitos à depreciação econômica (CPC, arts. 670 e 1.113)⁽¹²⁾, a averbação premonitória da existência da ação (CPC, art. 615-A), o redirecionamento da execução contra os sócios mediante a desconsideração da personalidade jurídica de ofício (CC, art. 50; CPC, arts. 592, II e 596; CDC, art. 28, *caput* e § 5º), o protesto extrajudicial da sentença (Lei n. 9.492/97, art. 1º), a reunião de execuções contra o mesmo executado e a pesquisa de bens por meio de ferramentas eletrônicas (CLT, art. 765); a indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN contribuíram para melhorar a *performance* da execução trabalhista. São medidas legais a serem utilizadas de forma combinada, em articulada sobreposição sucessiva, para reforçar a capacidade de coerção própria à execução forçada, a qual se impõe exatamente em face da recusa do executado ao dever de cumprir a obrigação de forma espontânea⁽¹³⁾.

(11) Se à tutela do crédito tributário confere-se ao credor tributário a medida legal de indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN, não parece razoável negar igual tutela a crédito a que a ordem jurídica outorga privilégio sobre o crédito tributário (CTN, art. 186). Nesse particular, cumpre observar que até mesmo à tutela do crédito quirografário a legislação veio a conferir medida de indisponibilidade de ativos financeiros, conforme revela a dicção do art. 655-A do CPC (redação dada pela Lei n. 11.382, de 6.12.2006). Esses elementos de extração sistemática concorrem à conformação de uma hermenêutica favorável à proposta de aplicação subsidiária da medida legal de indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN à execução trabalhista.

(12) Tratando-se de bens móveis, o suporte fático da depreciação econômica caracterizar-se-á na generalidade dos casos. Essa é uma consequência prática da atual sociedade de consumo: a velocidade da evolução tecnológica torna logo obsoletos os bens de consumo, fazendo lembrar impressiva advertência do sociólogo Zygmunt Bauman: “É a rotatividade, não o volume de compras, que mede o sucesso na vida do *homo consumens*.” (Cf. *Amor líquido: Sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004. p. 68.)

(13) CLAUS, Ben-Hur Silveira. Hipoteca judiciária: A (re) descoberta do instituto diante da Súmula n. 375 do STJ – Execução efetiva e atualidade da hipoteca judiciária. In: *Revista Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, n. 41, Porto Alegre: HS Editora, p. 59, 2013.

A indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN é mais uma boa prática a serviço da efetividade da execução trabalhista.

8. Referências bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: Sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

CHAVES, Luciano Athayde. Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista, p. 968. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. Hipoteca judiciária: A (re)descoberta do instituto diante da Súmula 375 do STJ — Execução efetiva e atualidade da hipoteca judiciária. In: *Revista Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, n. 41, Porto Alegre: HS Editora, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2009.

GIGLIO, Wagner D. Efetividade da execução trabalhista. In: *Revista Síntese Trabalhista*, n. 172. Porto Alegre, p. 146, out. 2003.

HENZEL, Luiz Fernando Bonn. A indisponibilidade dos bens do devedor no processo de execução como forma de efetividade das decisões judiciais trabalhistas. Dissertação de Mestrado apresentada à Fundação Getúlio Vargas – FGV, no ano de 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2760>>.

LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Súmula n. 25 do Tribunal Superior do Trabalho e presunção de base de cálculo de custas processuais

Érico Vinícius Prado Casagrande^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo visa a aprofundar os estudos acerca da Súmula n. 25 do Tribunal Superior do Trabalho no que tange ao requisito extrínseco de recursos denominado preparo. Pretende-se, aqui, sustentar que essa súmula veio a estabelecer uma presunção quanto à base de cálculo para pagamento de custas processuais em alguns casos de interposição de recursos trabalhistas. Pretende-se demonstrar também que a leitura açodada da súmula em questão pode resultar na atribuição de ônus à parte interessada para além do que a legislação estabelece. Trata-se de estudo relevante na medida em que toma como base casos concretos vivenciados, recentemente, na Justiça do Trabalho, cuja análise pode contribuir para melhor forma de resolução de conflitos atualmente existentes, além de aprimorar a praxe forense, sobretudo no que tange ao juízo de admissibilidade de recursos trabalhistas.

Palavras-chave:

- ▶ Custas processuais — Base de cálculo — Súmula — Juízo de admissibilidade — Recurso.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Da atividade jurisdicional e das custas processuais
- ▶ 3. Dos recursos trabalhistas e seu exame judicial de admissibilidade
- ▶ 4. Da Súmula n. 25 do TST
 - ▶ 4.1. Hipótese analisada quanto à base de cálculo das custas processuais para fins de recurso trabalhista
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

(*) Advogado militante. Mestre em Direito Processual pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia

Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC Minas). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Faculdade Pitágoras. Especialista em Direito e Tecnologia da Informação pelo Centro Universitário UNISEB.

1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo demonstrar que a Súmula n. 25 do Tribunal Superior do Trabalho — TST estabeleceu uma presunção quanto à base de cálculo para pagamento de custas processuais em caso de interposição de recursos contra decisão que tenha omitido essa base de cálculo.

Para tanto, em um primeiro momento, é importante situar o leitor no panorama de que, no Brasil, a prestação de serviços públicos está condicionada, como regra geral, ao pagamento de tributos, inclusive perante os órgãos do Judiciário. A falta de pagamento ou a pagamento a menor dos tributos desobriga o Estado dessa prestação. No âmbito do Judiciário, isso significa que seus órgãos não estarão obrigados a atuar para formar, desenvolver e concluir um processo judicial, tampouco obrigados a apreciar alegação de lesão ou ameaça a direito.

Em um segundo momento, levando-se em conta os inúmeros e diversos atos que compõem um processo judicial, o presente artigo se limita a examinar o ato jurídico processual denominado recurso e, mais especificamente, o recurso trabalhista (regulado pelo Decreto-lei n. 5.452, publicado em 8 de agosto de 1943, que aprova a Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, vigente desde 10 de novembro de 1943), cuja prática eficaz está condicionada ao pagamento de tributos, como regra geral.

Em um terceiro momento, examina-se, propriamente, a Súmula n. 25 do TST que, servindo para fins de juízo de admissibilidade de recursos trabalhistas, fixou interpretação uniforme desse tribunal em relação a normas da CLT que tratam tanto da responsabilidade pelo pagamento de tributos para fins de interposição de recursos, quanto da base de cálculo desses tributos.

Em seguida, com o fito de proporcionar uma análise mais detalhada, criou-se uma hipótese de processo judicial trabalhista a partir da qual se apresentam indagações quanto à aplicabilidade ou não da súmula em questão.

Trata-se de estudo relevante na medida em que toma como base casos concretos vivenciados, recentemente, na Justiça do Trabalho, cuja análise pode contribuir para melhor forma de resolução de conflitos atualmente existentes, além de aprimorar a praxe forense, sobretudo no que tange ao juízo de admissibilidade de recursos trabalhistas.

2. Da atividade jurisdicional e das custas processuais

No Brasil, é sabido que os serviços públicos prestados à sociedade ou postos a sua disposição podem sujeitar-se a pagamento de taxas, como requisito para deles se usufruir (art. 145, II, da Constituição de 1988). Dentre os diversos serviços públicos (prestados seja pelo Estado por meio de órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, seja por meio de concessão ou permissão), encontra-se a atividade jurisdicional⁽¹⁾, realizada pelos órgãos do Judiciário.

Como regra, a legislação brasileira prevê que o acesso ao serviço público do Judiciário

(1) No Brasil, o Estado não monopoliza a atividade jurisdicional. Além dos órgãos do Judiciário, as pessoas capazes também podem, por si, eleger árbitros para dirimir seus litígios, desde que se trate de direitos patrimoniais disponíveis (isto é, direitos que podem ser objeto de transação ou abdicção). Tal é a previsão da Lei n. 9.307, publicada em 24 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem. Portanto, a atividade jurisdicional é obrigatória apenas em relação a direitos indisponíveis, sejam patrimoniais (como direitos dos trabalhadores, direitos relacionados à previdência social, ao consumidor ou ao erário) ou não (como direito à vida, à saúde, à educação infantil, à identificação da paternidade biológica). Apesar disso, cumpre salientar que a legislação brasileira não conceitua direitos disponíveis e indisponíveis, não havendo unicidade no debate doutrinário. Para tanto, sugere-se a leitura da tese de doutoramento de Leticia de Campos Velho Martel (In: MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis — os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Rio de Janeiro: UERJ, 2010. 475 p. Tese (Doutorado) — Centro de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TE5.PDF>> Acesso em: 24 fev. 2014).

está condicionado ao pagamento de taxas⁽²⁾ (também denominadas de taxas judiciárias). Existem exceções como, nos casos de pessoas beneficiárias da justiça gratuita ou que a própria lei declare como isentas, além de outras situações previstas em lei.

Na prestação desse serviço, juntamente com as partes envolvidas, os órgãos do Judiciário participam da formação, do desenvolvimento e da conclusão de um processo judicial, com o objetivo de, em suma, apreciar e julgar, fundamentadamente, alegação de lesão ou ameaça a direito.

O processo judicial, por sua vez, compõe-se de inúmeros e diversos atos previstos e ordenados pela lei (denominados de atos processuais⁽³⁾). Alguns desses atos estão sujeitos

ao pagamento de taxas. Nos dias de hoje, na maioria das vezes, as taxas judiciárias devem ser pagas antecipadamente, o que significa dizer que a falta de pagamento antecipado de taxas ou pagamento a menor poderá resultar em duas situações: determinado ato processual não deverá ser realizado (como uma citação ou perícia) ou o ato praticado se tornará ineficaz (como um recurso), além de ensejar eventual sanção tributária. Portanto, em alguns casos, o pagamento de taxas constitui requisito de validade do ato processual, possibilitando regular formação, desenvolvimento e conclusão de um processo judicial.

No âmbito do Judiciário, o termo “taxa” também é conhecido, em sentido amplo, por despesas processuais. Cabe à legislação tributária da União, dos Estados e do Distrito Federal estabelecer as despesas processuais para prestação da atividade jurisdicional pelos seus respectivos órgãos do Judiciário.

Conforme norma de direito processual comum⁽⁴⁾, as despesas processuais abrangem as custas⁽⁵⁾ dos atos do processo, a indenização

(2) Taxas são uma espécie de tributo (assim como os impostos e as contribuições de melhoria), conforme previsto no art. 145 da Constituição de 1988 e podem ser instituídas pelos órgãos do Legislativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Todavia, no que se refere ao serviço público prestado pelo Judiciário, o texto constitucional faz menção ao termo “custas”, conforme previsão, em seu art. 24, IV, de que a União, os Estados e o Distrito Federal podem legislar, concorrentemente, a respeito de custas dos serviços forenses; e, em seu art. 98, § 2º, de que tais custas são destinadas exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça. Essas custas equivalem às taxas e, mais especificamente, às taxas judiciárias (ou despesas processuais, em sentido amplo). Interessante apontar que as taxas judiciárias no âmbito do Supremo Tribunal Federal, órgão mais elevado na hierarquia do Judiciário brasileiro, estão estabelecidas não em lei, mas em Resolução desse tribunal. Certamente, essa possibilidade advém da independência estabelecida na Constituição Federal de 1988 entre os órgãos do Legislativo, do Executivo e do Judiciário (art. 2º da Constituição de 1988).

(3) Atos jurídicos são fatos jurídicos. Estes se classificam em naturais ou humanos. Os fatos jurídicos humanos são denominados atos jurídicos que, para produzir efeitos previstos em lei, também devem ser praticados conforme as exigências da lei. Em se tratando de um processo judicial, desde sua formação até sua conclusão, a lei prevê inúmeros e diversos atos que podem ser praticados pelas partes envolvidas, pelos juízes, pelos escrivães ou chefes de secretaria e por auxiliares da justiça (serventuários e oficiais de justiça, além de peritos, depositários, administradores e intérpretes que podem ou não ser servidores públicos). É importante frisar que nem todos os atos processuais estão sujeitos

ao pagamento de taxas judiciárias, como também que não há igualdade entre as hipóteses de incidência e os valores de custas na legislação da União, dos Estados e do Distrito Federal.

(4) O Direito Civil e o Direito Processual Civil constituem exemplos de direito comum. A expressão “direito comum” “assim se diz de toda espécie de lei ou direito que se aplica em caráter de generalidade a uma série de relações jurídicas, todas as vezes que a própria lei ou as pessoas interessadas não avoquem princípio de lei especial, que deva ser particularmente aplicada. O Direito Penal é um direito comum, aplicável a todos os delitos, mas, se um *paisano*, em certas circunstâncias pratica um crime, que se considera *militar*, não será o Direito Penal Comum, mas o Direito Militar que será avocado” (In: SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico* — edição universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. II, p. 80).

(5) Discorrendo sobre o termo “custas”, Eduardo Gabriel Saad ensina que: “as custas são espécie do gênero despesas processuais. Estamos em que deveriam ser chamadas de “taxas processuais” ou “taxas judiciárias” porque, no caso, o Estado presta um serviço ao jurisdicionado (In: SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho*: comentada. 42 ed. atual., rev. e

de viagem, a diária de testemunha e a remuneração do assistente técnico (§ 2º do art. 20 do Código de Processo Civil — CPC — Lei n. 5.896, publicada em 17 de janeiro de 1973). Do mesmo modo, ao término do processo, os órgãos do Judiciário devem condenar a parte vencida a restituir à parte vencedora as despesas que esta arcou (art. 20 do CPC).

Interessam ao presente estudo as custas (ou custas processuais), pois que, em regra, consistem em requisito previsto em lei para validade do recurso, ato processual que será examinado em seguida.

3. Dos recursos trabalhistas e seu exame judicial de admissibilidade

Na disciplina do Direito Processual, o termo “recurso”⁽⁶⁾ significa um meio de impugnação contra decisão judicial pelo qual se almeja “a substituição dela por nova decisão, emanada em regra de órgão diverso e por exceção do mesmo órgão que a proferiu, ou ainda, solicitando a eliminação do pronunciamento impugnado”⁽⁷⁾. Trata-se de ato a ser praticado (interposto) por quem foi atingido de forma desfavorável pelos efeitos jurídicos de uma decisão judicial, sendo

apresentado na forma de petição dirigida a órgão competente.

Em se tratando de processos judiciais, a legislação prevê que os recursos devem ser examinados sob dois ângulos:

Primeiro, cumpre verificar se estão satisfeitas as condições impostas pela lei para que se possa apreciar o conteúdo da postulação (juízo de admissibilidade); depois, e desde que o resultado tenha sido positivo – recurso admissível – cumpre decidir a matéria impugnada através deste para acolher a impugnação, caso fundado o recurso, ou rejeitá-la, caso infundado (juízo de mérito).⁽⁸⁾

Portanto, antes de apreciar lesão ou ameaça a direito postulada no recurso (juízo de mérito), os órgãos do Judiciário devem exercer o juízo de admissibilidade pelo qual se averigua se a parte interessada cumpriu todos os requisitos exigidos pela lei para prática desse ato processual⁽⁹⁾. Caso não os cumpra, os órgãos do Judiciário não deverão (não estarão obrigados a) apreciar seu mérito. A não apreciação do mérito recursal significa dizer que o recurso não foi conhecido.

Dentre os diversos requisitos previstos em lei para prática dos recursos, existe o pagamento das custas processuais, também chamado de preparo. Este consiste no “pagamento prévio, que deve ser feito pelo recorrente,

ampl. por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2009. p. 1.005), com o que se concorda.

- (6) Na terminologia jurídica, o vocábulo “recurso” pode ser utilizado para indicar todo meio previsto no ordenamento jurídico que tem por finalidade defender ou preservar um direito. Em sentido amplo, portanto, segundo Alcides de Mendonça Lima, poderia considerar-se como recurso: “a ação, a contestação, a exceção, a reconvenção, as medidas preventivas, certos institutos com denominação específica (embargos de terceiro e embargos do devedor).” (In: LIMA LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 124). Em um sentido estrito, no entanto, pode-se dizer que a conceituação de recurso abrange, “apenas, ataques ou impugnação a uma decisão” (In: LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 124). No presente estudo, o termo “recurso” será utilizado em seu sentido estrito.
- (7) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*: (exposição sistemática do procedimento). 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 2, p. 176.

(8) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*: (exposição sistemática do procedimento). 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 2, p. 179.

(9) Os requisitos para a prática dos recursos estão previstos em lei e são classificados, basicamente, em requisitos intrínsecos (que se referem à faculdade de interpor recursos) e extrínsecos (que se referem ao modo de interposição). São requisitos intrínsecos: o cabimento do recurso contra determinado ato processual; a legitimação da parte interessada para recorrer; o interesse dessa parte em recorrer; e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer. Quanto aos requisitos extrínsecos, tem-se: a tempestividade; a regularidade formal da petição de recurso; e o preparo. No presente estudo, será dado enfoque ao requisito extrínseco denominado preparo.

para processamento do recurso”⁽¹⁰⁾. De maneira geral, pode-se afirmar que as custas processuais devem ser pagas pela parte interessada, a cada instância⁽¹¹⁾ do Judiciário e conforme o tipo de recurso previsto em lei.

Em se tratando de processo judicial trabalhista, a CLT divide as custas processuais da fase de conhecimento, previstas em seu art. 789, das da fase de execução (de cumprimento da sentença), previstas no art. 789-A. Naquela fase, as custas processuais devem ser pagas uma única vez na conclusão do processo (isto é, no seu término, ocorrendo o trânsito em julgado) ou, antecipadamente, nos casos de interposição de recurso, por quaisquer das partes envolvidas. Nesta fase, as custas são pagas sempre pela parte executada, ao fim do processo, incidindo sobre cada recurso interposto a cada instância judiciária⁽¹²⁾.

(10) NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais — Teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 425.

(11) A palavra instância apresenta-se, no estudo do Direito Processual, com dois aspectos distintos: “como um movimento contínuo do direito no tempo e espaço, no sentido etimológico; e com ordem ou grau na hierarquia judiciária, no sentido tropológico” (In: FRAGA, Afonso. *Instituições do processo civil do Brasil*: volume 3: recursos. São Paulo: Acadêmica, 1941. p. 5). No primeiro sentido, instância teria o significado de procedimento, ou seja, “uma atividade preparatória de um determinado ato estatal”, “regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas” (In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 102). No segundo sentido, instância se refere à graduação de órgãos estatais competentes para apreciar os recursos (no Brasil, é possível atingir até o quarto grau de instância, iniciando-se por juízes de direito, depois um tribunal de segunda instância, depois um tribunal superior — terceira instância — e, por fim, o Supremo Tribunal Federal — quarta instância).

(12) Ao processo judicial trabalhista aplicam-se, em regra, as normas da CLT. Na omissão desta, isto é, não havendo norma processual específica sobre determinado ato processual da fase de conhecimento e na fase de cumprimento de sentença, aplicar-se-ão, respectiva e subsidiariamente, as normas de direito processual comum e de execução fiscal, salvo naquilo em que essas forem incompatíveis com a CLT (arts. 769 e 889 da CLT). No que se refere às despesas processuais, é conveniente trazer à baila a lição de Valentin Carrion:

Interessam ao presente estudo as custas processuais relativas à fase de conhecimento, pois que, na fase de execução, a legislação trabalhista não condiciona a interposição de recursos ao pagamento de tributos.

Desde sua promulgação, a CLT sempre estabeleceu, em seu art. 789, a obrigatoriedade de pagamento de custas pela parte vencida, prevendo as hipóteses de incidência e a base de cálculo. No entanto, no que tange a recursos trabalhistas, somente com a alteração da redação do art. 789, por meio do Decreto-lei n. 8.737, publicado em 21 de janeiro de 1946, é que a obrigação de pagamento de custas processuais passou a constituir, claramente, um requisito para prática desse ato processual, obrigação que foi mantida nas alterações posteriores do artigo.

Na redação atual (dada pela Lei n. 10.537, publicada em 28 de agosto de 2002, vigente a partir de 28 de setembro de 2002), o art. 789 da CLT dispõe que as custas relativas à fase de conhecimento devem observar o valor mínimo de R\$ 10,64 (dez reais e sessenta e quatro centavos) ou incidirão à base de 2% (dois por cento) calculados sobre: I — quando houver acordo ou condenação, sobre o respectivo valor; II — quando houver extinção do processo, sem julgamento do mérito, ou julgado

“o princípio vigorante na Justiça Comum é o da condenação do autor em custas, sobre o valor da causa, se improcedente a ação; do réu, se procedente; e proporcional a ambas, se procedente em parte. No processo trabalhista, não: desde que qualquer parcela seja acolhida pela sentença, o reclamante não as pagará, mesmo que sejam improcedentes todas as demais parcelas pleiteadas.” (CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 32 ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 598.) Por último, é importante mencionar que os recursos destinados a órgãos que não integram a Justiça do Trabalho se sujeitam à legislação própria. Tal é o caso de interposição de recurso extraordinário, cujas custas processuais estão reguladas por Resolução do Supremo Tribunal Federal. Atualmente, o Ato Conjunto n. 21/TST.CSJT.GP.SG, de 7 de dezembro de 2010, do Tribunal Superior do Trabalho e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, dispõe sobre o recolhimento de custas e emolumentos na Justiça do Trabalho.

totalmente improcedente o pedido, sobre o valor da causa⁽¹³⁾; III – no caso de procedência do pedido formulado em ação declaratória e em ação constitutiva, sobre o valor da causa; e IV – quando o valor for indeterminado, sobre o que o juiz fixar.

Excluída a hipótese de custas processuais incidentes em caso de acordo judicial (transação), as demais hipóteses serão apreciadas neste estudo, para melhor interpretação e aplicação da Súmula n. 25 do TST, ponto a ser abordado no próximo tópico.

4. Da Súmula n. 25 do TST

Na disciplina de Direito Processual, o termo “súmula” significa “*uma síntese de todos os casos, parecidos, decididos da mesma maneira, colocada por meio de uma proposição direta e clara. A súmula não possui caráter cogente, servindo apenas de orientação para futuras decisões*”⁽¹⁴⁾.

(13) Todo processo judicial deve ter um valor da causa. Esse valor deve ser atribuído pelo autor, na petição inicial. As normas relativas ao valor da causa estão previstas nos arts. 258 a 261 do CPC, aplicáveis subsidiariamente aos processos judiciais trabalhistas. Esses, em sua grande maioria, têm conteúdo econômico e tratam de cobrança de dívidas vencidas dos empregadores. Logo, observando-se as normas processuais do CPC, o valor da causa deve levar em conta a soma do principal, da pena e dos juros vencidos até a data em que o processo for instaurado. Havendo dívidas de diferentes títulos, somam-se os valores de todas elas. Havendo pedidos alternativos ou subsidiários, consideram-se os de maior valor. Em não havendo conteúdo econômico, *cabe ao autor atribuir esse valor, sob sua responsabilidade e justificativa (neste caso, a legislação não enumera critérios de atribuição de valor da causa, mas, por seu contexto, pode-se inferir que é exigida certa proporção do valor da causa com a lesão ou a ameaça a direito alegadas)*.

(14) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Glossário Jurídico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=S&id=382>> Acesso em: 24 fev. 2014. Na legislação brasileira, apenas os tribunais (órgãos colegiados do Judiciário) estão autorizados a editar, cancelar ou rever súmulas e não os juízes das varas (órgãos singulares). O termo “súmula” significa tanto um resumo preciso e claro de um assunto, uma decisão ou um ato oficial, quanto um resumo de repetidas e constantes decisões de um ou mais tribunais no mesmo sentido em inúmeros processos judiciais a respeito de uma ou mais normas jurídicas. Com este significado, pode-se afirmar que a Lei n.

Editada na década de 1970, a Súmula n. 25 do TST veio a uniformizar a interpretação desse tribunal em relação a normas da CLT que tratam da responsabilidade pelo pagamento de custas processuais em caso de recurso, como também da sua base de cálculo, ao dispor que:

4.737, publicada em 19 de julho de 1965, que instituiu o Código Eleitoral, foi a primeira lei que utilizou o termo “súmula”, prevendo, em seu art. 23, inciso XV, a competência do Tribunal Superior Eleitoral para organizar e divulgar a súmula de sua jurisprudência. Posteriormente, a Lei n. 5.010, publicada em 1º de junho de 1966 (vigente em parte), que dispôs sobre a Justiça Federal de primeira instância, em seu art. 63, determinou que o Tribunal Federal de Recursos (anterior órgão de segunda instância do Judiciário no âmbito federal) organizasse súmulas de sua jurisprudência e as publicasse, a fim de orientar os órgãos da Justiça Federal de primeira instância. A Lei n. 5.869, publicada em 17 de janeiro de 1973, que instituiu o Código de Processo Civil (norma de direito processual comum), em seus arts. 476 a 479, estabeleceu, pela primeira vez, normas gerais para uniformizar jurisprudência dos tribunais e para criar súmula de jurisprudência uniforme. Em relação aos processos judiciais trabalhistas, o termo “súmula” foi introduzido na legislação, pela primeira vez, pela Lei n. 7.033, publicada em 6 de outubro de 1982, que alterou o art. 702 da CLT e o art. 9º da Lei n. 5.584, publicada em 29 de junho de 1970, estabelecendo, respectivamente, a competência do tribunal pleno do TST para estabelecer súmulas de jurisprudência uniforme e a competência deste tribunal para não conhecer recursos ou negar-lhes provimento, caso contrariem entendimento firmado em súmula de jurisprudência uniforme do TST. Cada tribunal brasileiro pode regular os critérios para edição, revisão e cancelamento de suas súmulas. De maneira geral, os regimentos internos dos tribunais estabelecem como critério de edição de súmula: que a maioria de seus desembargadores decidam por determinada interpretação de normas jurídicas; que exista determinada quantidade de decisões no mesmo sentido; que tais decisões sejam sempre unânimes ou pela maioria absoluta dos desembargadores nos órgãos de cada tribunal; dentre outros critérios. Sobre o assunto, importa mencionar que, desde 21 de março de 2007, o Supremo Tribunal Federal — órgão mais elevado na hierarquia do Judiciário brasileiro — pode editar, cancelar ou rever súmulas com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, conforme dispõe o art. 103-A da Constituição de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45, publicada em 31 de dezembro de 2004, e regulamentado pela Lei n. 11.417, publicada em 20 de dezembro de 2006).

“a parte vencedora na primeira instância, se vencida na segunda, está obrigada, independentemente de intimação, a pagar as custas fixadas na sentença originária, das quais ficara isenta a parte então vencida.”⁽¹⁵⁾

Primeiramente, no que tange à responsabilidade pelo pagamento das custas processuais em caso de recurso, o TST veio a uniformizar interpretação de que, se determinada parte de um processo trabalhista não foi declarada isenta de custas processuais, para essa parte sempre existirá a obrigação de pagamento desse tributo, caso seja vencida no processo trabalhista ou caso pretenda interpor recurso. Eventual isenção de custas processuais concedida a uma das partes não alcança nem se estende à outra parte.

Portanto, esquadrinhando a súmula em questão, sua redação exemplifica, claramente, que: na fase de conhecimento de um determinado processo judicial trabalhista, se a parte vencedora na primeira instância vier a se tornar parte vencida na segunda instância, ela estará obrigada, sim, a efetuar o pagamento de custas processuais, seja na conclusão do processo, seja para fins de recorrer da decisão de segunda instância para a terceira instância (a saber, o próprio TST ou o STF); e não estará isenta desse pagamento, mesmo que (ou somente porque) a outra parte fora declarada isenta.

Diferentemente, na hipótese de não ser concedida isenção a ambas as partes envolvidas no processo judicial trabalhista, isto é, caso a parte vencida na primeira instância tenha arcado com as custas processuais e, recorrendo, torne-se parte vencedora na segunda instância, a ela caberá exigir da outra parte, vencida nesta instância, o ressarcimento do valor que dispendeu para as custas processuais⁽¹⁶⁾.

(15) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 25 do TST: CUSTAS (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>> Acesso em: 11 jul. 2013.

(16) Esta, aliás, é a inteligência da Orientação Jurisprudencial n. 186 da Seção de Dissídios Individuais – I – SDI-I do TST: “CUSTAS. INVERSÃO DO ÔNUS DA

Em segundo lugar, no que tange à base de cálculo das custas processuais, o tema será apreciado no subtópico seguinte, a partir de uma hipótese proposta.

4.1. Hipótese analisada quanto à base de cálculo das custas processuais para fins de recurso trabalhista

Do que se expôs até o momento a respeito de custas processuais para fins de interposição de recursos em processos judiciais trabalhistas, sabe-se que: na fase de conhecimento, elas devem ser pagas, antecipadamente, uma única vez, por quaisquer das partes, constituindo requisito legal para prática do recurso, ressalvados os casos de isenção. Ademais, se apenas uma das partes for declarada isenta, a outra parte deverá arcar com as custas processuais, caso se torne vencida.

Assentadas essas premissas, resta analisar a Súmula n. 25 do TST no que tange à base de cálculo das custas processuais, pois que o não pagamento ou o pagamento a menor dessas resulta na ineficácia do recurso, o qual não deverá ser apreciado pelos órgãos do Judiciário.

Para tanto, suponha-se esta hipótese: uma reclamação trabalhista, na fase de conhecimento, em que atuam como partes, empregado, na condição de reclamante (autor) e beneficiário da justiça gratuita, e seu empregador, na condição de reclamado (réu) e não beneficiário da justiça gratuita. Não houve impugnação ao valor da causa atribuído na petição inicial, nos termos do art. 261, parágrafo único do CPC. Não houve conciliação. Em primeira instância, os pedidos foram julgados totalmente

SUCUMBÊNCIA. DESERÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA (inserida em 8.11.2000) No caso de inversão do ônus da sucumbência em segundo grau, sem acréscimo ou atualização do valor das custas e se estas já foram devidamente recolhidas, descabe um novo pagamento pela parte vencida, ao recorrer. Deverá ao final, se sucumbente, ressarcir a quantia.” Se assim não fosse, não haveria lógica para a existência dessa orientação jurisprudencial e o correto seria que toda parte que pretendesse recorrer deveria pagar custas processuais, a cada instância, independentemente da isenção de pagamento de custas concedida à parte contrária.

improcedentes pelo juízo da Vara do Trabalho, sendo vencido o reclamante. No dispositivo da sentença, esse juízo fixou o valor das custas com base no valor da causa atribuído na petição inicial. A parte reclamante, somente, interpôs recurso ordinário contra a sentença. Em segunda instância, o Tribunal Regional do Trabalho — TRT deu provimento ao recurso ordinário do reclamante e, no dispositivo do acórdão, fixou valor à condenação. O reclamado, parte vencida na segunda instância, pretende recorrer do acórdão por meio de recurso de revista para o TST.

Sendo assim, indaga-se: o reclamado deverá pagar as custas processuais? Essas custas deverão ser pagas com base em que valor? A Súmula n. 25 do TST aplica-se a essa hipótese?

Quanto à primeira indagação, o reclamado deverá, sim, pagar as custas processuais, caso pretenda recorrer da segunda para a terceira instância, visto que se tornou parte vencida naquela instância. Portanto, continuará prevalecendo a norma do art. 789 da CLT e a norma de direito processual comum (art. 20 do CPC) de que as custas processuais devem ser pagas pela parte vencida, sendo pagas uma única vez, na fase de conhecimento. Na hipótese analisada, o reclamante foi vencido na primeira instância, porém, não pagou custas processuais, porque foi declarado isento mediante concessão do benefício da justiça gratuita. Esse benefício não se estende ao reclamado.

Quanto à segunda indagação, as custas processuais devem ser pagas sobre a base de cálculo fixada (arbitrada) no acórdão do TRT. Embora ela seja atribuída, em princípio, pelo autor (reclamante) na petição inicial, sempre cabe aos órgãos do Judiciário fixá-la, em último caso, levando-se em conta a lesão ou ameaça a direito que lhes são submetidos, como também a existência ou não conteúdo econômico dos pedidos postulados pelo autor.

Em regra, se não houver controvérsia entre as partes, o valor da causa atribuído pelo autor deverá servir de base de cálculo para as custas

processuais, salvo se os órgãos do Judiciário entendam por alterá-lo para mais ou para menos⁽¹⁷⁾.

Na hipótese analisada, é importante salientar que, na primeira instância, a base de cálculo fixada pelo juízo da Vara do Trabalho foi o valor da causa atribuído pelo reclamante, nos termos do art. 789, II da CLT, não existindo, ainda, valor da condenação.

Posteriormente, ao dar provimento ao recurso ordinário, o TRT julgou procedentes, total ou parcialmente, os pedidos do reclamante, reformando, portanto, a sentença que julgara improcedentes todos os pedidos do reclamante. Caberia ao TRT, então, fixar nova base de cálculo, seja com fundamento no valor da causa atribuído pelo reclamante, seja com base no valor que entendeu pertinente. Neste caso, nos termos do inciso I ou IV do art. 789 da CLT, a base de cálculo torna-se valor da condenação e há inversão da sucumbência,

(17) Em todo processo judicial, o adequado é que o valor da causa seja discutido, oportunamente, na primeira instância, o que não ocorreu na hipótese apresentada, pois que o reclamado não impugnou o valor atribuído pelo reclamante. Presume-se, pois, que tanto o reclamado, quanto o juízo da Vara do Trabalho entenderam que restaram preenchidos os requisitos dos arts. 259 e 282 do CPC, aplicáveis subsidiariamente ao processo do trabalho, com base no art. 769 da CLT. No entanto, mesmo que não haja controvérsia entre partes, o juízo da Vara do Trabalho ou o TRT podem, de ofício, alterar o valor da causa, com ponderação, caso entendam que esse valor não se mostra proporcional ao objeto da reclamação trabalhista. Sobre este assunto, cite-se, por exemplo, acórdão do TST relativo ao julgamento de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 784.191/2001.4: “ATUALIZAÇÃO, DE OFÍCIO, DO VALOR DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. Assiste razão ao recorrente quanto à majoração de ofício, pelo Regional, do valor atribuído à causa com a condenação ao pagamento de custas sobre esse montante. Isso porque o valor dado à causa na inicial, além de razoável, não foi impugnado nos termos do art. 261 do CPC, não existindo amparo legal para a determinação de recolhimento das custas sobre importância superior àquela indicada pela parte [...]” (Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do?conscsjt=&numeroTst=784191&anoTst=%202001&varaTst=&trtTst=&seqTst=&consulta=Consultar>> Acesso em: 9 jul. 2013).

isto é, do ônus de pagar as taxas judiciárias, constituindo-se obrigação do reclamado a partir de agora.

Independentemente de o valor da condenação fixado pelo TRT ter sido igual ou diverso (para mais ou menos) do valor fixado pelo juízo da Vara do Trabalho, o correto é que, para o reclamado, a obrigação de pagar custas processuais deve observar a base de cálculo fixada na segunda instância. A propósito, pela norma de direito processual comum (art. 512 do CPC), a decisão de segunda instância deve substituir a de primeira, prevalecendo, pois, aquela decisão, para fins de custas processuais.

Dessa maneira, na hipótese analisada, caso pretenda recorrer da segunda para a terceira instância, o reclamado deverá pagar as custas processuais tomando como base, apenas, o valor da condenação fixado pelo TRT, nos termos do inciso I ou IV do art. 789 da CLT, ainda que esse valor da condenação seja inferior ao valor da causa atribuído pelo reclamante ou diverso do valor fixado pelo juízo da Vara do Trabalho.

É importante esclarecer que: se, na hipótese analisada, o reclamante tivesse pago as custas processuais para recorrer da primeira para a segunda instância, o reclamado não estaria obrigado a pagar as custas processuais, desde que o TRT mantivesse o valor da causa fixado pelo juízo da Vara do Trabalho. Entretanto, se o TRT majorasse a base de cálculo, isto é, fixando valor da condenação superior ao valor da causa, o reclamado deveria, sim, pagar custas as quais teriam como base de cálculo a diferença resultante da subtração do valor da condenação (arbitrado em segunda instância) com o valor da causa (arbitrado em primeira instância). Logo, o reclamado deveria complementar o valor das custas processuais, com base no resultado dessa subtração. Neste caso, aplicar-se-ia a Orientação Jurisprudencial n. 186 da Seção de Dissídios Individuais I – SDI I do TST⁽¹⁸⁾.

Quanto à terceira indagação, tendo em vista as especificidades da hipótese analisada,

entende-se que a Súmula n. 25 do TST não se aplicaria, visto que o acórdão do TRT fixou valor da condenação no dispositivo do acórdão, de maneira que essa decisão de segunda instância substitui a de primeira instância.

Na hipótese analisada, a Súmula n. 25 do TST apenas seria aplicável caso o TRT não houvesse fixado valor da condenação no acórdão. Neste caso, sim, a parte vencedora na primeira instância (o reclamado) estaria obrigada, independentemente de intimação, a pagar as custas fixadas na sentença das quais o reclamante (parte vencida na primeira instância) ficou isento. Nesse sentido, pode-se afirmar que a súmula em questão visa a suprir eventual omissão de valor da condenação em decisão de segunda instância e que, por ficção jurídica⁽¹⁹⁾, torna o valor dado à causa em primeira instância em base de cálculo para pagamento das custas processuais, caso a parte vencida na segunda instância pretenda recorrer para a terceira instância.

Por outras palavras, pode-se afirmar também que a súmula em questão estabeleceu uma presunção⁽²⁰⁾, pelo artifício da ficção jurídica,

(19) “Do latim *fictio*, de *fingere* (imaginar, criar), é aplicado na técnica jurídica para indicar o *fato* ou a *situação jurídica*, tido como *reais* por um artifício da lei. É semelhante ficção diz-se, propriamente, *ficção legal*, porque é representada por coisa ou fatos criados *imaginariamente* ou tendo *corpo imaginário*, como se fora *real*, por força ou determinação de lei. É assim que, por uma *ficção legal*, os *foros* se entendem bens imóveis, tais como os prédios de que se geram. Outra ficção legal é a das pessoas jurídicas, criadas por influência da lei. Em igual circunstância, está a *posse ficta* (*ficta possessio*).” (In: SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico* — edição universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. I-II, p. 289).

(20) “Do latim *praesumptio* (conjetura, ideia antecipada), é o vocábulo empregado na terminologia jurídica para exprimir a *dedução*, a *conclusão* ou a *consequência*, que se tira de um *fato* conhecido, para se admitir como certa, verdadeira e provada a existência de um *fato desconhecido* ou *duvidoso*. A *presunção*, pois, faz a prova e dá a certeza do que não estava mostrado nem se via como certo, pela ilação tirada de outro fato que é certo, verdadeiro e já se mostra, portanto, suficientemente provado.” (In: SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico* — edição universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. III-IV, p. 441).

(18) Vide nota de rodapé n. 14.

caso a decisão de segunda instância omita o valor da condenação. Nesse sentido, a parte vencida em segunda instância que pretenda recorrer para a terceira instância deverá pagar as custas processuais, das quais a parte vencida na primeira instância ficou isenta, com base no valor da causa fixado em primeira instância.

A leitura açodada da Súmula n. 25 do TST⁽²¹⁾ pode dar margem a dúvidas quanto à obrigatoriedade de a parte que foi vencedora na primeira instância e que se tornou vencida na segunda instância ter de arcar com o pagamento de custas processuais tanto com base no valor da causa fixado na primeira instância, quanto com base no valor da condenação fixado na segunda, caso a outra parte tenha sido declarada isenta. Tal interpretação não procede, considerando que as custas processuais devem ser pagas *pela parte vencida* uma única

vez na fase de conhecimento dos processos judiciais trabalhistas.

5. Considerações finais

A partir da análise exposta, pode-se concluir que:

As custas processuais são espécies de despesas processuais (também denominadas de taxas judiciárias) e consistem em requisito legal para prática de determinados atos jurídicos processuais: dentre esses, os recursos, ressalvadas as isenções legais.

Nos processos judiciais trabalhistas, regulados pela CLT, o pagamento das custas processuais distingue-se na fase de conhecimento e na fase de execução (de cumprimento da sentença). Naquela fase, devem ser pagas de forma antecipada e uma única vez por quaisquer das partes, levando-se em conta a base de cálculo fixada pelos órgãos da Justiça do Trabalho, seja na conclusão do processo, seja para fins de interposição de recursos. Nesta fase, devem ser pagas sempre pela parte executada, ao fim do processo, incidindo sobre cada recurso interposto a cada instância judiciária.

A Súmula n. 25 do TST aplica-se somente aos recursos trabalhistas interpostos na fase de conhecimento, para fins de juízo de admissibilidade quanto ao requisito extrínseco denominado preparo. Nesse sentido, a súmula veio a uniformizar a interpretação desse tribunal em relação a normas da CLT que tratam da responsabilidade pelo pagamento de custas processuais em caso de interposição de recurso, como também de sua base de cálculo.

Quanto à responsabilidade pelo pagamento de custas processuais, o TST definiu que, se determinada parte de um processo trabalhista não foi declarada isenta de custas processuais, para essa parte sempre existirá a obrigação de pagamento desse tributo, caso seja vencida no processo trabalhista ou caso pretenda interpor recurso. Essa parte não se beneficia de isenção de custas processuais concedida à outra parte.

Quanto à base de cálculo das custas processuais, o TST definiu uma presunção, visando a

(21) No entanto, a prática do cotidiano revela que a interpretação e a aplicação das normas do art. 789 da CLT nem sempre se mostram adequadas quando se trata de pagamento de custas para fins de interposição de recurso. Existem precedentes em que se verifica a exigência de pagamento de custas em desacordo com as normas da CLT, resultando em pagamento a maior ou mesmo em duplicidade em desfavor da parte vencida na segunda instância. A título de exemplificação, citem-se as decisões proferidas nos autos de processo judicial trabalhista n. 00947-2011-008-10-00-8-RO, em segunda instância e em terceira instância. É interessante observar que as duas decisões fundamentaram-se em alguns precedentes do TST, a saber, decisões preferidas nos autos de processo n. 33000-96.2008.5.04.0511, n. 2010900-77.2007.5.09.0651 e n. 3356100-98.2009.5.09.0084, não obstante não haja identidade das premissas fáticas destas decisões para com aquelas. Naquelas, o valor arbitrado à condenação em segunda instância foi o mesmo do arbitrado na primeira instância. Nestas, por sua vez, em segunda instância, o TRT fixou valor da condenação maior que o valor dado à causa na primeira instância. Naquelas, o recorrente pagou as custas com base no valor arbitrado em segunda instância. Nestas, os respectivos recorrentes interpuseram recurso de revista desconsiderando, porém, o valor acrescido à condenação em segunda instância, pagando as custas somente com base no valor atribuído à causa em primeira instância. Todas as decisões aqui indicadas estão relacionadas nas referências bibliográficas, em ordem cronológica da data de publicação.

suprir eventual omissão de valor da condenação em decisão de segunda instância, tornando, por ficção jurídica, o valor dado à causa em primeira instância em base de cálculo para pagamento das custas processuais. Neste caso, se pretendesse recorrer da segunda para a terceira instância, a parte vencedora na primeira instância e que se tornou vencida na segunda instância estaria obrigada, independentemente de intimação, a pagar as custas fixadas na sentença das quais a outra parte (vencida na primeira instância e vencedora na segunda instância) ficou isenta.

Não procede a interpretação da Súmula n. 25 do TST no sentido de que a parte que foi vencedora na primeira instância e que se tornou vencida na segunda instância teria de arcar com o pagamento de custas processuais tanto com base no valor da causa fixado na primeira instância, quanto com base no valor da condenação fixado na segunda, caso a outra parte tivesse sido declarada isenta.

A Súmula n. 25 do TST não se aplica aos processos judiciais trabalhistas em que as partes não sejam isentas do pagamento de custas processuais. Nestes casos, é relevante esclarecer que, se a parte vencida na segunda instância e que fora vencedora na primeira instância pretender recorrer para terceira instância, não estará obrigada ao pagamento de custas, caso a outra parte (vencida na primeira instância e vencedora na segunda instância) já o tiver feito, desde que a decisão de segunda instância não altere a base de cálculo fixada na primeira instância. Caso a decisão de segunda instância majore a base de cálculo fixada na primeira instância, a parte vencida na segunda instância deverá, sim, pagar custas processuais tomando como base apenas a diferença resultante da subtração da base de cálculo (fixada em segunda instância) com a base de cálculo (fixada em primeira instância). Nesses casos, aplica-se a Orientação Jurisprudencial n. 186 da Seção de Dissídios Individuais I do TST.

6. Referências bibliográficas

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: (exposição sistemática do procedimento)*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 2.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Glossário Jurídico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=S&id=382>> Acesso em: 24 fev. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 25 do TST: CUSTAS (mantida)* – Res. n. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A parte vencedora na primeira instância, se vencida na segunda, está obrigada, independentemente de intimação, a pagar as custas fixadas na sentença originária, das quais ficara isenta a parte então vencida (Redação original — RA n. 57/1970, DO-GB 27.11.1970). Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>> Acesso em: 11 jul. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação Jurisprudencial n. 186 da Seção de Dissídios Individuais I – SDI-I do TST: CUSTAS. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. DESERÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA*. (inserida em 8.11.2000) No caso de inversão do ônus da sucumbência em segundo grau, sem acréscimo ou atualização do valor das custas e se estas já foram devidamente recolhidas, descabe um novo pagamento pela parte vencida, ao recorrer. Deverá ao final, se sucumbente, ressarcir a quantia. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_181.htm#TEMA186> Acesso em: 11 jul. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *ATUALIZAÇÃO, DE OFÍCIO, DO VALOR DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE*. Assiste razão ao recorrente quanto à majoração de ofício, pelo Regional, do valor atribuído à causa com a condenação ao pagamento de custas sobre esse montante. Isso porque o valor dado à causa na inicial, além de razoável, não foi impugnado nos termos do art. 261 do CPC, não existindo amparo legal para a determinação de recolhimento das custas sobre importância superior àquela indicada pela parte. *DA INDENIZAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ INCIDENTE SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CONDENAÇÃO*. A decisão regional, neste particular, não encontra qualquer respaldo legal visto que não há como ignorar a literalidade do art. 18, § 2º, do Código de Processo Civil, e a clareza que

ele espelha, ao dispor que a indenização deve ser calculada sobre o valor da causa, e não como decidiu o Regional sobre o valor da “condenação” (novo valor atribuído à causa) fixado no acórdão. Recurso ordinário provido para restabelecer o valor da causa então arbitrado pelo autor da inicial, e considerá-lo como base de cálculo das custas e da indenização por litigância de má-fé. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 784.191/2001.4. POLIPLAST S.A. — Plásticos da Amazônia e Ricardo Alexandre da Silva Santos e Autoridade Coatora Juiz Titular da Vara do Trabalho de Ananindeua. Subseção II Especializada em Dissídios Individuais. Ministro Relator Renato de Lacerda Paiva. Acórdão, 18 de fevereiro de 2003. Publicado no Diário da Justiça em 21.3.2003. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do?cons csjt=&numeroTst=784191&anoTst=2001&varaTst=&trTst=&seqTst=&consulta=Consultar>> Acesso em: 9 jul. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. DESERÇÃO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE CUSTAS. RECURSO NÃO CONHECIDO. Não tendo a reclamada efetuado o recolhimento das custas a que estava obrigada, está deserto o Recurso de Revista. Recurso de Revista de que não se conhece. RECURSO DE REVISTA ADESIVO INTERPOSTO PELO RECLAMANTE. SUBORDINAÇÃO AO RECURSO PRINCIPAL. Diante do não conhecimento do Recurso de Revista interposto pela reclamada, fica prejudicada a análise do Recurso adesivo interposto pelo reclamante, uma vez que esse recurso fica subordinado ao principal, nos termos do art. 500 do CPC. Recurso de Revista de que não se conhece. Recurso de Revista n. TST-RR-2010900-77.2007.5.09.0651. Denso do Brasil Ltda. e João Hernando Ricardo. 5ª Turma. Ministro Relator João Batista Brito Pereira. Acórdão, 23 de março de 2011. Publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho – Tribunal Superior do Trabalho em 1º.4.2011. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNum Unica.do?cons csjt=&numeroTst=2010900&digito Tst=77&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0651&consulta=Consultar>> Acesso em: 9 jul. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RECURSO DE REVISTA. DESERÇÃO. INCORRETO RECOLHIMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS.

PAGAMENTO A MENOR DO DEPÓSITO RECURSAL. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS NS. 25 E 128, I, DO TST. Tendo sido deferida a gratuidade de justiça ao Reclamante e em face da inversão do ônus da sucumbência, com o provimento do Recurso Ordinário do Obreiro, cabia à Reclamada, ao apresentar seu Recurso de Revista, efetuar o pagamento das custas processuais, no montante fixado pela sentença de primeira instância com o acréscimo estabelecido em segundo grau, aplicando-se o entendimento consubstanciado na Súmula n. 25 do TST, sob pena de deserção. Da mesma forma, está a parte recorrente obrigada a efetuar o depósito legal, integralmente, em relação a cada novo recurso interposto, sob pena de deserção. Atingido o valor da condenação, nenhum depósito mais é exigido para qualquer recurso. Recurso de Revista não conhecido, por deserção. Recurso de Revista n. TST-RR-33000-96.2008.5.04.0511. Móveis Manfrói Ltda. e Daniel Giuriatti Martins Junior. 4ª Turma. Ministra Relatora Maria de Assis Calsing. Acórdão, 14 de dezembro de 2011. Publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho – Tribunal Superior do Trabalho em 19.12.2011. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?cons csjt=&numeroTst=33000&digitoTst=96&anoTst=2008&orgaoTst=5&tribunalTst=04&varaTst=0511&consulta=Consultar>> Acesso em: 9 jul. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DESERÇÃO DO RECURSO DE REVISTA DETECTADA NO DESPACHO DENEGATÓRIO. CUSTAS. DEPÓSITO RECURSAL. Não há como ser afastada a deserção do recurso de revista, uma vez que tanto o pagamento das custas quanto o depósito recursal foram efetuados a menor. Inteligência das Súmulas 25 e 128, I, do TST. Agravo conhecido e não provido. Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. TST-AIRR-3356100-98.2009.5.09.0084. DBM Marketing Direto Ltda. e Patrícia Rodrigues de Lima dos Santos e Global Village Telecom Ltda. 8ª Turma. Ministra relatora Dora Maria da Costa. Acórdão, 18 de abril de 2012. Publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho – Tribunal Superior do Trabalho em 20.4.2012. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&>

conscsjt=&numeroTst=3356100&digitoTst=98&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0084> Acesso em: 9 jul. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho – 10ª Região. Recurso de Revista – Despacho de Admissibilidade de Recurso de Revista. Reclamação trabalhista n. 00947-2011-008-10-00-8. Serviço Federal de Processamento de Dados – SERPRO e Anderson Barbosa. Desembargadora Presidente do TRT da 10ª Região Elaine Machado Vasconcelos. Despacho de admissibilidade, 14 de junho de 2012. Publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho – Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região em 26.6.2012. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br/servicos/consultasap/rec revista.php?np=00947-2011-008-10-00-8&nj=ELAINE%20MACHADO%20VASCONCELOS&npvoto=298475&tp=RO>> Acesso em: 9 jul. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. TST-AIRR-947-46.2011.5.10.0008. Serviço Federal de Processamento de Dados – SERPRO e Anderson Barbosa. 8ª Turma. Ministra relatora Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Decisão monocrática, 11 de abril de 2013. Publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho – Tribunal Superior do Trabalho em 17.4.2013. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?conscsjt=&numeroTst=947&digitoTst=46&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=0008&consulta=Consultar>> Acesso em: 9 jul. 2013.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 32 ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRAGA, Afonso. *Instituições do processo civil do Brasil*: volume 3: recursos. São Paulo: Acadêmica, 1941.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis — os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Rio de Janeiro: UERJ, 2010. 475 p. Tese (Doutorado) – Centro de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>> Acesso em: 24 fev. 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais — teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho*: comentada. 42 ed. atual., rev. e ampl. por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2009.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico* — edição universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. I-II.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico* — edição universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. III-IV.

Jurisprudência

Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho
Acórdão da Procuradoria Regional do Trabalho

Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região

Processo TRT: RO-0001738-18.2012.5.11.0019

Recorrentes: ANA CAROLINA OLIVEIRA LIMA

Advogado: Dr. Anderson Roberto Miranda de Souza

Recorridos: FUCAPI – FUNDAÇÃO CENTRO DE ANÁLISE, PESQUISA E INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

Advogados: Dr. Márcio Luiz Sordi e outros

Acórdão:

- INVENTO. LUVA BRAILLE. CONTRIBUIÇÃO PESSOAL DO EMPREGADO. EXPLORAÇÃO PELO EMPREGADOR. JUSTA REMUNERAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 91, § 2º, DA LEI N. 9.279/96.

Em caso de “invenção de empresa” que teve a participação do empregado, no curso da relação de emprego, embora seja comum a propriedade e a exclusiva exploração do invento pelo empregador, a Lei n. 9.279/96, em seu art. 91, § 2º, assegura ao empregado o direito a uma “justa remuneração”, resultante de sua contribuição pessoal. Tal obrigação tem por fato gerador a utilidade extracontratual, emanção da atividade intelectual irradiada da personalidade do trabalhador, revertida em benefício da exploração econômica do empreendedor. Recurso ordinário provido. À falta de parâmetro para a fixação do *quantum* indenizatório, o tempo de serviço e o salário podem servir de critérios a ser adotados.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário, oriundos da MM. 19ª Vara do Trabalho de Manaus, em que são partes, como recorrente, ANA CAROLINA OLIVEIRA LIMA, e como recorrida, FUCAPI — FUNDAÇÃO CENTRO DE ANÁLISE, PESQUISA E INOVAÇÃO TECNOLÓGICA.

A autora ingressou com reclamação trabalhista postulando indenização do art. 91, § 2º, da Lei n. 9.279/96, no valor de R\$ 43.930,00, além de justiça gratuita, honorários advocatícios, juros e correção monetária.

Após regular instrução do feito, o MM. Juízo julgou totalmente improcedente a ação,

deferindo apenas a gratuidade da justiça (fls. 95/96).

A reclamante opôs embargos de declaração às fls. 100/101 e 110 que foram rejeitados (fls. 105 e 118).

Irresignada, a reclamante interpôs recurso ordinário (fls. 112/114 e 121/123), postulando a reforma da decisão, ou que o processo seja enviado à Vara de origem para suprir a contradição e omissão contida na sentença, a fim de não prejudicar o direito pretendido.

Contrarrazões às fls. 131/136.

É o RELATÓRIO.

VOTO

Conheço do recurso por atendidos os pressupostos de admissibilidade.

Insurge-se a reclamante contra a sentença que indeferiu o seu pedido da indenização prevista no art. 91, § 2º, da Lei n. 9.279/96, pelo invento do protótipo da Luva *Braille*. Alega que a sentença foi omissa, pois entendeu tratar-se de direito de propriedade de invenção preconizada no *caput* do referido art. 91 da Lei n. 9.279/96. Entende que além da indenização questionada, também teria direito ao desvio de função, já que foi admitida para ser professora e desviada para exercer a função de Líder de Projeto da Luva *Braille*. Requer a reforma do julgado para que seja deferida a indenização perseguida, ou o envio do processo à Vara de origem para suprir a contradição e omissão contida na sentença, a fim de não prejudicar o direito pretendido.

Na vestibular, alegou a autora haver laborado para a reclamada no período de 8.8.2005 a 1º.9.2010, na função de professora assistente mestre, inicialmente para ministrar aulas no curso de graduação de informática; que no decorrer do contrato de trabalho foi designada para atuar na função de Líder de Projetos, sem qualquer gratificação ou aumento salarial pelo desvio unilateral de acréscimo de atribuição; que entre 2006 a 2008 esteve envolvida no projeto para desenvolver uma Luva *Braille*, que posteriormente virou um protótipo que teve a solicitação de patente depositada no Instituto Nacional de Propriedade Industrial em 19.6.2008, como Modelo Industrial n. PI0803247-52, e posterior publicação em 2.3.2010, com a denominação Dispositivo Eletrônico de Estimulação dos Dedos para Leitura da Escrita *Braille*.

Rebatendo a pretensão (fls. 38/43), a reclamada sustentou que a reclamante foi contratada em 8.6.2005 na função de Professor Assistente Mestre. Em 1.8.2007 foi promovida à Analista Nível Superior CV e, em 14.4.2010, à função de Pesquisadora, na qual permaneceu até 1º.9.2010, quando ocorreu o seu desligamento;

que em março/2007, a obreira inscreveu-se no PROEMD — Programa Institucional de Formação de Especialistas, Mestres e Doutores, tendo celebrado contrato escrito com a reclamada para a realização de Doutorado em Engenharia Elétrica ministrado pela Universidade Federal de Campina Grande/PB, no período de 2007 a setembro de 2010; que pelo referido contrato celebrado entre as partes, a demandada se comprometeu a pagar mensalmente à recorrente remuneração correspondente ao seu cargo, durante o período de realização do curso de Doutorado (Cláusula 4ª – fl. 50), devendo ainda a recorrente, enquanto contratante, apresentar à Diretoria uma “Proposta de Trabalho” (Cláusula 6ª, § 3º – fl. 52), a qual se consubstanciou no Projeto Luva *Braille*.

Esclareceu que antes mesmo da inscrição da recorrente no PROEMD, o projeto já vinha sendo conduzido pelo corpo de pesquisa da recorrida desde o ano de 2006, sob a coordenação do sr. Rogério Pereira e liderança do sr. Rodrigo Silva; que somente em 2007, a recorrente participou da sua implementação, com o objetivo precípua de facilitar o desenvolvimento de seu doutorado, passando, no decorrer do projeto, a ser liderada pelo sr. Ricardo Salles e, no período de finalização, pelo sr. Maurício Figueiredo; que o projeto foi financiado por recursos da FUCAPI, sem qualquer convênio, o que ensejou a assinatura, em 21 de dezembro de 2007, da cessão de direitos da invenção e do respectivo Patenteamento pela recorrente em favor da recorrida, em caráter irrevogável e irretratável, conforme documento de fls. 54/67; que o projeto foi encerrado em junho/2008 e, considerando ainda a cessão de direito de patenteamento ocorrida em dezembro/2007, a reclamada assinou em maio/2008 com a Universidade Federal de Campina Grande, cotitular da tecnologia Luva *Braille*, contrato para regulamentação do pedido de patente de invenção (PI) e sua exploração posterior no Brasil. Afirmou que o pedido de registro de patente foi depositado pela reclamada junto ao INPI em 19.6.2008, tendo esta arcado com

todas as despesas pertinentes ao registro, obedecendo a todos os requisitos e formalidades previstos em lei.

Analisemos.

Incontroverso nos autos que a reclamante foi um dos inventores da Luva *Braille* (fls. 12/13), cedendo à reclamada a parte que lhe cabia dos direitos patrimoniais concernente ao invento, conforme documento de fl. 67, assinado pela reclamante e pelo outro inventor.

Sabe-se que as invenções que envolvem o trabalho do empregado classificam-se em três espécies: “invenção de serviço”, “invenção livre” e “invenção de empresa”.

A “invenção de serviço” é a que decorre da atividade inventiva do trabalhador, contratado para o exercício das funções de inventor, consoante dispõe o art. 88, e seus §§, da Lei n. 9.279/96, *verbis*:

A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado.

§ 1º Salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado.

§ 2º Salvo prova em contrário, consideram-se desenvolvidos na vigência do contrato a invenção ou o modelo de utilidade, cuja patente seja requerida pelo empregado até 1 (um) ano após a extinção do vínculo empregatício.

Nesta hipótese, efetivamente o empregado não tem nenhum direito sobre a criação. Porém, nada impede que as partes, mediante negociação, contratem a participação do trabalhador nos lucros econômicos resultantes do invento. Essa participação, caso ajustada, não ostenta natureza salarial, mas, sim, indenizatória, não se incorporando à remuneração do empregado.

A “invenção livre” resulta da atividade criadora do trabalhador, sem qualquer vinculação

com a existência e a execução do contrato de emprego. Nesta modalidade, tanto os meios quanto os recursos e equipamentos do empregador não podem amparar a atividade criadora do empregado. Eventuais conhecimentos técnicos adquiridos na vigência do contrato laboral não geram para o empregador o direito de propriedade, tampouco de exploração do invento. A propriedade e o direito de exploração são exclusivos do empregado (art. 90 da Lei n. 9.279/96).

A “invenção de empresa” constitui duas hipóteses. Na primeira, a invenção é consequência do trabalho de vários empregados, sem nenhuma possibilidade de identificar o inventor. Em tais circunstâncias, o proprietário da empresa poderá vindicar a propriedade da patente. Na segunda hipótese, a criação intelectual provém do esforço de determinado empregado, ou de determinado grupo de empregados, que podem ser identificados, como é o caso dos autos. Nessa hipótese, permite a lei que o empregador negocie com o empregado cotitular a exclusividade na exploração da patente, embora comum a propriedade.

In casu, a reclamante exercia a função de professor assistente mestre, e conforme se depreende dos autos, em março/2007, a mesma inscreveu-se no PROEMD — Programa Institucional de Formação de Especialistas, Mestres e Doutores, tendo celebrado contrato com a reclamada para a realização de Doutorado em Engenharia Elétrica ministrado pela Universidade Federal de Campina Grande/PB, no período de 2007 a setembro de 2010 (fls. 49/53). Pelo referido contrato, a demandada se comprometeu a pagar mensalmente à recorrente remuneração correspondente ao seu cargo, durante o período de realização do curso de doutorado (cláusula sexta — fl. 50), devendo ainda a recorrente, enquanto contratante, apresentar à Diretoria uma “Proposta de Trabalho” (cláusula sexta, parágrafo terceiro — fl. 52), a qual se consubstanciou no Projeto Luva *Braille*.

A função da obreira não tinha como objeto o desenvolvimento de projetos de pesquisa ou de

atividade inventiva, embora pudessem decorrer de sua atividade, enquanto doutoranda.

O Projeto Luva *Braille* foi encerrado em junho/2008 e, considerando ainda a cessão de direito de patenteamento ocorrida em dezembro/2007 (fl. 67), a empresa assinou com a Universidade Federal de Campina Grande/PB, cotitular da Tecnologia Luva *Braille*, contrato para Regulamentação do Pedido de Patente de Invenção (PI) e sua exploração posterior no Brasil (fls. 68/71). O pedido de registro de patente foi depositado pela recorrida junto ao Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI em 19/6/2008.

Embora o direito de licença e exploração do invento faça parte do patrimônio do empregador, é assegurada a justa remuneração ao empregado, pela exploração do invento resultante de sua contribuição pessoal, conforme estabelece o art. 91, § 2º, da Lei n. 9.279/96:

“A propriedade de invenção ou de modelo de utilidade será comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregado, ressalvada expressa disposição contratual em contrário.

(...)

§ 2º É garantido ao empregador o direito exclusivo de licença de exploração e assegurada ao empregado a justa remuneração.

A obrigação de indenizar tem por fato gerador a utilidade extracontratual, emanção da atividade intelectual irradiada da personalidade do empregado, revertida em benefício da exploração econômica do empregador. Nesse contexto, entendo não ser plausível que a empregada tenha assinado a cessão de direito, especificamente para fins de patenteamento (fl. 67), sem haver ao menos uma promessa de contraprestação econômica, porquanto há utilidade econômica na referida invenção. Não é lógico também haver uma cessão de direitos a título gratuito, onde figuram como partes, uma empregada, e a empresa para qual esta trabalha, sendo que a primeira está sob o poder disciplinar da última.

A cessão e transferência de direitos patrimoniais sobre o invento que teve a efetiva participação da reclamante não isentam a demandada do pagamento de indenização àquela, pois que visa a remunerar o trabalho intelectual. Devida, portanto, a parcela indenizatória.

Quanto ao valor, o art. 91, § 2º, da Lei n. 9.279/96, não estabelece parâmetros objetivos para que o juiz fixe a justa retribuição decorrente da novidade. Todavia, se a lei assegura “justa remuneração”, nada impede que se conclua que o salário ajustado sirva de parâmetro para o cálculo dessa compensação, igualmente prevista na lei. Por outro lado, o art. 88, § 1º, da Lei n. 9.279/96, disciplinando situações semelhantes, assegura ao empregado contratado para pesquisa ou atividade inventiva, “inventor” ou “criador de modelo de utilidade” o salário previamente ajustado.

Em sendo assim, e considerando que a contribuição da reclamante no invento foi de 70%, conforme documento de fl. 54, defiro a indenização na quantia de R\$ 21.976,50, correspondente a 5 salários da obreira (R\$ 4.395,30), um por cada ano trabalhado.

Por estas razões, conheço do recurso e dou-lhe provimento para deferir a indenização por participação em invento, conforme a fundamentação. Invertendo-se o ônus da sucumbência, cominam-se custas pela reclamada na quantia de R\$ 439,53.

ISTO POSTO,

ACORDAM os Desembargadores do Trabalho e Juízes Convocados da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para deferir a indenização por participação em invento, conforme a fundamentação. Invertendo-se o ônus da sucumbência, cominam-se custas pela reclamada na quantia de R\$ 439,53.

Assinado em 14 de outubro de 2013.

FCA. RITA A. ALBUQUERQUE
Desembargadora do Trabalho
Relatora

Procuradoria Regional do Trabalho da 13ª Região

Processo: 0055000-10.2013.5.13.0012

Recurso Ordinário

Recorrente: Ministério Público do Trabalho (Procuradoria Regional do Trabalho da 13ª Região)

Recorrido: Messias Rodrigues Alves

Ementa:

- **AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DO TRABALHO SEXUAL DE ADOLESCENTES. ILÍCITO TRABALHISTA. CONFIGURAÇÃO.** Verificada a conduta abusiva do recorrido ao produzir material pornográfico com imagens de crianças e adolescentes, expostos em ponto comercial, restou demonstrada finalidade comercial/lucrativa da conduta, configurando hipótese de efetiva exploração sexual, caracterizadora de relação de trabalho, punível por esta Justiça Especializada.

Vistos *etc.*

Trata-se de recurso ordinário proveniente da Vara do Trabalho de Sousa/PB, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO na ação civil pública que promove contra MESSIAS RODRIGUES ALVES.

O Juízo de primeiro grau (*seq.* 34) julgou improcedente a postulação exordial e condenou o autor nas custas processuais, no valor de R\$ 4.000,00, dispensando-as, conforme permissivo legal.

Recorre o autor, afirmando que a prova dos autos atesta a ocorrência do fato ilícito denunciado na exordial, consubstanciado na prática de exploração sexual de crianças e adolescentes pelo recorrido, em razão do que postula a condenação deste último ao cumprimento de obrigação de não fazer, no sentido de se abster de realizar qualquer atividade relativa à promoção e ao aliciamento de exploração sexual de crianças e adolescentes, sob pena de multa

diária, e a sua condenação em indenização por danos morais coletivos, decorrente do trabalho ilícito a que foram submetidas as adolescentes exploradas sexualmente pelo promovido.

Sem contrarrazões (*seq.* 51).

As alegações recursais já contemplam a manifestação legal do Órgão Ministerial (*seq.* 55).

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Recebo o recurso, porque presentes os pressupostos legais.

MÉRITO

A presente demanda tem por fundamento denúncia de fato ilícito supostamente praticado pelo promovido, consubstanciado na prática de exploração sexual de crianças e adolescentes pelo recorrido, e objeto de apuração através de

inquérito policial, em razão do qual se procedeu busca e apreensão realizada na residência do demandado, na qual se observou o funcionamento de uma pequena locadora de vídeos clandestina, com diversos CDs, fotos e DVDs, com material pornográfico e a participação de menores.

O relato exordial afirma, ainda, que o promovido atraía as adolescentes para fotografá-las em poses pornográficas, bem como para realização de programas de natureza sexual, mediante paga, com dinheiro, bebidas e cigarros, conduta esta que o autor busca estagnar, através da condenação do demandado em se abster de realizar qualquer atividade relativa à promoção e ao aliciamento de exploração sexual de crianças e adolescentes, bem como sua condenação em indenização por danos morais no valor de R\$ 200.000,00.

O juízo de origem entendeu pela improcedência da demanda, por não vislumbrar prova quanto à finalidade comercial da prática ilícita atribuída ao acionado.

O recorrente insiste na tese de existência de relação de trabalho ilícita, alegando que a prova dos autos corrobora a prática afirmada, pelo que destaca passagens dos depoimentos do próprio demandado e das testemunhas, colhidos no inquérito policial, firmando-se, ainda, no procedimento preparatório instaurado no MPT.

A decisão de origem enseja reforma.

Sabe-se que a exploração sexual é a utilização sexual de pessoas, inclusive quando envolve crianças e adolescentes, com fins comerciais e de lucro. No presente caso, não só pela gravidade da denúncia ministerial, o que de fato se verifica é a efetiva demonstração da finalidade lucrativa visada pelo recorrido ao produzir o material pornográfico apreendido.

Já a partir da própria paga ofertada às vítimas pelo demandado, resta claro um elemento da prestação do serviço, no caso ilícito, que é a contraprestação, notadamente porque, na

linha de atuação do recorrido, após a produção do material, mediante paga, o produto era disponibilizado em sua locadora, tanto que lá foi apreendido.

Nas passagens de depoimentos destacadas pelo recorrente se vê fortes indícios de ilícito que, em tese, infringe a legislação específica da criança e do adolescente, fato que ainda mais corrobora o entendimento da conduta ilícita do recorrido, a qual, analisada sob a ótica trabalhista, conduz à certeza de terem sido estes os primeiros passos do recorrido (produção de material ilícito) para auferir o posterior benefício da comercialização (exposição lucrativa).

No particular, é de se destacar que não socorre ao recorrido as declarações das testemunhas ouvidas em juízo, ao declararem desconhecer se os arquivos de gravações eram comercializados na locadora do demandado. É que, como se disse, o estado mesmo da apreensão, pelo qual se flagrou a efetiva exposição comercial do material, não deixa dúvidas acerca da finalidade lucrativa perpetrada pelo recorrido.

Vê-se, portanto, que diversamente da conclusão de origem, o caso dos autos não se limita a fortes indícios de uma conduta de ilícito penal, consubstanciada no abuso sexual de crianças e adolescentes, mas, sim, a uma ação com clara finalidade comercial, e que atualmente também é alvo de ação penal específica (seq. 03, p. 13/18), que, decerto, ainda mais reforça a verossimilhança da ação ilícita do recorrido, e autoriza a inserção da conduta questionada no âmbito da exploração sexual, qualificada pelo caráter econômico, ou seja, com o intuito de comercialização de um produto, no caso, o corpo da criança e do adolescente, e, portanto, admissível como efetiva relação de trabalho e consequente repressão por parte desta Justiça Especializada.

O próprio depoimento da testemunha do autor, Sr^a JULIANA DE SOUSA INOCENCIO, reforça tal constatação, ao assim declarar (seq. 04, p. 02):

QUE trabalhou na residência do reclamado por menos de 30 dias entre 2007 e 2008; que viu no computador do reclamado tais fotos de adolescentes; que algumas fotos eram tiradas na própria residência do reclamado; que não conhece a ex-esposa do reclamado; que nas fotos tinham adolescentes se beijando e seminuas; que não avistou fotos de sexo explícito; que não sabe informar como as adolescentes eram atraídas; que não sabe dizer se os arquivos mencionados eram disponibilizados pela locadora; que não sabe o que a polícia apreendeu na época; que as adolescentes constavam nas fotos em poses sensuais e seminuas; que avistou nas fotos o reclamado beijando duas jovens; que havia uma foto de uma criança de 3 a 4 anos tomando banho nua; que não se recorda de todo o depoimento prestado pelo MPT; que mantém todo depoimento prestado pelo MPT, pois falou somente a verdade; que não recorda se a criança que tomava banho, anteriormente mencionada, era filha de amiga do reclamado, que morava no Ceará; que não recorda de qualquer anormalidade ou doença que acometesse o reclamado na época; que o computador e alocadora ficava na sala do reclamado.

A conduta do recorrido se vê claramente configurada no depoimento de uma das vítimas (ANA CRISTINA NEVES SOARES, à época do depoimento com 16 anos de idade (*seq.* 02, p. 12).

QUE, a declarante já foi na casa de Messias várias vezes e o conhece há cerca de 01 ano; QUE, conhece MESSIAS através de uma amiga chamada Novinha que possui o nome de Erica; inclusive já frequentou a casa anterior de Messias; QUE, na casa de Messias, este tirava fotos da declarante juntamente com sua irmã e algumas amigas e também a pessoa de SARA, moradora de Nova Vida; QUE, a declarante diz que Messias já tirou suas fotos nua na cama; QUE, na sala estava com roupas; QUE, sua irmã ele fotografou com roupa e calcinha;

QUE, quando sua irmã tirou essas fotos a declarante não tinha ainda 18 anos, pois completou essa idade no mês de maio passado; QUE, essas fotos foram dentro da casa dele; QUE, essas fotos se deram na cama, na sala, na cozinha e fazendo poses sensuais; QUE, não teve relação sexual com o mesmo; QUE, já presenciou Messias dando 15,00 reais a Novinha; QUE, Messias lhe dava em troca das fotos bebida e cigarros; QUE, não sabe o motivo pelo qual Messias pedia para tirar as fotos; QUE, das vezes que estava na casa de messias, também estavam ROSANA e SANDRA (MENOR) e também sua irmã Cristiane e ainda a pessoa de NOVINHA (MENOR); QUE, ESSES FATOS OCORRIAM A TARDE E A NOITE E SOMENTE NA CASA DELE; QUE, NUNCA VIU MANTENDO RELAÇÃO SEXUAL COM, NINGUÉM; QUE, CERTA VEZ, MESSIAS MOSTROU FOTOS DE UMA MULHER CASADA, QUE NÃO SABE DIZER QUEM É; NÃO CHEGAVA O ACUSADO A TOCAR EM SUAS PARTES ÍNTIMAS; QUE, NÃO MOSTRAVA FILME NEM REVISTAS PORNOGRÁFICAS.

A orientar a solução das questões postas, e ainda que esparso o tratamento da matéria no âmbito doutrinário e jurisprudencial, válido destacar que a exploração sexual de crianças e adolescentes vem encontrando oportunidades de debates que direcionam inclusive o judiciário na solução das questões. Assim, é que, sendo como é a prática da exploração sexual aqui tratada uma forma de coerção e violência contra crianças e adolescentes, que se traduz no trabalho forçado e em condições de trabalho degradantes, destaco a definição divulgada pelo Congresso Mundial contra a Exploração Sexual Comercial de Crianças, realizada em Estocolmo, em 1996, que definiu Exploração Sexual como:

Abuso sexual por adultos e a remuneração em dinheiro ou em espécie à criança ou uma terceira pessoa ou pessoas. A criança é

tratada como um objeto sexual e como um objeto comercial.

A questão também ganhou alcance internacional, merecendo a devida atenção de organizações como OIT e Unicef, as quais envidam esforços consideráveis na busca incessante de eliminação dessas formas de trabalho e exploração infantil, principalmente, nos países pobres e em desenvolvimento — incluindo-se o Brasil, cujas regiões pobres e de baixa renda transformam as crianças em mercadorias nas mãos de aliciadores, fazendo as mesmas se utilizarem de drogas e outros produtos para que fiquem à mercê daqueles que as procuram em busca de satisfação sexual.

De igual modo, destaco passagem da obra de Xisto Tiago de Medeiros sobre o tema, onde este exemplifica as hipóteses de incidência do dano moral coletivo, dentre as quais, selecionamos, na esfera trabalhista, as que se seguem:

[...] exploração de crianças e adolescentes no trabalho; submissão de grupos de trabalhadores a condições degradantes, a serviço forçado, em condições análogas à de escravo, ou mediante regime de servidão por dívidas; descumprimento de normas trabalhistas básicas de segurança e saúde e prática de fraudes contra grupos ou categorias de trabalhadores. MEDEIROS, Xisto Tiago de. *Dano Moral Coletivo*, São Paulo, LTr, 2004, pág. 155.

Tais aspectos teóricos, aliado à situação fática colhida nos autos, não deixa dúvidas acerca da conduta ilícita do recorrido, bem como a sua finalidade lucrativa.

Conclui-se, assim, pelos elementos dos autos, que os fatos alegados na peça de ingresso estão devidamente comprovados, tanto pelos depoimentos colhidos no inquérito policial, como no procedimento preparatório instaurado pelo autor, e de igual modo, pela prova oral produzida no juízo, que, em seu conjunto, conduzem à certeza de que as adolescentes eram atraídas para casa do réu para, mediante paga (bebidas, cigarros ou outros benefícios),

servirem de instrumento à produção do material pornográfico produzido pelo recorrido, e este, ao final, disponibilizava o produto na locadora de vídeos de que era proprietário.

A repressão da exploração do trabalho infantil realizado em condições desumana e degradante, longe de ser uma questão de cunho meramente privado, ostenta nítido interesse social, e a sociedade não pode nem deve ficar indiferente a uma das piores formas de violência perpetradas contra a criança e o adolescente, traduzindo-se, por isto, numa grave questão social e humana, que afeta o interesse de toda a coletividade, gerando um dano de alcance igualmente coletivo, cuja repressão tem bases constitucionais (art. 5º, V e X), e isto por também se embasar na proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

Destaco, ainda, que a Convenção da OIT — Organização Internacional do Trabalho, n. 182, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 3.597/2000, em seu art. 3º, alínea “b”, é taxativa a respeito:

Art. 3º Para os fins desta Convenção, a expressão as piores formas de trabalho infantil compreende:

A – *omissis*

B – utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de material pornográfico ou espetáculos pornográficos;

No caso dos autos, a conduta do recorrido não só lesionou os princípios inerentes à dignidade da pessoa humana, como também os diversos valores sociais, a exemplo da vida familiar, a vida comunitária e a sociedade como um todo.

Nesse contexto, entendo que o autor se desvencilhou do seu encargo probatório de demonstrar, para a indenização pretendida, os requisitos que lhes são indispensáveis: a lesividade a determinado conjunto de bens e valores transindividuais de conteúdo moral, o nexo de causalidade e a culpa do ofensor.

Ainda que diante de tais parâmetros, permaneça espinhosa ao julgador a missão de

quantificação do dano moral coletivo, valho-me também de orientações doutrinárias, a exemplo das lições de Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, que diz:

Havendo dano a interesse público ou difuso, perfeitamente possível a imposição de reparação civil com caráter marcadamente sancionatório sob a forma de dano punitivo. Contudo, a imposição de indenização com caráter de sanção deve ser cercada de cuidados para não exorbitar sua finalidade repressiva e dissuasiva. [...] A sua aplicação comedida e prudente levaria a uma maior esfera de proteção ao interesse público e aos novos conceitos de interesse difuso e coletivo. A reparação, nesses casos, deve ser feita por arbitramento judicial, a exemplo do que ocorre no dano moral tradicional. CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Responsabilidade por dano não patrimonial a interesse difuso (dano moral coletivo). In: Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, *Revista da EMERJ*, v. 3, n. 9, p. 21-42, 2000.

Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 263), embora tenha assumido uma posição restritiva no que diz respeito à natureza punitiva da reparação do dano moral individual, admite a função sancionatória em sua vertente pedagógica quando a ação versar sobre casos em que se faça imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social. Por exemplo, quando se tratar de conduta particularmente ultrajante ou insultuosa em relação à consciência coletiva, ou, ainda, se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada. A autora, enfaticamente, reconhece:

Um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a *ratio* será a função preventivo-precautória que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação

às dimensões do universo a ser protegido. Nesse casos, porém, o instituto não pode se equiparar ao dano punitivo como hoje é conhecido, porque o valor a maior da indenização a ser pago “punitivamente”, não deverá ser destinado ao autor da ação, mas, coerentemente com o nosso sistema [...], servirá a beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito em fundos [...]. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Nesse passo, levando-se em consideração a gravidade dos fatos praticados pelos réus, a idade dos explorados, a modalidade da exploração, e o indubitável abalo moral e à honra das menores exploradas, determino que o acionado Messias Rodrigues Alves se abstenha de realizar qualquer atividade relativa à promoção e ao aliciamento de exploração sexual de crianças e adolescentes, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por criança ou adolescente submetida a essa prática, valor reversível ao Fundo Municipal da Infância e da Juventude de Pombal/PB ou, na sua inexistência, em bens ou serviços em benefício da coletividade lesionada, bem como fixo a indenização por danos morais, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em desfavor do recorrido, a ser paga em favor do Fundo Municipal da Infância e da Juventude de Pombal/PB ou, na sua inexistência, em bens ou serviços em benefício da coletividade lesionada.

Isto posto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para condenar o réu Messias Rodrigues Alves a se abster de realizar qualquer atividade relativa à promoção e ao aliciamento de exploração sexual de crianças e adolescentes, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por criança ou adolescente submetida a essa prática, valor reversível ao Fundo Municipal da Infância e da Juventude de Pombal/PB ou, na sua inexistência, em bens ou serviços em benefício da coletividade

lesionada, bem como fixar a indenização por danos morais, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em desfavor do recorrido, a ser paga em favor do Fundo Municipal da Infância e da Juventude de Pombal/PB ou, na sua inexistência, em bens ou serviços em benefício da coletividade lesionada. Custas de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), calculadas sobre o valor da condenação.

ACORDA o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, por unanimidade, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para condenar o réu Messias Rodrigues Alves a se abster de realizar qualquer atividade relativa à promoção e ao aliciamento de exploração sexual de crianças e adolescentes, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais)

por criança ou adolescente submetida a essa prática, valor reversível ao Fundo Municipal da Infância e da Juventude de Pombal/PB ou, na sua inexistência, em bens ou serviços em benefício da coletividade lesionada, bem como fixar a indenização por danos morais, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em desfavor do recorrido, a ser paga em favor do Fundo Municipal da Infância e da Juventude de Pombal/PB ou, na sua inexistência, em bens ou serviços em benefício da coletividade lesionada. Custas de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), calculadas sobre o valor da condenação. (datado e assinado eletronicamente)

PAULO MAIA FILHO

Desembargador relator

Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região

Processo TRT: RORORA-0000357-02.2012.5.22.0105

Virtual: 2817/2013

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 arregimentação 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 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 as 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 CONDENÇÃO 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 praticam 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 511961/SP – Relator 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.

Foram indicados pelo autor.

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, 8ª 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 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 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 mascara 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.

Inferir-se, então, que no exercício da atividade de fiscalizar, cabe à Administração exigir, dentre 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 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 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 arrematados 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 just trabalhista 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 cardinal 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 demonstram o depoimento das testemunhas do autor (*seq.* 102), a configurar não só a *culpa estrito 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

Sentenças

65ª Vara do Trabalho de São Paulo – SP

Processo: 0000517-08.2012.5.02.0065

Recurso Ordinário

Recorrentes: General Motors Do Brasil Ltda.

União

Recorridos: Os mesmos

- **PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. QUOTA. VISÃO MONOCULAR.** A alegação da autora quanto à dificuldade para contratar o número necessário de empregados com deficiência, não tem o condão de afastar a multa aplicada pelo descumprimento da lei, tendo em vista que se trata de dificuldade superável, seja porque há inúmeras empresas que já cumpriram o comando legal, seja porque a documentação acostada enumera entidades que promovem a capacitação de trabalhadores com deficiência a que sequer a empresa demonstrou ter-se conveniado. Diante do novo conceito de pessoa com deficiência constitucionalmente adotado pelo Brasil, bem como em face do entendimento pacífico da jurisprudência nos Tribunais Superiores, a pessoa com visão monocular tem direito ao tratamento legal aplicado à pessoa com deficiência, nos termos do art. 3º c/c art. 4º, do Decreto n. 3.298/99.

Inconformada com os termos da r. sentença de fls. 139/142, que julgou Procedente em parte a ação anulatória, recorre ordinariamente a autora com as razões de fls. 144/187, em que aduz ocorrência de cerceamento de defesa em face de indeferimento de produção de prova oral, refere confissão por ausência de contestação específica, alega incompetência do Ministério do Trabalho e Emprego e insurge-se quanto ao desfecho do pedido de anulação de auto de infração com pretensão de ordem judicial a impelir a União a se abster de lavrar novos atos de infração com a mesma capitulação. Tempestividade observada. Preparo providenciado (fls. 188/191). Contrarrazões apresentadas às fls. 194/226.

A União recorre de forma ordinária com as razões de fls. 227/250 em que se insurge quanto à determinação de revisão do valor aplicado à

multa administrativa. Contrarrazões apresentadas às fls. 252/260. O parecer do Ministério Público do Trabalho está às fls. 261/283.

É o relatório.

VOTO

Apesar de a r. sentença não ter determinado o reexame necessário, considerando-se que consta no polo passivo a União e foi dado parcial provimento à ação anulatória e que o valor da condenação é arbitrado, e não líquido, há recurso “*ex officio*”, sendo conhecido, nos termos do art. 475, do CPC.

Retifique-se a autuação para fazer constar o recurso “*ex officio*”.

CONHECIMENTO

Conhece-se do recurso da empresa autuada e do “*ex officio*”, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Não se conhece do recurso da União, porque não impugna os fundamentos da sentença. A ofensa ao princípio da dialeticidade ocorre quando as razões recursais não enfrentam os fundamentos da decisão recorrida nos termos da Súmula n. 422, do C. TST e inciso II, do art. 514, do CPC.

No caso concreto, a União não enfrenta a sentença no ponto em que houve a sucumbência, qual seja, a determinação de revisão da multa em razão do não cômputo dos empregados com visão monocular contratados pela empresa, isto porque se limita a repetir em razões de recurso suas alegações defensivas.

Destarte, não se conhece.

Passa-se à análise do recurso da autora ante a questão preliminar suscitada.

CERCEAMENTO DE DEFESA

A autora refere que pretendia a produção de prova oral objetivando demonstrar dificuldade na contratação de pessoas com deficiência. Alude que o MM. Juízo de origem sequer se manifestou acerca do pretendido, caracterizando, dessa forma, cerceamento de defesa. Postula a decretação da nulidade processual e, em decorrência, o retorno dos autos à origem para a produção da aludida prova.

Os documentos juntados no volume apartado, demonstram que a autora envidou esforços para a contratação de pessoas com deficiência e reabilitadas (doc. 300, do volume apartado).

Ante o teor da prova documental, considera-se desnecessária a produção da prova oral requerida. Assim, não há se falar em cerceamento de defesa, nem sequer em retorno dos autos à origem para a produção de prova oral.

Rejeita-se, pois, a preliminar de cerceamento de defesa.

CONFISSÃO

A recorrente refere confissão por ausência de contestação específica por parte da União.

Rejeita-se a alegação, porquanto a União apresentou defesa específica quanto às matérias

deduzidas. Acresça-se que os direitos tutelados e defendidos pela ré são indisponíveis.

Rejeita-se.

COMPETÊNCIA DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO — MTE

Alega a recorrente que o agente de fiscalização não está imbuído de competência quanto à autuação e imposição de multa administrativa, porquanto se trata de norma disposta em legislação previdenciária.

O agente de fiscalização está investido do poder de polícia e tem o dever jurídico de fiscalização e autuação, consoante estabelecido nos artigos 626 e seguintes da CLT.

Rejeita-se.

AUTO DE INFRAÇÃO

A autora ajuizou ação anulatória objetivando o cancelamento do auto de infração n. 019781784 decorrente da falta de preenchimento de cargos com pessoas com deficiência, nos termos do art. 93, da Lei n. 8.213/91. Afirma que se esforça em atingir a quota de empregabilidade estabelecida. Alude dificuldade em contratar pessoas com deficiência que possuam qualificação para laborar na empresa.

O art. 93, da Lei 8.213/91, estabelece que:

“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%”

A lavratura do auto de infração é obrigatória em toda verificação em que o Auditor-Fiscal do Trabalho concluir pela existência de violação de preceito legal, conforme dispõe o art. 628, da CLT. A exceção a tal regra seria a dupla visita prevista no art. 627, da CLT, mas no caso concreto não restou caracterizada a hipótese de sua incidência.

O aludido auto de infração n. 019781784, doc. 57, do volume em apartado, demonstra que o Auditor-Fiscal do Trabalho motivou a autuação com menção aos pressupostos de fato e de direito, ao referir que *“a empresa, embora diversas vezes notificada, não comprovou em 9.11.2010, possuir ou ter contratado pessoas com deficiência conforme Decreto n. 5.296/04, em número suficiente para cumprir sua cota fixada na Lei n. 8.213/91. Número de pessoas que comprovou possuir: 825. Número de pessoas que faltam ser admitidas: 267 (...)”*.

O Auditor-Fiscal do Trabalho goza, no exercício da função, de presunção de legitimidade de seus atos, o que só poderá ser elidido mediante prova robusta, cabendo à autora o ônus de demonstrar que o ato praticado pelo agente público padece de irregularidade, o que não restou demonstrado.

O arcabouço normativo que visa estabelecer mecanismos que assegurem às pessoas com deficiência a inserção no mercado de trabalho está consignado na Constituição Federal, em Tratados e Convenções Internacionais ratificadas pelo Congresso Nacional e, portanto, com densidade normativa constitucional, e em diversas normas legais e infralegais.

O objetivo de tais normas é promover a equidade entre as pessoas, por meio de ações de inclusão social e de tratamento diferenciado, com a finalidade última de se conferir concreção ao princípio da igualdade substancial sufragada no art. 5º, da Constituição Federal de 1988.

Cuida-se de feixe normativo cujo conteúdo axiológico, superando o viés assistencialista, busca o implemento de políticas públicas que garantam ao indivíduo com deficiência o pleno exercício da cidadania como forma de conferir proteção à sua dignidade.

E, para tanto, a empresa é chamada a cumprir a sua função social, constitucionalmente prevista, e agir como agente transformador da sociedade, o que só é alcançado quando alia seus interesses econômicos com os princípios

preconizados pela Constituição Federal relacionados com a solidariedade, a justiça social, o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana.

A alegação da autora quanto à dificuldade para contratar o número necessário de empregados com deficiência, não tem o condão de afastar a multa aplicada pelo descumprimento da lei, tendo em vista que se trata de dificuldade superável, seja porque há inúmeras empresas que já cumpriram o comando legal, seja porque a documentação acostada enumera entidades que promovem a capacitação de trabalhadores com deficiência a que sequer a empresa demonstrou ter-se conveniado.

Acresça-se que a legislação já é antiga e guarda consonância com tratados internacionais de relevância constitucional assegurada.

Conclui-se, pois, que a autora não cumpriu o disposto no art. 93, da Lei n. 8.213/91, com preenchimento de 5% de seus cargos com pessoas com deficiência. E mais. Não se vislumbra qualquer irregularidade no procedimento de autuação efetuado pelo Auditor-Fiscal do Trabalho.

Diante do exposto, prevalece o decreto de improcedência aos pedidos declinados na presente ação anulatória referente ao auto de infração n. 019781784.

Mantém-se.

FUTURAS AUTUAÇÕES

Pretende a recorrente que a União se abstenha de lavrar novos autos de infração com a mesma capitulação.

Não assiste razão à empresa quando objetiva que sejam proibidas autuações futuras, em virtude da presente ação. Isto porque, sempre que evidenciada a existência de infração, cabe ao agente fiscalizador proceder à necessária autuação, cumprindo obrigação funcional prevista em lei. Não cabe ao Poder Judiciário interferir no desempenho de atividade funcional expressamente prevista em lei.

Mantém-se.

RECURSO EX OFFICIO

REVISÃO DA MULTA — EMPREGADOS PORTADORES DE VISÃO MONOCULAR

A sentença deu parcial provimento à ação anulatória movida pela autora para determinar a revisão da multa administrativa, sob o fundamento de que os empregados com visão monocular incluem-se no conceito legal de pessoas com deficiência, o que não foi considerado pelo agente administrativo quando da lavratura do auto de infração.

A autora colacionou fichas de empregados contratados com visão monocular (docs. 63/183, do volume em apartado), o que não foi considerado quando da lavratura do auto de infração sob o fundamento de não atenderem ao quanto estabelecido no art. 4º, do Decreto n. 3.298/1999, conforme se constata dos documentos 3 e 5, do volume em apartado.

O art. 1º, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências, ratificada pelo Brasil, e que possui densidade normativa constitucional, refere:

“Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.”

Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, em artigo publicado na *Revista do Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região*, n. 10/2012, “O Novo Conceito Constitucional de Pessoa com Deficiência: um Ato de Coragem”, refere que 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 e ressalta o fator político para que se reconheça a necessidade de superarem-se as barreiras sociais, políticas, tecnológicas e culturais (*in* Revista do TRT da 2ª Região, São Paulo, n. 10/2012, p. 37-77).

A pessoa com visão monocular tem dificuldade em avaliar profundidade e distância, a configurar limitação ao exercício de atividades cotidianas e profissionais, o que cria situação que gera barreiras físicas e psicológicas na disputa de oportunidades.

É esse o entendimento perfilhado pela Ministra Cármen Lúcia no voto convergente proferido no processo n. STF-ROMS-26.071-1/DE, cujo relator foi o Ministro Carlos Ayres de Britto, cuja ementa ora se transcreve:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. AMBLIOPIA. RESERVA DE VAGA. INCISO VIII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. § 2º DO ART. 5º DA LEI N. 8.112/90. LEI N. 7.853/89. DECRETOS NS. 3.298/99 E 5.296/2004.

1. O candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o — melhor —.

2. A visão univalente — comprometedora das noções de profundidade e distância — implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos.

3. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988.

4. Recurso ordinário provido.” (Processo n. STF-RMS-26.071-1-Distrito Federal, relator Ministro Carlos Britto, acórdão publicado no DJU de 1º.2.2008.)

Nesta esteira é a jurisprudência da Justiça do Trabalho:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA SERVIDOR. PORTADOR DE VISÃO MONOCULAR. ENQUADRAMENTO COMO DEFICIENTE COM FINS DE NOMEAÇÃO PARA VAGA DESTINADA AOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS.

O art. 4º do Decreto n. 3.298/99, que enumera as deficiências hábeis a autorizar que o candidato em concurso público concorra às vagas reservadas aos portadores de necessidades especiais, nos termos dos arts. 37, VIII, da CF e 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/90, não permite concluir, em sua literalidade, que o indivíduo portador de visão monocular pode ser reputado deficiente para fins de receber o referido tratamento diferenciado. Contudo, o rol de deficiências previsto no dispositivo regulamentar em foco não é exaustivo, demandando leitura à luz do conceito de deficiência oferecido pelo art. 1º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, norma trazida para a ordem jurídica interna com status de Emenda Constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da CF. Nesse contexto, considerando que a visão monocular de que é portador o impetrante foge do padrão de normalidade física, trazendo-lhe limitações sensoriais que impedem a sua convivência em pé de igualdade com as demais pessoas, impõe-se reconhecer a sua condição de deficiente físico, tendo direito líquido e certo à reserva de vagas prevista nos arts. 37, VIII, da CF e 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/90. Nesse sentido é o entendimento consolidado na Súmula n. 377 do Superior Tribunal de Justiça e adotado em precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Superior do Trabalho. Recurso ordinário conhecido e provido. (RO-3002700-67.2010.5.02.0000, Órgão Especial, relª. Minª. Dora Maria da Costa, DeJT – 11.5.2012.)

Nesse sentido também são a Súmula n. 377, do Superior Tribunal de Justiça e a Súmula n. 45, da Advocacia-Geral da União.

Acresça-se que a partir de setembro de 2011, o Ministério do Trabalho e Emprego passou a considerar como pessoas com deficiência, para fins de preenchimento da cota prevista no art. 93 da Lei n. 8.213/91, os portadores de visão monocular (doc. 185, do volume em apartado).

Por fim, em trâmite perante o Congresso Nacional o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Projeto de Lei nn. 7.699/2006, que estabelece a visão monocular como deficiência visual. São os seguintes os termos da proposta legislativa:

“Art. 2º Considera-se deficiência toda restrição física, intelectual ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária e/ou atividades remuneradas, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social, enquadrada em uma das seguintes categorias: I deficiência física (...); II deficiência auditiva (...); III deficiência visual: visão monocular (...).”

Diante do novo conceito de pessoa com deficiência constitucionalmente adotado pelo Brasil, bem como em face do entendimento pacífico da jurisprudência nos Tribunais Superiores, a pessoa com visão monocular tem direito ao tratamento legal aplicado à pessoa com deficiência, nos termos do art. 3º c/c art. 4º, do Decreto n. 3.298/99.

O prestígio que se confere ao núcleo normativo assegurado pelas referidas normas é o de proporcionar ao indivíduo com restrição física ou sensorial, como é a hipótese, o pleno exercício de seus direitos minimizando desigualdades em respeito ao princípio da igualdade substancial constitucionalmente previsto.

Nesta medida, os empregados da empresa autuada e com visão monocular deveriam ter sido considerados como pessoas com deficiência para o atingimento da quota prevista em lei.

Correta a sentença que deu parcial provimento apenas para determinar a revisão da multa administrativa aplicada.

Mantém-se.

ANTE O EXPOSTO, ACORDAM os Magistrados integrantes da 17ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: NÃO CONHECER do recurso da União, CONHECER do recurso da autora e do recurso “*ex officio*”, rejeitar a preliminar arguida e, no mérito, NEGAR-LHES PROVIMENTO. Retifique-se a autuação para fazer constar o recurso “*ex officio*”.

Alvaro Alves Nôga

Relator

3ª Vara do Trabalho de Guarujá – SP

Processo: 0001436-30.2010.5.02.0303

Rito Ordinário

Autor: Isaquiel Xavier

Réu: Terminal de Granéis do Guarujá S/A – TGG

Aos 6 de março de 2014, às 09 h, na sala de audiência desta Vara, sob a presidência do Juiz do Trabalho Substituto, Marcelo Azevedo Chamone, apregoadas as partes, submetido o processo a julgamento, foi proferida a seguinte sentença.

RELATÓRIO

O autor postula os títulos elencados na inicial de fls. 03-18, instruídos com os documentos de fls. 21-112 e 147-182, e atribuindo à causa o valor de R\$ 22.000,00. Rejeitada a conciliação inicial, a reclamada apresentou contestação com 168 documentos (dois volumes de apartados), arguindo preliminar de inépcia da inicial, e no mérito, a improcedência da ação. Colhidos depoimentos das partes e de uma testemunha (fls. 118 e verso). Razões finais apresentadas. Proferida sentença de improcedência (fls. 294-295v., complementada às fls. 298), anulada pelo acórdão de fls. 440-441v., da 10ª Turma, deste E. Tribunal. Laudo técnico às fls. 466-471. Conciliação final rejeitada. Relatados, decido.

FUNDAMENTAÇÃO

1. Inépcia da inicial

Deixo de pronunciar a inépcia da petição inicial por considerar suficiente a narração dos fatos de que resulta o litígio, na forma do art. 840, da CLT, que difere do art. 282, do CPC quanto aos rigores de pedidos e causas de pedir, não se detectando, outrossim, prejuízo

à parte contrária (cf. arts. 24, § 1º, do CPC, e 794, da CLT).

Ademais, nota-se que a alegada falta de indicação dos dias em que o autor lhe teria prestado serviços é satisfatoriamente suprida pela documentação trazida pela própria ré (documentos ns. 84-165, do segundo volume de apartados).

MÉRITO

2. Danos extrapatrimoniais

Argumenta, o autor, fazer jus à reparação por danos morais, decorrentes de submissão a tratamento degradante, reduzido à condição análoga à de escravo, que avalia em R\$ 180.000,00.

O reclamante alega que, requisitado para trabalhar em equipamento da reclamada, como trabalhador avulso, foi confinado, durante todo o turno, dentro de um vestiário destinado ao uso pelos avulsos, ocioso. Afirmo que ficava em cárcere privado, pois não poderia se ausentar, exceto por 15' para se alimentar, sob ameaça de ser lavrado Termo de Ocorrência Portuária por agente de fiscalização do OGMO caso haja abandono do local de trabalho, ou seja, excedido o intervalo intrajornada.

O dano moral é a violação objetiva a direito da personalidade — constatada através da prática de ato ilícito ou abuso de direito —, estando desvinculado do aspecto psíquico da vítima, de modo que a “dor, vexame, sofrimento e humilhação” são apenas reflexos da lesão sofrida,

que podem ou não ocorrer, e não a lesão em si (cf. Cavalieri F^o., *Programa de responsabilidade civil*, p. 100-104; Maria Celina Bodin, *Danos à pessoa humana*, p. 131); o aspecto psíquico da vítima é irrelevante, sendo possível que a pessoa sofra dano extrapatrimonial (moral) ainda que não tenha consciência do ato lesivo, de modo que o fato de a vítima ter sofrido uma humilhação que foge à normalidade, ou ter o seu “equilíbrio psicológico rompido” em nada influi na constatação do dano. “*De fato, não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano extrapatrimonial em sentido estrito.*” (Maria Celina Bodin, *Danos à pessoa humana*, p. 188-189.)

Nem todo dano é indenizável; há que reunir certos requisitos: *alienidade* (ou *alteridade*), *certeza*, e *mínimo de gravidade* (Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, p. 384-387).

Assim, exige-se que o dano sofrido apresente um mínimo de gravidade, de modo que o prejuízo insignificante não caracteriza descumprimento de dever por parte do agente. “*A gravidade do dano há de medir-se por um padrão objetivo (conquanto a apreciação deva ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso), e não à luz de fatores subjetivos (de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada). Por outro lado, a gravidade apreciar-se-á em função da tutela do direito: o dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado.*” (Antunes Varela *apud* Cavalieri F^o., *Programa de responsabilidade civil*, p. 102-103.)

Destarte, da análise do conjunto probatório, verifica-se que não há refeitório em distância que permita o deslocamento no reduzido horário permitido, de modo que as refeições dos

trabalhadores são feitas no próprio vestiário (cf. fls. 80), para que não lhes seja imposta punição.

Assim, a rigor, não há que se falar em cárcere privado (art. 148, do Código Penal), pois os trabalhadores não estavam impedidos de deixar as dependências da tomadora de serviços — *perfeitamente admissível, por questões de segurança, a restrição de deslocamento dentro da área do cais* —, mas optavam não o fazer para evitar sanções disciplinares, e muito menos em redução à condição análoga de escravo — querer equiparar a realidade vivida pelo reclamante ao tipo penal previsto no art. 149, do CP, é querer banalizar esta figura hedionda.

Remanesce, contudo, avaliar a licitude da escalação de trabalhadores portuários avulsos para mantê-los em situação de ócio, isto é, se há violação a direito da personalidade.

Juridicamente, a dignidade do homem conceitua-se como “o conjunto (o todo) das únicas qualidades que o distinguem do reino animal e vegetal, as quais asseguram a ele um lugar excepcional no universo”⁽¹⁾, tese que tem como base a filosofia kantiana, que coloca o homem como ser racional existente como fim em si: “enquanto os seres desprovidos de razão têm um valor relativo e condicionado (o de meios), eis por que se lhes chamam coisas; ao contrário, os seres racionais são chamados de pessoas, porque sua natureza já os designa como fim em si, ou seja, como algo que não pode ser empregado simplesmente como meio e consequentemente limita na mesma proporção o nosso arbítrio, por ser um objeto de respeito. E assim se revela como um valor absoluto, porque a natureza racional existe como fim em si mesma.”⁽²⁾

Evidente, portanto, ante os elementos incontroversos nos autos, que a demandada,

(1) Krystian Complak. Cinco teses sobre a dignidade da pessoa humana como conceito jurídico. *Revista da ESMESC*, v. 15, n. 21, p. 109, 2008.

(2) Krystian Complak, Cinco teses sobre a dignidade da pessoa humana como conceito jurídico. *Revista da ESMESC*, v. 15, n. 21, p. 109, 2008.

ao requisitar trabalhadores com a exclusiva finalidade de esquivar-se de punição pelo descumprimento de decisão judicial que determinou a utilização de trabalhadores portuários avulsos ligados ao OGMO (Processo n. 0055700.70.2007.5.02.0442⁽³⁾, em execução provisória⁽⁴⁾, com Recurso Ordinário da reclamada não conhecido, Recurso de Revista negado seguimento, e Agravo de Instrumento pendente de julgamento no TST, cf. consulta realizada nesta data), sem se utilizar efetivamente de sua mão de obra – ou, em outros termos, ‘fazendo de conta’ que cumpria a ordem judicial –, revela a utilização do ser humano como mero objetivo de mercado, e nem sequer é possível compreender a lógica econômica da opção da ré de remunerar trabalhadores e mantê-los no ócio forçado (sob ameaça de sanção disciplinar) ao invés de lhes propiciar a formação profissional que lhes faltava, fato incontroverso nos autos.

Restou violado, portanto, preceito constitucional fundamental (art. 1º, III, da CF),

(3) “Analisando a ação cominatória proposta por SINDOGEESP — Sindicato dos Operadores em Aparelhos Guindastescos, Empilhadeiras, Máquinas e Equipamentos Transportadores de Carga dos Portos e Terminais Marítimos e Fluviais do Estado de São Paulo em face da empresa Terminal de Granéis do Guarujá S/A. — TGG, Órgão de Gestão de Mão de Obra do Trabalho Portuário do Porto Organizado de Santos — OGMO/Santos e Companhia Docas do Estado de São Paulo S/A — CODESP, a 2ª Vara do Trabalho de Santos julga IMPROCEDENTES todos os pedidos formulados em face do segundo e terceira ré, OGMO e CODESP respectivamente, e PROCEDENTES EM PARTE os pedidos autorais formulados em face da primeira ré, TGG, para condená-la ao seguinte: 1) abster-se de realizar as operações portuárias, no respeitante à atividade de movimentação de mercadorias com guindastes, empilhadeiras, máquinas e equipamentos transportadores de carga, com utilização de trabalhadores avulsos ou empregados não registrados ou cadastrados no OGMO, sob multa diária equivalente a 1/30 do montante mensal (a) dos salários propriamente ditos, inclusive salários variáveis, (b) das horas extras e sua repercussão nos DSRs e feriados, tudo com reflexos no duodécimo de 13º salário e férias mais 1/3 e (c) do FGTS quitados aos 152 ditos atuais empregados de capatazia da 1ª ré admitidos ilicitamente fora do sistema; (...).”

(4) “Desta forma e por consentâneo ao julgado, HOMOLOGO a MULTA no importe de R\$ 3.740.109,33 (em 1º.2.2009), pela reclamada devidamente atualizadas.”

impondo-se o dever de compensar a lesão havida.

A compensação pela lesão sofrida (porque irreparável o direito da personalidade lesionado), visando a atenuar, de maneira indireta, os seus efeitos, “*deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano*” (Cavaliere F.º, *Programa de responsabilidade civil*, p. 115). O Código Civil vigente, incluindo no conceito de ato ilícito o dano “*ainda que exclusivamente moral*” (art. 186), para que não sobre dúvidas sobre a sua reparabilidade, não cogita de sua limitação nem recomenda que o ressarcimento seja moderado (art. 927).

A legislação de responsabilidade civil tem como objetivos, segundo lição de Guido Calabresi (*The cost of accidents*), a justiça (“*restrição sobre o que pode ser feito para se alcançar a redução de custos*”, p. 24, nota 1) e a *redução de custos dos acidentes (passim)*, esta divisível em três subobjetivos: redução do próprio número e gravidade dos infortúnios, consistente na proibição, regulamentação ou incentivo de certas atividades, encarecendo as indesejadas para torná-las menos atrativas, e subsidiando as desejadas, através dos métodos de dissuasão geral (de mercado), ou de dissuasão específica (coletiva) (p. 26); diminuição dos custos sociais deles resultantes, na compensação da vítima, através da reabilitação, inclusive ocupacional (com o fornecimento de tratamento médico adequado, albergado o reajustamento psicológico), subsistência (proporcionando as necessidades vitais para aqueles a quem os acidentes deixaram incapazes de prover a si mesmos) e manutenção (garantia de um nível de remuneração básico acima da pura subsistência para tais indivíduos) (p. 42-43); e diminuição dos custos de tratamento administrativo, com a finalidade de atingir a minoração dos custos antecedentes, implicando na avaliação da correlação entre a economia obtida com a redução de custos proposta e o seu próprio custo (p. 28).

Assim, a valoração do montante pecuniário deve sopesar a gravidade objetiva do dano (avaliação da “extensão e profundidade da lesão, tomando em conta os meios empregados na ofensa, as sequelas deixadas”, Dalazen, Aspectos do dano moral trabalhista, *in*: *Revista do TST*, v. 65, n. 1, p. 79). A isso há de se acrescentar se do injusto adveio algum lucro para o ofensor e os aspectos objetivos deste, tais como antecedentes, índole, e bem como o seu maior ou menor poder econômico, de modo que o valor da condenação venha a representar um real desestímulo a futuras ofensas; — a condição econômica ou nível social da vítima são completamente irrelevantes (cf. Maria Celina Bodin, *Dano à pessoa humana*, p. 190).

Destarte, fixo o valor da condenação em R\$ 40.000,00, que reputo adequado ao atingimento dos objetivos supramencionados.

3. Gratuidade

Defiro a gratuidade de justiça, porque atendidas as exigências legais, conforme interpretação dada por este Egrégio Tribunal ao art. 790, § 3º, da CLT, em sua Súmula n. 5.

4. Dos descontos fiscais

Não há condenação em parcelas de natureza salarial, de modo que não há incidência das regras relacionadas à contribuição previdenciária e imposto de renda.

5. Expedição de ofícios

Determino a expedição de ofícios ao MPT e MTE, instruídos com cópia integral destes autos, independente do trânsito em julgado.

6. Honorários advocatícios

Devidos honorários advocatícios, nos termos do art. 16, da Lei n. 5.584, de 26.6.1970, ora arbitrados em 15% sobre o valor da condenação (art. 11, § 1º, da Lei n. 1060, de 05.02.1950), em favor da entidade sindical assistente.

7. Honorários periciais

Arbitro os honorários periciais em R\$ 1.000,00; concedidos ao autor os benefícios da gratuidade

da justiça, serão observados, no que couber, os termos da Resolução n. 66/2010, do CSJT (cf. OJ n. 387, da SDI-1, do TST).

DISPOSITIVO

Posto isso, rejeitada a preliminar suscitada, julgo *procedente em parte* a ação ajuizada por Isaquiel Xavier em face de Terminal de Granéis do Guarujá S/A. — TGG, condenando a reclamada a pagar, em favor do autor, na forma do art. 880, da CLT, o quanto restar apurado em liquidação, observados os limites traçados na fundamentação, a título de:

— compensação por danos morais, arbitrada em R\$ 40.000,00.

Correção monetária (Súmula n. 381, do TST), pelo IPCA (STF, Pleno, ADI n. 4357, rel. para o acórdão min. Luiz Fux, j. 14.3.2013; STJ, 1ª Seção, REsp n. 1270439, rel. min. Castro Meira, j. 26.3.2013; art. 27, da Lei n. 12.919, de 24.12.2013), observados os termos das Súmulas ns. 43 e 362, do STJ (correção monetária) e art. 398, do CC e Súmula n. 54, do STJ (juros de mora).

Expeça-se ofícios ao MPT e MTE, instruídos com cópia integral destes autos, independente do trânsito em julgado, para a adoção das medidas que entenderem cabíveis.

Concede-se ao reclamante os benefícios da justiça gratuita, nos termos da fundamentação.

Honorários periciais, arbitrados em R\$ 1.000,00, na forma da Resolução n. 66/2010, do CSJT.

Honorários advocatícios em 15% do valor da condenação.

Custas a cargo da reclamada, calculadas sobre o valor da condenação, ora arbitrado em R\$ 40.000,00, no importe de R\$ 800,00.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se as partes.

Marcelo Azevedo Chamone

Juiz do Trabalho Substituto

Única Vara do Trabalho de Limoeiro do Norte – CE

Processo: 0129000-52.2009.5.07.0023

RITO ORDINÁRIO

Requerente: Maria Gerlene Silva dos Santos

Requerida: Del Monte Fresh Produce Brasil Ltda.

1. RELATÓRIO

Maria Gerlene Silva dos Santos ajuizou reclamação trabalhista em desfavor de Del Monte Fresh Produce Brasil Ltda. requerendo a concessão do benefício da justiça gratuita e alegando, em síntese, que seu companheiro falecido, Sr. Vanderlei Matos da Silva foi admitido pela reclamada em 8.4.2005, na função de auxiliar de almoxarifado, consistindo o serviço especificamente no preparo da solução de agrotóxicos utilizados para serem borrifados sobre a lavoura de fruticultura da empresa, sendo que, a partir de julho de 2008, o obreiro passou a sentir fortes dores de cabeça, febre, falta de apetite, olhos amarelados e inchaço no abdômen. Afirma, ainda, que, em agosto deste mesmo ano, os sintomas se agravaram e o empregado foi obrigado a se afastar da atividade laboral, vindo a falecer em 30.11.2008, três meses após o agravamento de suas condições de saúde, com o diagnóstico de Insuficiência Renal e Hepática Aguda, bem como Hemorragia Digestiva Alta. Aduz que a empresa realizava exames de saúde semestrais nos seus empregados, porém os resultados não eram disponibilizados aos interessados. Alega, ainda, que a empresa reclamada não contabilizava, no cálculo da jornada laborada, o tempo de percurso para locomoção até o local de trabalho em veículo fornecido pelo empregador, bem como não contabilizava corretamente as horas extras prestadas.

Ante o exposto, requer a condenação da reclamada ao pagamento das horas *in itinere* e extras não pagas durante o contrato e seus reflexos, auxílio-doença e indenização por danos materiais e morais, bem como o pagamento da verba honorária.

Deu à causa o valor de R\$ 358.167,78 (trezentos e cinquenta e oito mil, cento e sessenta e sete reais e setenta e oito centavos).

Procuração do patrono do reclamante às fls. 24.

Foram juntados os documentos de fls. 25/61.

Regularmente notificada, a parte reclamada se fez presente à audiência por meio de preposto, sendo recusada a primeira proposta de conciliação.

Defesa escrita do reclamado às fls. 68/106, alegando, em síntese, que, nos primeiros meses de seu trabalho, no ano de 2005, a jornada do reclamante era através de turnos de revezamento, tendo sido respeitada a legislação obreira vigente e, posteriormente, o trabalhador passou a laborar das 17 h às 01 h, de segunda a sexta, e aos sábados, das 18 h às 22 h, sempre com 1 h de intervalo, sendo que, nos últimos meses de trabalho a jornada era das 18 h às 03 h, de segunda a sexta, e aos sábados, das 18 h às 22 h, sempre com 1 h de intervalo para repouso. Alega, outrossim, que o *de cujus* não trabalhava todas as horas do dia, ficando muitas vezes esperando um chamado para transportar

material e que eventuais horas extraordinárias foram devidamente pagas. Quanto às horas *in itinere*, destaca que o percurso do obreiro falecido era inferior a 1 h, tanto na ida como na volta, e que houve celebração de Convenção Coletiva de Trabalho tratando como *in itinere* somente o percurso que ultrapassar 1 h. Aduz, outrossim, que a doença que ocasionou a morte do *de cujus* não teve nexo causal com as atividades desenvolvidas na empresa, vez que o obreiro não mantinha contato direto com os produtos químicos, transportando-os fechados e munido de todos os equipamentos de proteção individual. Além disso, alega que todos os exames periódicos realizados pela empresa não apontavam qualquer doença do obreiro e que nenhum outro empregado faleceu em decorrência do trabalho na empresa. Isto posto, requereu, dessa forma, a improcedência de todos os pedidos da inicial.

Procuração dos patronos da demandada às fls. 117 e Carta de Preposto às fls. 118.

Foram juntados os documentos de fls. 63/307.

A parte reclamante se manifestou acerca da contestação e documentos apresentados pela reclamada às fls. 312/318.

A requerimento da reclamada, este Juízo determinou que fosse fornecido o prontuário completo do *de cujus* durante o período em que ficou internado no Hospital Universitário Walter Cantídio, tendo sido fornecido pelo referido órgão os documentos de fls. 320/452.

A reclamada se manifestou acerca do prontuário médico do *de cujus* às fls. 458/461.

Foram dispensados os depoimentos pessoais. Prova testemunhal às fls. 504/505.

Opinou o Ministério Público do Trabalho, às fls. 507/516, pela existência de nexo causal entre o óbito do empregado Vanderlei Matos da Silva e o seu labor em contato com os agrotóxicos na empresa e consequentemente pela condenação da reclamada ao pagamento à reclamante de indenização pelos danos morais e materiais sofridos.

O Ministério Público do Trabalho juntou aos autos, às fls. 517/1547, o processo de Inquérito Civil, no qual foi investigada a possível responsabilidade da reclamada pelo óbito do Sr. Vanderlei Matos da Silva.

As partes se manifestaram acerca do Inquérito Civil às fls. 1564/1578 e 1583/1591.

Foram apresentados memoriais pelas partes às fls. 1607/1617 e 1620/1624.

Em sede de memoriais, o MPT reiterou os termos da manifestação de fls. 507/516 (fls. 1630).

Foi encerrada a instrução processual sem a produção de outras provas (ata de fls. 1605).

Em síntese, é o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Dos Benefícios da Justiça Gratuita

Defere-se em favor da autora os benefícios da Justiça Gratuita, posto que o pleito preenche os requisitos legais para a sua concessão, nos termos do art. 789, § 3º, da CLT, sendo certo que a declaração de miserabilidade pode ser efetuada a qualquer tempo e através de procurador na própria petição inicial, sem necessidade de poderes especiais para tal finalidade, conforme já pacificado pelo C. TST nas Orientações Jurisprudenciais de ns. 269 e 331 da SDI-1.

Ressalte-se, por oportuno, que com a edição da Lei n. 7.115/83 (art. 1º), deixou de ser obrigatória a apresentação do atestado de pobreza, bastando que o interessado, de próprio punho, ou por procurador com poderes específicos, sob as penas da lei, declare na petição inicial que não tem condições de arcar com as custas e despesas processuais sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família.

2.2. Do mérito propriamente dito:

2.2.1. Das horas extras

2.2.2. Do labor em turnos ininterruptos de revezamento

A autora pleiteia o cômputo como extras das horas laboradas que ultrapassavam o limite

de seis horas, sob o argumento de que o *de cujus* laborava em regime de turnos ininterruptos de revezamento.

A empresa demandada, por sua vez, em sua peça de defesa reconhece que nos primeiros meses do seu trabalho, no ano de 2005, o funcionário cumpria jornada através de turnos de revezamento, mas sempre observando a legislação obreira. Aduz, ainda, que o obreiro não laborava efetivamente todas as horas do dia e muitas vezes ficava ou aguardando ser chamado para transportar os produtos químicos ou conversando na portaria ou no setor de segurança.

Para a configuração da atividade em turnos ininterruptos de revezamento são necessários dois requisitos: 1) atividade ininterrupta da empresa e 2) revezamento dos trabalhadores em diversas jornadas.

No caso vertente, inexistia controvérsia quanto à configuração de turnos ininterruptos de revezamento, na medida em que a própria demandada reconhece tal circunstância, corroborada também pelo exame dos controles de ponto adunados aos autos. Entretanto, esses controles revelam que o ex-obreiro somente esteve submetido a tal espécie de jornada no período de agosto de 2005 a janeiro de 2006, ocasião em que laborava em semanas alternadas de 6 h às 15 h ou de 17 h às 1 h, consoante documentos de fls. 222/228.

Cotejando-se os controles de jornada de tal interregno com os comprovantes de pagamento de salários, verifica-se que a reclamada efetuava o pagamento da hora como extra tão somente em relação àquela excedente à 8ª diária.

Assim, configurado o cumprimento de jornada em turnos ininterruptos de revezamento pelo *de cujus* em determinados meses do período laboral e inexistindo regular negociação coletiva autorizando o labor em jornada superior a 6 h e limitada a 8 h (Súmula n. 423 do TST), faz jus a autora, nos termos do art. 7º, XIV, da CF, ao pagamento da 7ª e 8ª hora como extras, com reflexos, em face da habitualidade, em repouso

semanal remunerado, férias, 13º salário, e em FGTS, a serem apuradas no período de agosto de 2005 a janeiro de 2006, observando-se o valor da remuneração à época da rescisão (CLT, art. 59, § 3º), já integrada com o adicional de insalubridade (OJ 47, da SDI-1, TST).

2.2.3. Das horas in itinere

Pleiteia a autora o pagamento de horas extras, sob o argumento de que o *de cujus* trabalhava em local de difícil acesso, na Fazenda Ouro Verde, Comunidade do km 60, zona rural de Limoeiro do Norte/CE, não servido por transporte público e que sempre utilizava o transporte fornecido pela empresa reclamada, despendendo 2 (duas) horas para chegar ao local de trabalho e mais igual tempo para voltar para casa.

A reclamada, por seu turno, contesta a pretensão, aduzindo que o tempo despendido, tanto no percurso de ida como no de volta, é de aproximadamente 52 (cinquenta e dois) minutos na ida e 55 (cinquenta e cinco) minutos na volta, e que a Convenção Coletiva de Trabalho, no parágrafo segundo da Cláusula 15ª (transporte para trabalhadores) estipula que será devido o pagamento das horas *in itinere* apenas daquelas que ultrapassarem o limite de uma hora para cada percurso.

A interpretação histórica do pagamento das horas *in itinere* revela que tal direito foi inicialmente regulado pelo TST por meio do Enunciado de Jurisprudência (Súmula) n. 90, atualmente estabelecendo:

N. 90 HORAS “IN ITINERE”. TEMPO DE SERVIÇO (incorporadas as Súmulas ns. 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais ns. 50 e 236 da SBDI-1) – Res. n. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.4.2005

I – O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. (ex-Súmula n. 90 – RA n. 80/1978, DJ 10.11.1978)

II – A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas “*in itinere*”. (ex-OJ n. 50 da SBDI-1 – inserida em 1º.2.1995)

III – A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas “*in itinere*”. (ex-Súmula n. 324 – Res. n. 16/1993, DJ 21.12.1993)

IV – Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas “*in itinere*” remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. (ex-Súmula n. 325 – Res. n. 17/1993, DJ 21.12.1993)

V – Considerando que as horas “*in itinere*” são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo. (ex-OJ n. 236 da SBDI-1 – inserida em 20.6.2001)

O direito visava a resguardar prioritariamente os trabalhadores rurais, que se submetiam a longos deslocamentos antes e depois da jornada normal de trabalho, em prejuízo de sua vida social e familiar e sem a percepção de horas extraordinárias.

Vê-se a toda prova que o legislador preferiu, de início, estabelecer como regra geral a proibição de incluir na jornada de trabalho o tempo despendido pelo deslocamento de empregado de casa até o local de serviço. Depois fixou as hipóteses de exceção, que já estavam consagrados na Súmula de jurisprudência.

O advento do parágrafo segundo do art. 58 da CLT consagrou a universalidade do direito ao pagamento de horas *in itinere*, que já era reconhecido jurisprudencial e doutrinariamente, inclusive para trabalhadores não rurais, como interpretação do art. 4º da CLT. Eis o conteúdo do referido dispositivo legal:

“Art. 58 – A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite. (...) § 2º O tempo despendido pelo empregado até o local

de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução. (Parágrafo incluído pela Lei n. 10.243, de 19.6.2001)”

Da inteligência do verbete sumular e do referido dispositivo legal, filtram-se três fatores determinantes da concepção do tempo gasto em locomoção, pelo empregado, como tempo à disposição do empregador, quais sejam: a) transporte fornecido pelo empregador; b) local de trabalho de difícil acesso; c) local de trabalho não servido por transporte regular público. Somente se pode cogitar de horário *in itinere*, portanto, quando o trabalhador se utilize, para a multifalada locomoção, de meio de transporte fornecido pelo empregador. Os dois últimos fatores antes identificados, como deflui da literalidade do verbete transcrito, conformam-se no princípio jurisprudencial de maneira alternativa, intercalados pela conjunção “ou”, de significado inconfundível no vernáculo, concebendo-se daí que, na realidade fática, basta a presença de um deles, em somatório ao transporte fornecido pelo empregador, para que se tenha tipificada a espécie e devido o seu tempo como horário extraordinário.

No caso vertente, tem-se que a empresa reclamada incontroversamente fornecia transporte gratuito aos seus empregados até o local de trabalho e que este era localizado em região de difícil acesso e não servido por transporte público regular, em razão da reclamada não haver contestado especificamente, a teor do disposto no art. 302, do CPC, as alegativas autorais nesse sentido, limitando-se apenas a impugnar o pleito sob a ótica de aplicabilidade ao caso de dispositivo de norma convencional que restringia o pagamento das horas extras apenas às excedentes a uma hora. De mais a mais, em diversos julgados oriundos desta Vara, reconheceu-se a veracidade das argumentações dos trabalhadores de tal empresa nesse mesmo vetor.

Faz-se mister pontuar que o art. 4º do Regulamento da Lei n. 5.889, de 8.6.1973, que estatui normas regulamentadoras do trabalho rural, não excluiu nem de forma implícita, a regra do § 2º do art. 58 da Consolidação das Leis do Trabalho de aplicação ao trabalhador rural. Assim, não há a menor dúvida de que o disposto no § 2º do art. 58 da CLT, introduzido pela Lei n. 243/2001, aplica-se também ao rurícola.

A origem do citado instituto jurídico está justamente no meio rural, onde os trabalhadores eram obrigados a percorrer longas distâncias até os locais de prestação de serviços, despendendo muitas horas no trajeto de ida e volta do trabalho, passando depois a ser aplicado aos trabalhadores urbanos, firmando-se jurisprudência no sentido de computar esse horário na jornada do empregado, tanto rural quanto urbano, influenciando a produção legislativa da norma legal.

Ora, está mais do que evidente que a regulação da hora *in itinere* pelo § 2º do art. 58 da CLT, introduzido pela Lei n. 10.243/2001, não colide com a lei do trabalhador rural. O instituto, aliás, tem maior incidência na zona rural, onde, com mais frequência, se verificam locais de difícil acesso, não servidos por linha regular de transporte público. A questão do difícil acesso, por outro lado, não significa dizer que o local fosse naturalmente inacessível, mas que se erigem obstáculos à regular locomoção, impedindo o trabalhador de ter acesso ao local de trabalho em condições normais.

Doutra face, ainda que se reconheça que a empresa reclamada tenha agido com boa-fé, ao fornecer gratuitamente o transporte para os trabalhadores, no intuito de propiciar comodidade e segurança, não há como o ente patronal se abster de cumprir o disposto na legislação aplicável, quando se constata que o local de trabalho nem é de fácil acesso nem tampouco há prova de compatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular

em parte do trecho, pois ao instalar-se em tal local e contratar empregados assumiu todos os riscos da atividade econômica, que, por sua, não podem ser repassados aos obreiros. Nesse compasso, repise-se que o intuito do legislador ao editar a norma em comento foi de resguardar prioritariamente os trabalhadores rurais, que se submetiam a longos deslocamentos antes e depois da jornada normal de trabalho, em prejuízo de sua vida social e familiar e sem a percepção de horas extraordinárias.

Assim, considerando o depoimento da testemunha José Anaildo Silva da Costa, que cumpria a mesma rota, à fl. 504v., tem-se que, no período de efetivo labor do contrato de trabalho do de cujus, o tempo médio despendido no trajeto era de uma hora e quarenta e cinco minutos tanto na ida como na volta, totalizando assim, cerca de três horas e trinta minutos a cada dia efetivamente laborado. Tempo em que o obreiro permanecia à disposição da reclamada e que, portanto, deve ser computado na jornada de trabalho, a teor do disposto no art. 58, § 2º, da CLT. Rechaça-se, por oportuno, a aplicação de parâmetro utilizado na diligência apontada na peça de defesa da demandada, por ter sido tal trajeto desenvolvido para cumprimento de jornada a se iniciar às 18 h e findar, na maioria das vezes, no início da jornada diurna, abrangendo, ainda, rota antiga (Triângulo de Limoeiro, Tabuleiro, Limoeiro, Chapada do Apodi – fl. 504v.).

No que diz respeito ao § 2º da Cláusula 15ª, das Convenções Coletivas de Trabalho da categoria profissional do(a) reclamante, tenho por não aplicável ao contrato de trabalho do(a) obreiro(a), visto que tem por finalidade impedir o cômputo das horas de trajeto.

Malgrado o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal expressamente reconheça a validade das convenções e acordos coletivos de trabalho, entende-se que **o campo de negociação coletiva não é ilimitado** e que a validade dos instrumentos coletivos está condicionada ao respeito às fontes formais do direito. Deve-se visar, pois,

à melhoria da condição social do trabalhador, além de observar as normas mínimas de proteção ao trabalho (arts. 7º, *caput*, e 114, § 2º, da Constituição da República, respectivamente). No caso, não se trata de redução da jornada de trabalho, hipótese passível de flexibilização, a teor do inciso XIII do art. 7º da Constituição Federal, e **sim de renúncia da remuneração de parte da jornada de trabalho.**

Sendo assim, a partir da edição da Lei n. 10.243/2001, deve-se aplicar estritamente o disposto no § 2º do art. 58 da CLT, **computando-se na jornada o tempo despendido pelo empregado até o local de difícil acesso ou não servido por transporte público em transporte fornecido pelo empregador.**

As normas coletivas invocadas, ao desconSIDERAREM esse período, afrontam os termos do art. 58 da CLT.

Registre-se que, até o advento da Lei n. 10.243/2001, era possível pactuação coletiva em torno das horas de percurso. Isso porque se tratava de construção jurisprudencial sem previsão expressa em lei. Assim, a partir da edição da referida lei, o período relativo às horas itinerantes passou a constituir norma mínima de proteção ao trabalhador e, como tal, somente poderá ser alvo de negociação coletiva se dela resultar norma mais benéfica, jamais para ser diminuída ou excluída, como na hipótese vertente.

Em reforço a essa compreensão, releva notar que a Lei Complementar n. 123, de 14.12.2006, tratou da possibilidade de flexibilização das horas de percurso unicamente para as micro-empresas e empresas de pequeno porte. Com efeito, a referida lei introduziu o § 3º no art. 58 da CLT, permitindo a negociação coletiva nesses casos para fixar-se o tempo médio do percurso, a forma e a natureza da remuneração.

Frise-se que a discussão dos critérios da negociação coletiva acerca das horas “*in itinere*” somente é possível para o caso de microempresas e empresas de pequeno porte, categorias em que a reclamada, uma empresa que conforme

os documentos de fls. 109/113, além de possuir 18 filiais no Brasil, onde registrou capital social no importe de R\$ 163.264.761,00 (cento e sessenta e três milhões, duzentos e sessenta e quatro mil, setecentos e sessenta e um reais), atua, também, em Montecarlo – Principado de Mônaco, em Rotherdam, na Holanda e nas Ilhas Virgens Britânicas, por óbvio, não se enquadra.

Disso resulta que, em regra, ou seja, na hipótese cogitada no § 2º do art. 58 da CLT, não será permitida flexibilização coletiva da duração e da remuneração das horas *in itinere*.

Nesse sentido tem decidido o C. Tribunal Superior do Trabalho:

“RECURSO DE REVISTA. HORAS IN ITINERE. SUPRESSÃO. NORMA COLETIVA. Com a edição da Lei n. 10.243/2001, que acrescentou o § 2º ao art. 58 da CLT, o direito às horas – *in itinere* – passou a ser assegurado por norma de ordem pública, cogente, não podendo prevalecer a supressão do direito por meio de negociação coletiva, sob pena de se sonegar direito indisponível do trabalhador. Dessa forma, a despeito de a Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, inciso XXVI, prestigiar e valorizar a negociação coletiva, não se pode subtrair direito do empregado assegurado em norma cogente. Precedentes da SBDI-1 desta Corte Superior. Julgamento de origem em discordância com esse entendimento.” (TST, 7ª Turma, RR – 46400-47.2009.5.24.0072, relator Ministro: Pedro Paulo Manus, DEJT 21.9.2012.)

“RECURSO DE REVISTA. HORAS IN ITINERE. SUPRESSÃO. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. De acordo com entendimento reiterado desta Corte, a partir da publicação da Lei n. 10.243/2001, a qual acresceu o § 2º ao art. 58 da CLT, não é possível suprimir, por meio de norma coletiva, a concessão de pagamento das horas *in itinere*, pois se cuida de garantia mínima assegurada ao trabalhador. Ao conferir validade à norma convencional que retira o direito do trabalhador às horas *in itinere*, posteriormente à

edição da Lei 10.243, de 27.6.2001, a decisão regional contraria o entendimento pacífico e reiterado desta Corte, consubstanciado, inclusive, em sua Súmula 90, I. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST, 6ª Turma, RR - 1349-05.2011.5.03.0047, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 21/09/2012.)

“HORAS IN ITINERE. SUPRESSÃO. NORMA COLETIVA EDITADA NA VIGÊNCIA DO ART. 58, § 2º, DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. INVALIDADE. 1. O princípio do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, consagrado no art. 7º, XXVI, da Constituição da República, apenas guarda pertinência com aquelas hipóteses em que o conteúdo das normas pactuadas não se revela contrário a preceitos legais de caráter cogente. 2. O pagamento das horas in itinere está assegurado pelo art. 58, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, norma que se reveste do caráter de ordem pública. Sua supressão ou redução, mediante norma coletiva, afronta diretamente a referida disposição de lei, além de atentar contra os preceitos constitucionais assecuratórios de condições mínimas de proteção ao trabalho. Resulta evidente, daí, que tal avença não encontra respaldo no art. 7º, XXVI, da Constituição da República. 3. Recurso de revista não conhecido”. (TST, 1ª Turma, RR-46000-37.2005.5.06.0181, relator Ministro Lélío Bentes Corrêa, DEJT de 16.4.2010.)

Posto isso, acolho o pedido de horas extras, assim entendidas as horas de trajeto, limitadas a 3h30min (três horas e trinta minutos), no período laboral, por dia efetivamente trabalhado, acrescidas do adicional de 50%, com reflexos, em face da habitualidade, em repouso semanal remunerado, férias, 13º salário, e em FGTS, a serem apuradas por ocasião da liquidação, com base na maior remuneração do falecido (art. 59, § 3º, da CLT), considerando na base de cálculo a integração do valor pago a título de adicional de insalubridade (OJ 47, da SDI-1, TST), mas tudo no limite dos valores pleiteados na exordial.

2.2.4. Da responsabilidade civil por morte de obreiro causada por intoxicação hepática crônica decorrente do contato com agrotóxicos nas dependências da reclamada

Na peça vestibular, a autora alega que sofreu prejuízos de ordem material e moral em decorrência de morte de cônjuge, em virtude de doença profissional, equiparada a acidente de trabalho, nos termos do art. 20, I, da Lei n. 8.213/91, provocada pelo uso de agrotóxicos. Narra que seu companheiro falecido, Sr. Vanderlei Matos da Silva foi admitido pela reclamada em 8.4.2005, e que, no exercício da função de auxiliar de almoxarifado, o obreiro preparava a solução de agrotóxicos que eram borrifados sobre a lavoura de fruticultura da empresa, sendo que, a partir de julho de 2008, o obreiro passou a sentir fortes dores de cabeça, febre, falta de apetite, olhos amarelados e inchaço no abdômen. Afirma, ainda, que, em agosto deste mesmo ano, os sintomas se agravaram e o empregado foi obrigado a se afastar da atividade laboral, vindo a falecer em 30.11.2008, três meses após o agravamento de suas condições de saúde, com o diagnóstico de Insuficiência Renal e Hepática Aguda, bem como Hemorragia Digestiva Alta. Aduz que a empresa realizava exames de saúde semestrais nos seus empregados, porém os resultados não eram disponibilizados aos interessados; que o empregado trabalhava em ambiente insalubre e sob jornada exaustiva, tendo em vista que apanhava o transporte para o trabalho em geral às 16 h e retornava do serviço muitas vezes às 6 h; que as condições de higiene e alimentação eram precárias; que o equipamento de proteção individual fornecido era inadequado e que o treinamento teria sido insuficiente. Defendeu, ainda, a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva em razão da atividade de risco exercida pelo falecido e do nexo técnico epidemiológico entre a atividade da empresa e a doença que vitimou o trabalhador em questão.

A empresa demandada insurgiu-se contra a pretensão autoral, alegando, para tanto, que não emitiu a CAT em razão de a patologia diagnosticada (hepatite viral) não ser considerada doença relacionada ao trabalho; que os exames de colinesterase do obreiro não demonstraram qualquer alteração; que o trabalhador utilizava todos os equipamentos de proteção individuais necessários, havendo sido plenamente treinado para o exercício de suas atividades; que o motivo do falecimento foi hepatite viral aguda fulminante, decorrente de insuficiência renal e hepática aguda, bem como hemorragia digestiva alta; que a morte se deu em razão de vírus e não de suposto contato com agrotóxico; que o falecido não realizava a mistura dos produtos, mas somente o transporte do almoxarifado até o setor de aplicação e vice-versa; que o reclamante não separava produtos químicos, mas tão somente os fertilizantes, mediante uso de EPI's necessários.

A priori, cumpre anotar que, de acordo com os depoimentos de empregados da demandada colhidos nos autos, o obreiro, no exercício da função de auxiliar de almoxarifado, a partir de março de 2006, não só realizava o transporte dos produtos químicos armazenados no almoxarifado para mistura e posterior aplicação nas plantações e vice-versa, mas também era responsável pela separação e pesagem dos agrotóxicos, bem como pela limpeza do local e guarda das sobras de agrotóxicos em sacos abertos, que, por sua vez, eram reutilizadas. Senão vejamos:

“(...) que trabalhou junto com o falecido por um período de três anos; que era auxiliar de almoxarifado; que o finado trabalhava no almoxarifado na parte de liberação de produtos agrotóxicos; que era o depoente e o falecido quem liberava os agrotóxicos da reclamada; que acontecia de as vezes os empregados que trabalham com agrotóxicos sentir tonturas; que trabalhavam próximo ao local da mistura dos agrotóxicos; que levavam os agrotóxicos para a mistura em suas caixas; que as caixas secas não retornavam para o

almoxarifado; que as sobras dos agrotóxicos retornavam para o almoxarifado, levadas pelo falecido e pelo depoente; que faziam a limpeza do local; que em relação às sobras de agrotóxicos alguns sacos retornavam abertos; que as sobras eram reutilizadas; que o falecido queixava-se ao depoente de dor de cabeça e de estômago; que o falecido chegou a ter sangramento no nariz; que o falecido começou a apresentar problemas após um ano de trabalho no setor; que se sentia exposto aos agrotóxicos, principalmente pelo fato da zona de mistura ser próxima ao Setor de Almoxarifado e também porque manuseava as embalagens já utilizadas com resíduos de agrotóxicos, encaminhando-os para o galpão das embalagens vazias; que o declarante e o sr. Vanderlei e demais auxiliares de almoxarifado faziam também o serviço de limpeza do almoxarifado; que entende que tal serviço era bastante insalubre, pois a “poeira” dos agrotóxicos ficava no ar.” (Depoimento da testemunha José Anaildo Silva da Costa – fls. 504V e 1068.)

“(...) que o falecido trabalhava no almoxarifado; que sabe informar que o falecido pesava produto químico; que quando havia fiscalização de entidades ligadas ao meio ambiente acontecia na reclamada de se determinar que fossem escondidos alguns produtos, que não poderiam ser usados, tais como “Bayton” e “Exportac”; que não sabe informar se a aplicação de agrotóxicos somente se dava à noite na empresa, mas que quando tal fato ocorria, no outro dia, os trabalhadores iam laborar nas áreas onde houve a aplicação na noite anterior; que viu o falecido fazer pesagem de agrotóxicos várias vezes era a granel e as vezes dentro de recipientes.” (Depoimento da testemunha Francisco Ricardo Nobre – fl. 505.)

Da análise das figuras expostas do minudente Estudo do Caso em questão por renomada equipe médica do Departamento de Saúde Comunitária da Universidade Federal do Ceará (Drs. José Milton de Castro Lima,

Maria Terezinha do Menino Jesus, Alberto Novaes Ramos Júnior e Raquel Maria Rigotto), à fl. 1281, verifica-se que tanto o almoxarifado, destinado ao armazenamento dos fertilizantes e agrotóxicos, como o setor de misturas, onde são preparadas as caldas tóxicas, estão localizados dentro do mesmo galpão coberto, fechado lateralmente por paredes de alvenaria ou por telas metálicas. Por outro lado, a dinâmica da atividade do *de cujus* fora precisamente descrita (separação de fertilizantes e agrotóxicos, pesagem dos produtos em pó, guarda no estoque do restante de produtos cuja embalagem fora aberta e não totalmente utilizada) e ilustrada com fotos demonstrativas (figuras 7 e 8), à fl. 1282, ratificando, portanto, o teor dos depoimentos ora transcritos que revelaram o trânsito habitual e necessário dos auxiliares de almoxarifado através do galpão, para o setor de mistura, local de maior contaminação do ar.

O dano causado ao obreiro e o nexo de causalidade entre a patologia causadora da morte e a atividade desenvolvida pelo vitimado são plenamente evidenciáveis no caso *sub oculi*. Com efeito, de acordo com o notável “Estudo de Caso” já referenciado, no qual foram levados em consideração todas as anotações médicas sobre a evolução do quadro clínico do obreiro durante as internações, os resultados de todos os exames realizados, as prescrições medicamentosas, bem como informações e estudos médicos comprovados relacionados à toxicidade hepática dos ingredientes ativos dos agrotóxicos utilizados pela empresa e dados epidemiológicos da região produzidos em estudo científico (fls. 1274/1313), constata-se que o Sr. Vanderlei Matos da Silva, ex-empregado da reclamada, faleceu em 30.11.2008 em virtude de hepatopatia crônica causada por contato com substâncias tóxicas. Ressalte-se que tal diagnóstico foi concluído pela equipe médica responsável pelo estudo do caso em comento, após a exclusão de todos os diagnósticos possíveis (hepatites B, C e D; etilismo crônico; doença de Wilson; hemocromatose; cirrose biliar primária, colangite esclerosante primária

e hepatite auto-imune), sendo descartada claramente a hipótese defendida pela reclamada em sua peça contestatória (hepatite viral fulminante), sendo despidendo sobrelevar que, ao contrário das intoxicações agudas, as crônicas se caracterizam por seus efeitos aparecerem depois de semanas, meses ou anos de exposição frequente. Assim, tem-se que a patologia que levou a óbito o obreiro se deu por força do contato habitual com substâncias tóxicas de comprovada nocividade à saúde e sobretudo ao regular funcionamento da função hepática, consoante revelam os documentos de fls. 1299/1313. Nesse vetor, importa ressaltar que, de acordo com os relatos colhidos tanto nestes autos como nos do Inquérito Civil promovido pelo MPT (fls. 505, 631, 1058/1059 e 1068/1069) a empresa demandada utilizava produtos químicos proibidos, sendo certo que o efeito nocivo desses à saúde dos trabalhadores é superiormente maior do que aqueles cujo uso é permitido pela legislação brasileira.

Faz-se mister ressaltar que, no entender de doutrinadores como Antônio Lopes Monteiro e Roberto Fleury de Sousa Bertagni (*in Acidentes do Trabalho e doenças ocupacionais: conceitos, processos de conhecimento e de execução e suas questões polêmicas*. São Paulo: Saraiva, 1998. p.11), não é necessária a prova da certeza em casos de infortúnio, bastando o juízo de admissibilidade, ou seja, a probabilidade de que o dano foi proveniente do fato ocorrido e definido ou equiparado a acidente. No caso das doenças do trabalho, estas se desenvolvem por meio de uma ação persistente e envolvente das condições agressivas do trabalho sobre o organismo, culminando, depois de certo tempo, com a eclosão de quadro de incapacidade laborativa.

Para José de Oliveira, em sua obra *Acidentes do Trabalho: teoria, prática e jurisprudência*, da Editora Saraiva, “as condições excepcionais ou especiais do trabalho determinam a quebra da resistência orgânica com a consequente eclosão ou exacerbação do quadro mórbido, e até mesmo o seu agravamento”.

No que pertine à nocividade ou agressividade das substâncias químicas com as quais o *de cujus* teve contato habitual e frequente por mais de dois anos, durante excessivas jornadas de trabalho sob condições de reconhecida insalubridade (trabalhador recebia o adicional de insalubridade no exercício da função de auxiliar de almoxarifado — *vide* recibos de salários), que poderiam variar até de 18 h às 6 h, de acordo com os controles de ponto e fichas de anotações de horas extras adunados aos autos pela própria demandada, vê-se que o PCMSO (Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional) da reclamada lista como Riscos Químicos os agrotóxicos e fertilizantes, sem contudo descrever a lista dos produtos químicos efetivamente e habitualmente utilizados (fl. 539). Entrementes, restou evidenciado no referido PCMSO que os inseticidas sintéticos orgânicos, tanto os organoclorados como os organofosforados, possuem toxicidade aguda ou crônica, com boa absorção por todas as vias (oral, dérmica e respiratória). Veja-se que, no caso do ex-obreiro, o próprio médico da empresa demandada atestou “dermatite química” e concedeu licença por dois dias, em 09.09.2005, conforme revelam os documentos de fls. 579/581. À época o *de cujus* ainda não laborava no almoxarifado químico, mas como trabalhador rural teve contato com alguma das substâncias químicas com composição apontada no PCMSO, haja vista que, de acordo com relato de testemunha oitiva, “os trabalhadores iam laborar nas áreas onde houve a aplicação na noite anterior” (fl. 505).

Cumpra registrar, ainda, no que toca à toxicidade hepática dos organofosforados descrita no PCMSO, que após a absorção, “a maior parte é biotransformação no fígado” (fl. 550) e que, conforme Análise da Analista Pericial em Medicina do Trabalho, nos autos do Inquérito Civil do MPT, à fl. 627, um herbicida do grupo dos organofosforados como o Paraquat (Gramoxone), citado pelos trabalhadores nos depoimentos como de uso na lavoura, ainda que ocultado das fiscalizações (seu uso encontra-se

proibido da Comunidade Europeia), pode provocar, além de alta irritação na pele, em casos moderados a graves de intoxicação, lesão hepática caracterizada por icterícia e insuficiência renal. No caso dos produtos organoclorados, em que os efeitos tóxicos são exercidos principalmente no fígado, como não há marcador biológico específico no quadro II da NR-7, defendeu a referida analista em Medicina do Trabalho que seria necessário provas da função hepática (TGO, TGP, Gama GT, marcadores virais para hepatite A, B e C), contraindicando para a função ou afastando da exposição a estes agentes, os portadores de alterações nesses exames. Constata-se, pois, que os exames semestrais realizados pelo ente patronal para controle da dosagem da enzima acetil-colinesterase no plasma ou nos eritrócitos não são suficientes para identificar a toxicidade dos produtos organoclorados.

Estudos publicados em renomadas revistas médicas internacionais como “*Mullick FG, Ishak KG, Mahabir R., et al. (1981), lesão hepática associados com a toxicidade do paraquat em seres humanos. Fígado 1:209-221 Springerliet*”; “*A. M. Peiró, P. Zapater, C. Alenda, A. Ramirez, A. Gutierrez, M. Perez-Mateo, J. Tal, hepatotoxicidade relacionados ao paraquat e diquat absorção através intacto pele, Dig. Dis. Sci. 52 (2007) 3282-3284*” e “*M. R. Baharuddin, I. B. Sahid, MA Noor, N. Sulaiman, F. Othman, o risco de pesticidas avaliação: um estudo sobre a inalação e exposição cutânea ao 2,4-D e paraquat entre Malásia arroz agricultores, J. Environ. Sci. Saúde B. 46 (2011) 600-607*”, noticiam que o principal local de ação dos agrotóxicos é o fígado.

Patente, pois, a existência de nexo de causalidade entre a atividade desenvolvida pelo obreiro e o patologia que causou sua morte.

Vê-se, pois, que a atividade desenvolvida pelo *de cujus* implicava risco muito maior do que aquele proporcionado pelo simples labor de forma subordinada em prol de terceiro, máxime quando se coteja os dados estatísticos que comprovam alteração da função hepática

de 53% dos trabalhadores da empresa reclamada (Alexandre, SF. *Exposição a agrotóxicos e fertilizantes: agravos à saúde dos trabalhadores no no agronegócio do abacaxi em Limoeiro do Norte*. Dissertação de Mestrado em Saúde Pública. Universidade Federal do Ceará. 2009 – fls.1295/1297).

O *caput* do art. 7º da Constituição prevê os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. É indubitável que a aplicação da Teoria Objetiva da Responsabilidade Civil, prevista no parágrafo único do art. 927 do CC atende à finalidade constitucional de proteção ao trabalhador hipossuficiente.

Não há qualquer sustentação jurídica para não se aplicar tal teoria no âmbito da relação empregatícia, já que a mesma é prevista até mesmo na relação entre particulares, em tese, situados na mesma posição de igualdade.

Vale registrar que, quando da promulgação da Constituição, poucas eram as leis que permitiam no Brasil a responsabilidade objetiva. O que era extraordinário, naquele tempo, nos dias atuais tornou-se ordinário, principalmente depois da edição do Código de Defesa do Consumidor e agora, com o Novo Código Civil.

Assim, à luz de uma interpretação sistemática, histórica e finalística, o inciso XXVIII do art. 7º da CF, deve ser interpretado de forma a nele se incluir também o dever do patrão de indenizar quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem. Dentro dessa perspectiva, a IV Jornada de Direito Civil, promovida em Brasília, em 2006, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, adotou o Enunciado n.377, com o seguinte teor: “**O art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal não é impedimento para a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil quando se tratar de atividade de risco.**”

Neste sentido também está apontando a Jurisprudência do Colendo TST:

“RECURSO DE REVISTA — COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO — ACIDENTE DE TRABALHO — ÓBITO — DANOS MORAIS E MATERIAIS — POSTULAÇÃO PELOS HERDEIROS EM NOME PRÓPRIO. O Supremo Tribunal Federal, nos autos do Conflito de Competência n. 7.545, declarou a competência material da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações que buscam reparação por danos morais e materiais decorrentes de acidente do trabalho, ajuizadas pelos herdeiros do falecido empregado. ACIDENTE DO TRABALHO — DANO MORAL E MATERIAL — COMPENSAÇÃO — TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE 1. De acordo com a teoria do risco, é responsável aquele que dele se beneficia ou cria, pela natureza de sua atividade. Inteligência do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. 2. Entre os riscos inerentes à atividade de eletricitista, está o de sofrer descargas elétricas de variável intensidade, que podem levar, inclusive, ao óbito. 3. Aplicação da teoria do risco. DANOS MORAIS - VALOR DA CONDENAÇÃO A Corte de origem fixou o valor da condenação em danos morais observando a capacidade econômica do ofensor e a gravidade da lesão perpetrada. Recurso de Revista conhecido parcialmente e desprovido.” (Processo: ED-RR – 5400-75.2008.5.10.0821, Data de Julgamento: 30.9.2009, relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 16.10.2009.)

“RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. ART. 7º, XXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CULPA LATO SENSU. PRECEDENTE DA SBDI-1 DESTA CORTE. DESPROVIMENTO. A interpretação sistemática e teleológica do art. 7º, caput e XXVIII, da Constituição Federal, permite concluir que o rol de direitos dos trabalhadores ali enumerados não é taxativo, em nada impedindo que sejam atribuídos outros direitos aos trabalhadores, bastando que impliquem a melhoria de sua condição social. Assim, o inciso XXVIII do art. 7º da Carta Magna traz um direito mínimo do trabalhador à indenização por acidente de trabalho, no caso de dolo ou culpa, mas outra norma pode atribuir uma posição mais favorável ao empregado que permita a responsabilidade por culpa

lato sensu. Assim, a teoria do risco profissional considera que o dever de indenizar decorre da própria atividade profissional, principalmente naquelas de risco acentuado ou excepcional pela natureza perigosa, de modo que a responsabilidade incide automaticamente. Assim, a obrigação de indenizar por ocorrência de acidente de trabalho subsiste, incidindo na hipótese a regra do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, no que se refere à ocorrência da responsabilidade de sem culpa stricto sensu. Recurso de revista conhecido, por divergência jurisprudencial, e desprovido.” (TST-RR-2289/2005-482-01-00.2, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DJ de 2.10.2009.)

“RECURSO DE REVISTA — ACIDENTE DO TRABALHO — DANO MORAL E MATERIAL — INDENIZAÇÃO — TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE — ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL 1. De acordo com a teoria do risco, é responsável aquele que dele se beneficia ou o cria, pela natureza de sua atividade. Este, o teor do art. 927, parágrafo único, do Código Civil: ‘Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.’ 2. Entre os riscos inerentes à atividade de motorista está o envolvimento em acidente automobilístico, ainda que causado por terceiro. 3. Assim, o empregador deve ser responsabilizado pelos prejuízos causados ao empregado que exerce a função de motorista, não podendo este arcar com os prejuízos à sua integridade física e moral decorrentes do exercício das atividades contratualmente fixadas. Recurso de Revista conhecido e provido.” (TST-RR-1023/2007-016-03-00.5, rel. Min. Maria Cristina Peduzzi, 8ª Turma, DEJT de 11.9.2009.)

“DANOS FÍSICOS, MORAIS E FINANCEIROS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA. Entendo que a análise dos pleitos relativos à indenização por danos morais e materiais em virtude de acidente de trabalho se dá à luz da responsabilidade, bastando se comprovar, de acordo com a teoria do risco da atividade, o dano e o nexo de causalidade entre este e a atividade desempenhada pela vítima. Na espécie, conforme consignado no acórdão regio-

nal, restou provado o dano e o nexo causal do acidente com o trabalho do empregado, de modo que deve responder a reclamada pelo pagamento da indenização correspondente. Dessarte, o Tribunal Regional, ao excluir da condenação o pedido de pagamento das indenizações por danos físicos, morais e financeiros, sob o fundamento de que não houve culpa por parte da ré, acabou por violar os arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC, tendo em vista que é irrelevante a discussão acerca do ônus da prova da culpa da reclamada pois o elemento subjetivo não constitui requisito necessário para a responsabilização pelo acidente do trabalho. Recurso conhecido e provido, no item.” (TST-RR-385/2002-191-05-00.8, relª. Minª. Rosa Maria Weber, 3ª Turma, DEJT de 28.8.2009.)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DO TRABALHO. AUXILIAR DE SERVIÇOS OPERACIONAIS. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. A regra geral do ordenamento jurídico, no tocante à responsabilidade civil do autor do dano, mantém-se com a noção da responsabilidade subjetiva (arts. 186 e 927, caput, CC). Contudo, tratando-se de atividade empresarial, ou de dinâmica laborativa (independentemente da atividade da empresa), fixadoras de risco para os trabalhadores envolvidos, desponta a exceção ressaltada pelo parágrafo único do art. 927 do CC, tornando objetiva a responsabilidade empresarial por danos acidentários. (responsabilidade em face do risco).” (TST-AIRR-92/2006-015-04-40.3, rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, DJ de 13.6.2008.)

Destarte, o empregador deve ser responsabilizado pelos prejuízos causados ao empregado, sem se perquirir de sua culpa, não podendo o obreiro arcar com os prejuízos à sua integridade, decorrentes do exercício de atividades contratualmente fixadas, sob pena de se transferir ao trabalhador — parte hipossuficiente da relação — os ônus do empreendimento.

Para a caracterização da atividade de risco é necessária a comparação entre o risco da atividade que gerou o dano com o nível de exposição ao perigo dos demais membros da coletividade.

Aqui, faz-se mister destacar a brilhante lição de Sebastião Geraldo de Oliveira: “Qualquer

um pode tropeçar, escorregar e cair em casa ou na rua, ser atropelado na calçada por um automóvel descontrolado, independentemente de estar ou não no exercício de qualquer atividade, podendo mesmo ser um desempregado ou aposentado. No entanto, acima desse risco genérico que afeta indistintamente toda coletividade, de certa forma inerente à vida atual, outros riscos específicos ocorrem pelo exercício de determinadas atividades, dentro da concepção da teoria do “risco criado”. Se o risco a que se expõe o trabalhador estiver acima do risco médio da coletividade em geral, caberá o deferimento da indenização, tão somente pelo exercício dessa atividade.” (Indenização por acidente de trabalho ou ocupacional. São Paulo: LTr, 2013. p. 132.)

No caso específico em tela, sobressai-se de forma patente o exercício de atividade de risco acentuado pela empregadora, na medida em que está presente uma maior probabilidade de ocorrência de acidentes ou doenças para o empregado. É tanto que a empresa reclamada está enquadrada no Grau de Risco 03 (PCMSO de fl. 533).

Para Cláudio Brandão (*Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador*. São Paulo: LTr, 2006, p. 314), a deterioração da salubridade ambiental, que afeta diretamente a saúde dos trabalhadores, é albergada no conceito de poluição do art. 14, § 1º da Lei n. 6.938/81 (Lei de Proteção ao Meio Ambiente), o que conduz à responsabilidade independente de culpa para o poluidor em relação aos danos causados meio ambiente, incluindo-se aí, por força do disposto no parágrafo terceiro do art. 225, do Texto Constitucional, o meio ambiente do trabalho.

Por corolário, se o acidente do trabalho guarda um nexo de causalidade com o meio ambiente do trabalho na sua concepção ampla e se a responsabilidade por dano ambiental é de natureza objetiva, o empregador deverá responder de forma objetiva pela lesão decorrente de desequilíbrios ambientais, pois assumiu a obrigação de velar pela garantia de

um ambiente de trabalho apto a preservar a dignidade e a vida dos trabalhadores.

Na mesma senda, Sebastião Geraldo de Oliveira (*Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2013. p. 113) defende que “não faz sentido a norma ambiental proteger todos os seres vivos e deixar apenas o trabalhador, o produtor direto dos bens de consumo, que, muitas vezes, consome-se no processo produtivo, sem a proteção legal adequada. Ora, não se pode esquecer — apesar de óbvio, deve ser dito — que o trabalhador também faz parte da população e é um terceiro em relação ao empregador poluidor. Além disso, não há dúvida de que o ruído, a poeira, os gases, e vapores, os resíduos, os agentes biológicos e vários produtos químicos degradam a qualidade do ambiente de trabalho, gerando consequências nefastas para a saúde do empregado”.

Sobre o tema em questão, por ocasião da 1ª Jornada de Direito material e Processual na Justiça do Trabalho realizada em Brasília em 2007, foi aprovado o Enunciado n. 38, *in verbis*:

“Responsabilidade civil. Doenças ocupacionais decorrentes dos danos ao meio ambiente do trabalho. Nas doenças ocupacionais decorrentes de danos ao meio ambiente do trabalho, a responsabilidade do empregador é objetiva. Interpretação sistemática dos arts. 7º, XXVIII, 200, VIII, 225, § 3º, da Constituição Federal e do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981.”

Pelo exposto, restaram evidentes os requisitos necessários à aplicação da responsabilidade objetiva no vertente caso.

E, ainda que assim não fosse, ou seja, ainda que não se aplicasse a Teoria Objetiva à hipótese dos autos, ficou evidente, pela análise do conjunto probatório, que a empregadora do obreiro falecido agiu com culpa no evento que o vitimou, na medida em que não exerceu seu dever legal de cautela com o intuito de adotar medidas de segurança eficazes, rendendo ensejo à utilização de produtos químicos banidos em outros países, negligenciando, ainda, na

fiscalização efetiva da execução dos serviços por seus prepostos e descurando-se de elidir circunstâncias prejudiciais à eclosão de lesões como o excesso de jornada em labor manifestamente insalubre.

Com efeito, verifica-se pelo Relatório da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego/CE, de fls. 1399/1404, referente à fiscalização ocorrida na empresa reclamada em maio de 2008, que foram lavrados vários autos de infração que revelam condutas irregulares e extremamente graves quanto à segurança e saúde do trabalhador que atua em área de risco, como banheiros de campo sem água limpa; máquina de curado permitindo vazamento de agroquímicos para o meio ambiente; EPI rasgados; falta de toalhas para os aplicadores de agroquímicos; local de refeição no campo sem higienização; local de refeição sem a devida higiene e sem água potável; falta de avental impermeável; falta de sabão para higiene dos aplicadores; óculos de proteção que não se adaptam bem ao rosto e ausência de máscaras protetoras contra poeiras, dentre outras.

De mais a mais, extrai-se dos testigos de fls. 505, 1058/1059 e 1068/1069 e das informações coletadas à fl. 1462, que a empresa utilizava substâncias com restrições no comércio internacional e que no momento das fiscalizações do MTE alguns produtos químicos de uso proibido eram escondidos.

Destaque-se que há relatos de trabalhadores da reclamada (fls. 629/632) de que o técnico de segurança do trabalho da empresa só supervisionava o uso de EPI uma vez por semana e de forma rápida; que em razão do calor e desconforto muitos trabalhadores deixavam de usar EPI; que o ar ambiente do galpão onde ficava o almoxarifado é saturado por cheiro de veneno; que o descarte dos fertilizantes e dos líquidos resultantes da lavagem dos tanques de pulverização; que o refeitório dos empregados ficava por detrás da zona de mistura e próximo ao local de descarte diário de produtos químicos era realizado em áreas próximas a plantação do abacaxi e do almoxarifado.

Ora, o empregador tem o dever legal de fiscalizar a correta execução dos serviços, de manter o ambiente de trabalho em condições adequadas de segurança e higiene e de zelar pela utilização dos equipamentos de proteção e pela obediência às normas de segurança e saúde do trabalho.

A redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, é direito fundamental do indivíduo trabalhador e dever do empregador, do Estado e de toda a sociedade, com *status* constitucional (art. 7º, inciso XXII, da CRFB).

Por todo exposto, clara está a culpa da reclamada, que deixando de cumprir normas relativas à segurança e saúde do trabalho, permitiu que o falecido laborasse em condições de risco, sem fornecer a proteção adequada e sem eliminar ou mitigar os riscos, deixando de contribuir para a concretude do **princípio da precaução** aplicado ao meio ambiente do trabalho, descrito no Princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, elaborada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada em 1992 no Rio de Janeiro:

“Princípio 15: Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”

Por todo exposto, clara está a culpa da parte reclamada, que deixando de cumprir normas relativas à segurança e saúde do trabalho, permitiu que o falecido laborasse em condições de risco, sem fornecer a proteção adequada, atraindo para si a aplicação do disposto no art. 186 do Código Civil, devendo indenizar os danos sofridos pela autora, uma vez que a perda do cônjuge é, sem embargos, motivo de profunda tristeza.

Assim, por qualquer ângulo que se analise, seja pela Teoria Objetiva, seja pela Teoria Subjetiva, cabe à parte demandada a responsabilidade pela indenização por danos materiais e morais decorrentes do falecimento do trabalhador em questão.

2.2.5. Dos danos materiais

Não se pode acolher o pedido da autora de pagamento único de indenização, haja vista que no caso de morte do acidentado não é aplicável a inovação do parágrafo único do art. 950, que faculta ao prejudicado exigir que a indenização seja paga de uma só vez. Tal exceção vincula-se apenas à previsão do *caput* do art. 950, isto é, quando a vítima sobrevive ao acidente.

Nos termos do art. 948, I, do CC, no caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações, na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Nesse caso, tratando-se o falecido de arrimo da família e provedor do lar, por óbvio, que a indenização deverá assegurar aos membros o mesmo padrão de renda anterior à morte daquele.

Todavia, o deferimento de pensão pela totalidade dos rendimentos da vítima mostra-se excessivo, configurando enriquecimento sem causa, na medida em que parte dos rendimentos do falecido era destinado aos seus gastos pessoais.

Não é por outra razão que a jurisprudência dominante consagrou o entendimento de que deve haver a dedução das despesas presumíveis da vítima para a manutenção própria. No caso, reputa-se justo e razoável presumir que a vítima consumia 1/3 (um terço) de sua renda em proveito próprio, já que sua família era composta por três integrantes (*vide* relação de dependentes – fl. 121) e, por óbvio, a maior parte do salário era gasta na manutenção desta.

Assim, defere-se à autora, a título de danos materiais pensão mensal no valor equivalente

a 2/3 (dois terços) daquilo que o obreiro falecido receberia (salário mínimo), o que correspondia à época a R\$ 310,00 (2/3 do salário mínimo de 2009 de R\$ 465,00), já que não restou provado valor maior, e devidamente atualizado, com correção monetária e juros de mora (Súmula 54 do STJ), desde a data de seu óbito (30.11.2008), executando-se as parcelas vencidas, até a data presumida de expectativa apontada na exordial (72 anos), o que se encontra próximo com a expectativa de sobrevivência no Brasil, conforme Tabela de Mortalidade de 2009, qual seja de 74 anos (Resolução n. 7, de 30.11.2010, DOU de 1º.12.2010) publicada pelo IBGE (<www.ibge.gov.br>), ou até a data em que a viúva contrair novas núpcias.

Impende registrar, ainda, que os valores pagos aos autores pela Previdência Social não se compensam com os da indenização ora imposta, de vez que possuem natureza jurídica e finalidade diversas.

Nesse vetor, calham à colação os seguintes entendimentos do STJ e do TST:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO DOS AUTORES. DANOS MATERIAIS CUMULAÇÃO COM PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. 2/3 RENDIMENTOS DA VÍTIMA. FILHOS MENORES ATÉ 25 ANOS DE IDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. RECURSO DA UNIÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NEXO DE CAUSALIDADE. DANOS MORAIS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACERCA DA MATÉRIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC.

1. O benefício previdenciário é diverso e independente da indenização por danos materiais ou morais, porquanto ambos têm origens distintas. O primeiro assegurado pela Previdência; e a segunda, pelo direito comum. Caracterizada a responsabilidade administrativa do Estado, com fulcro no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, surge o dever de indenizar a parte lesada de acordo

com as normas do direito privado, podendo, conforme o caso indenização compreender danos morais e, ou materiais.

2. A indenização por ato ilícito é autônoma em relação a qualquer benefício previdenciário que a vítima receba. Precedentes: REsp n. 823.137/MG, Relator Ministro Castro Filho, Terceira Turma, DJ 30.6.2006; REsp n. 750.667/RJ, relator Ministro Fernando Gonçalves; Quarta Turma, DJ 30.10.2005; REsp n. 575.839/ES, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 14.3.2005; REsp n. 133.527/RJ, relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, DJ 24.2.2003).” (STJ, REsp 922951/RS, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 10.2.2010.)

“ADMINISTRATIVO — RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO — DANOS MORAIS E MATERIAIS — INDENIZAÇÃO. 1. A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido de fixar a indenização por perda do pai ou progenitor, com pensão ao filho menor até os 24 (vinte e quatro) anos de idade (integralmente considerados), ou seja, até a data de aniversário dos 25 anos. 2. Recurso improvido.” (STJ, REsp n. 592671/PA, relª. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 6.4.2004, DJ 17.5.2004, p. 199).

“PENSÃO VITALÍCIA. CUMULAÇÃO COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. O acórdão recorrido está em conformidade com a iterativa e notória jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que é plenamente possível a cumulação de pensão mensal paga pelo empregador, a título de indenização por danos materiais decorrentes de acidente do trabalho, com o auxílio-doença acidentário ou aposentadoria por invalidez, pagos pelo órgão previdenciário. Precedentes.” (TST, RR – 9951700-37.2006.5.09.0651, relator Ministro: Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29.6.2012.)

2.2.6. Dos danos morais e de sua quantificação

No que tange à indenização por danos morais decorrentes de morte, pacificou-se o

entendimento de que não há necessidade de comprovação do dano, posto que o luto da família representa a própria dor, que constitui sofrimento moral íntimo, descabendo qualquer tipo de prova a justificar a devida reparação de natureza compensatória (*domnum in re ipsa*). A reparação tem o escopo de amenizar o sofrimento causado pela perda do ente familiar, bem como de imprimir caráter pedagógico/punitivo ao agente causador do dano. Nesse caso, não se aplica o pagamento em parcelas, posto que a indenização não tem natureza alimentar, mas apenas de consolar, sem mensurar a dor.

Assim, impõe-se a condenação da reclamada à compensação do dano imaterial havido, de forma a minimizar a dor psíquica experimentada pela acionante, com supedâneo na Constituição Federal, art. 5º, incisos V e X.

O Código Civil de 2002 contempla expressamente o dano moral quando prevê no art. 186, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Assim, há que se deferir, também, os prejuízos sofridos pelas promoventes a título de dano moral.

No que concerne ao valor, fixa-se a presente indenização no montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), conforme entendimento do STJ, esposado em casos análogos de acidentes que resultam na morte da vítima (REsp n. 713.764/RS, 4ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 10.3.2008; REsp n. 427569/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha; Ag n. 1209864/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão; REsp n. 210101/PR, rel. Min. Carlos Fernando Mathias e REsp n. 936792/SE, rel. Min. Hélio Guagli Barboza).

Tal valor é condizente com o caráter pedagógico da pena, com o poder econômico do agente causador, a extensão do dano e para se evitar o enriquecimento sem causa das autoras, tudo na forma do art. 953, parágrafo único do Código Civil, aplicável subsidiariamente, ante os termos do art. 8º da CLT.

Nessa trilha, quanto ao valor razoável e equânime da reparação por danos morais, é o entendimento do STJ, ora transcrito:

ADMINISTRATIVO — RESPONSABILIDADE CIVIL — ATO ILÍCITO PRATICADO POR AGENTE PÚBLICO EM SERVIÇO — DANO MORAL — VALOR EXCESSIVO DA INDENIZAÇÃO — REDUÇÃO — 1. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: Reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir. 2. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais. 3. Acórdão que manteve o valor excessivo da indenização pelo dano moral, fixado pela sentença, necessária redução do valor para 300 (trezentos) salários mínimos, seguindo-se a jurisprudência que se desenvolveu nesta turma. 4. Recurso Especial provido em parte. (STJ – REsp 200500636059 (743591 CE) – 2ª T. - Relª. Minª. Eliana Calmon – DJU 10.10.2005 - p. 00342.) (grifamos)

A aplicação da correção monetária e dos juros de mora, quanto à indenização por dano moral, deve observar o disposto na Súmula n. 439 do TST (“*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*”).

2.2.7. Dos honorários advocatícios

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, consolidada na Súmula 219, indica que, na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência (ser a parte vencida na ação). A parte deve, também, estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar situação econômica que não lhe permita agir em juízo sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. No entanto, se a ação foi proposta pelos dependentes do trabalhador falecido, a

exigência de credenciamento sindical é descabida, para efeito de pagamento de honorários advocatícios.

Note-se que com relação à dependente do trabalhador vitimado por acidente de trabalho fatal, como no caso em tela, não há notícia de vínculo empregatício com a empresa nem de filiação sindical, razão pela qual não deve ser exigida a apresentação de credencial sindical para fins de recebimento de honorários advocatícios.

Assim, uma vez comprovado o estado de pobreza, a necessidade de apresentação de credencial sindical por parte dos dependentes do empregado acidentado é descabida, porque tal requisito é exigido na hipótese em que o próprio empregado litiga contra o empregador. Nesse sentido, decidiu recentemente a 4ª Turma do TST, nos autos do processo 282400-16.2005.5.04.0733, cuja relatoria coube ao Ministro Fernando Eizo Ono.

Diante do exposto, procedente o pleito de honorários advocatícios, pelo que os fixo em 15% sobre o valor condenatório a ser apurado por ocasião da liquidação da sentença, na forma do disposto no art. 20, § 5º, do CPC.

3. CONCLUSÃO

“*Ex positis*”, decide este Juízo, na forma da fundamentação que fica fazendo parte integrante desta decisão, declarar a autora beneficiária da gratuidade de justiça, e, julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos deduzidos na peça vestibular por **MARIA GERLENE SILVA DOS SANTOS** para condenar **DEL MONTE FRESH PRODUCE BRASIL LTDA.**, ao pagamento das seguintes parcelas, de acordo com o que se apurar em liquidação, observando-se os limites pleiteados: **a) 7ª e 8ª horas seguintes a jornada de seis horas em turno ininterrupto de revezamento como extras, acrescidas de 50%, com reflexos, em face da habitualidade, em repouso semanal remunerado, férias, 13º salário, e em FGTS, a serem apuradas no período de agosto de**

2005 a janeiro de 2006, observando-se o valor da remuneração à época da rescisão (CLT, art. 59, § 3º), já integrada com o adicional de insalubridade (OJ n. 47, da SDI-1, TST); **b) horas de trajeto, limitadas a 3h30min** (três horas e trinta minutos), no período laboral, por dia efetivamente trabalhado, acrescidas do adicional de 50%, com reflexos, em face da habitualidade, em repouso semanal remunerado, férias, 13º salário, e em FGTS, a serem apuradas por ocasião da liquidação, com base na maior remuneração do falecido (art. 59, § 3º, da CLT), considerando na base de cálculo a integração do valor pago a título de adicional de insalubridade (OJ n. 47, da SDI-1, TST), mas tudo no limite dos valores pleiteados na exordial; **c) indenização por danos materiais**, correspondente a pensão mensal no valor equivalente a 2/3 (dois terços) daquilo que o obreiro falecido receberia a título de salário mínimo, devidamente atualizado, com correção monetária e juros de mora (Súmula n. 54 do STJ), desde a data de seu óbito (30.11.2008), executando-se as parcelas vencidas, até a data presumida de expectativa de vida pleiteada na exordial, *in casu*, 72 anos, ou até a data em que a viúva contrair novas núpcias, em parcelas vencidas e vincendas a se apurar em liquidação. As parcelas vencidas deverão ser depositadas de uma só vez e apuradas em liquidação de sentença. A contribuição previdenciária não incidirá sobre a parcela deferida, tendo em vista a sua natureza indenizatória, bem como não há incidência do Imposto de Renda, nos

termos do disposto no art. 39 do Decreto n. 3.000/99; **d) danos morais**, no montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento e os juros de mora a partir do ajuizamento da ação. A contribuição previdenciária não incidirá sobre a parcela deferida, tendo em vista a sua natureza indenizatória, bem como não há incidência do Imposto de Renda, nos termos do disposto no art. 39 do Decreto n. 3.000/99; **e) honorários advocatícios**, no importe de 15% sobre o valor condenatório, a serem apurados por ocasião da liquidação da sentença, na forma do disposto no art. 20, § 5º, do CPC.

Custas pela parte demandada, nos termos do art. 789, da CLT, no valor de R\$ 6.600,00, calculadas sobre o valor ora arbitrado à condenação de R\$ 330.000,00.

Intimem-se as partes e o MPT.

Após o trânsito em julgado, cumpra-se o disposto na Recomendação Conjunta GP.CGJT. n. 2/2011, enviando cópia da presente sentença à Procuradoria da Fazenda Nacional, por intermédio de endereço de *e-mail* institucional da unidade no Ceará (<pfce.regressivas@agu.gov.br>), a fim de subsidiar eventual ajuizamento de Ação Regressiva, nos termos do art. 120 da Lei n. 8.213/91.

Limoeiro do Norte, 24 de julho de 2013.

KELLY CRISTINA DINIZ PORTO

Juíza Titular da Vara do Trabalho de Limoeiro do Norte

2ª Vara do Trabalho de Itajaí – SC

Processo: ACP 0004960-55.2012.5.12.0022

Juiz: Ozéas de Castro

Classe: Ação Civil Pública

Autor: Ministério Público do Trabalho

Réu: Fundação Universidade do Vale do Itajaí — UNIVALI

Publicação: Audiência do dia 13 de março de 2013, às 17h55min

Ausentes as partes.

Submetido o feito a julgamento, visando a solucionar o conflito intersubjetivo de interesses, foi proferida a seguinte

SENTENÇA

VISTOS, etc.

I – Relatório

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, já qualificada/o/s nos autos, pretende, em decorrência dos fatos articulados na petição inicial, a condenação da/o/s ré/u/s, FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ — UNIVALI, também qualificada/o/s, nas obrigações de fazer e não fazer, assim sintetizadas: (a) conceder intervalo para repouso e alimentação de no mínimo de 1 hora e no máximo de 2 horas, sempre que a jornada normal exceder de 6 horas; (b) conceder intervalo para repouso e alimentação de 15 minutos quando a jornada transbordar 4 horas e não exceder de 6 horas; (c) conceder intervalo mínimo de 11 horas entre duas jornadas de trabalho; (d) abster-se de conceder ao empregado, durante a jornada de trabalho, período para repouso ou alimentação superior a 2 horas sem que haja prévio acordo escrito individual ou chancela em norma coletiva; (e) abster-se de manter empregados trabalhando durante o período destinado ao repouso e alimentação; (f) abster-se

de prorrogar a jornada normal de trabalho além do limite de 2 horas diárias, ressalvadas as exceções legais; (g) abster-se de exigir, ou de qualquer forma, permitir ou tolerar que seus empregados registrem período de intervalo não usufruído. Por descumprimento de cada uma das cominações, pugna pela fixação de multa não inferior a R\$ 100.000,00, revertida em favor do Centro de Referência em Saúde do Trabalhador de Santa Catarina — CEREST/SC. Requer, por fim, a reparação por danos morais coletivos no importe mínimo de R\$ 500.000,00. Juntou documentos. Deu à causa o valor de R\$ 500.000,00 na expressão monetária da época.

Respondeu a/o ré/u por meio de defesa escrita, suscitando a preliminar de carência de ação. No mérito, nega o descumprimento da jornada e dos intervalos senão nas hipóteses legalmente autorizadas. Justifica que é uma fundação com características muito distintas de uma empresa privada, por possuir uma gama imensa de ocupações distribuídas por todos os *campi*, donde, por vezes, acaba trabalhando um único empregado, isso sem falar no leque muito diversificado de pelo menos duzentas ocupações, entre serventes a mergulhadores, passando por professores, médicos, psicólogos, soldados, enfermeiros, radialistas, nutricionistas, motoristas, bibliotecários, farmacêuticos, administradores de redes, cinegrafistas, químicos, piloto de embarcação, técnicos e auxiliares de

laboratório, pedreiros, repórteres, advogados, oceanógrafos, contadores etc., pois sua atividade primacial é a educação, a qual, para atingir seu fiel propósito, demanda qualidade na prestação de serviços mediante estrutura de apoio que congrega estas atividades diversas. Enfatiza, por fim, que os pontuais transbordamentos da jornada além do limite legal e das supressões parciais dos intervalos para repouso foram esporádicos, em tudo justificado por necessidade imperiosa de serviço autorizada no art. 61 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Juntou documentos.

Interrogatórios dispensados.

Razões finais remissivas.

Sem mais provas, a instrução processual foi encerrada.

Em nenhum momento as partes aceitaram a solução pela via conciliatória.

É, em breve síntese, o relatório, no necessário ao julgamento.

II – Fundamentação

PRELIMINARMENTE

Suscita a requerida a prefacial ilegitimidade do Ministério Público para ajuizar a presente ação civil pública sob o fundamento de que as pretensões são oriundas de interesses individuais e não de interesses individuais homogêneos, extrapolando a previsão do art. 1º da Lei n. 7.347/85, pois a realização de horas extras além do limite de 2 horas diárias e a concessão dos intervalos para repouso e alimentação, não correspondem à definição de interesse difuso ou coletivo, tal como manda o art. 127 da Constituição da República.

Prima facie, impõe-se ter presente que a literatura jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal confere legitimidade ao Ministério Público do Trabalho na defesa dos interesses difusos e coletivos no âmbito da relações trabalhistas. **Precedente:** RE n. 213.015, Min. Néri da Silveira, 2ª T., DJU 24.5.2002, publicado com a seguinte ementa:

1. Recurso extraordinário. Trabalhista. Ação civil pública. 2. Acórdão que rejeitou embargos infringentes, assentando que ação civil pública trabalhista não é o meio adequado para a defesa de interesses que não possuem natureza coletiva. 3. Alegação de ofensa ao disposto no art. 129, II, da Carta Magna. Postulação de comando sentença que vedasse a exigência de jornada de trabalho superior a 6 horas diárias. 4. A Lei Complementar n. 75/93 conferiu ao Ministério Público do Trabalho legitimidade ativa, no campo da defesa de interesses difusos e coletivos, no âmbito trabalhista. 5. Independentemente de a própria lei fixar o conceito de interesse coletivo, é o 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). 6. Recurso conhecido e provido para afastar e ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho.

Foi a partir desse raciocínio que derivou a Súmula n. 736 da Suprema Corte:

Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.

Tal interpretação derivou do disposto nos arts. 129, III, da Carta, e 6º, VII, alínea “d”, e 83, III da Lei Complementar n. 75/93.

Com todo o efeito, diz o indigitado art. 129 diz que ao Ministério Público compete “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”.

Por sua vez, o art. 83, III, da LC n. 75/93 é igualmente taxativo ao fixar que compete ao Ministério Público do Trabalho promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos, entre eles os direitos constitucionais dos trabalhadores inseridos nos arts. 7º e 8º da Carta.

Outra não é a orientação dos Tribunais Trabalhistas.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRABALHISTA — LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO — As relações de trabalho já não são vistas nos dias de hoje sob o prisma individual; antes, despertam interesse nos aspectos globais, que dizem respeito a todos os trabalhadores, ou a muitos deles, pois uma única e mesma conduta ilícita pode constituir violação de direitos ou interesses de centenas e até milhares de trabalhadores. A orientação diretora das reformas processuais deste final de século aponta para a universalização da tutela jurisdicional e para a consequente criação de instrumentos modernos, hábeis para solucionar os conflitos envolvendo interesses difusos e coletivos em suas várias modalidades. Um desses novos instrumentos é a ação civil pública, cuja legitimidade ativa é atribuída ao Ministério Público pelo art. 129, III, da Constituição da República. A par dessa atribuição constitucional, a Lei Complementar n. 75/1993, em seu art. 83, III, estabeleceu a competência do *Parquet* no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses difusos e coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos aos trabalhadores. Por meio da ação civil pública o *Parquet* cumpre sua missão de defender a própria ordem jurídica que assegura aqueles direitos, na tutela não somente de um grupo específico de trabalhadores, mas também dos futuros, dos ausentes, dos minoritários, dos dissidentes e dos desconhecidos, na expressão do eminente jurista Messias Pereira Donato. É de decisiva importância o comprometimento do Ministério Público e do Poder Judiciário, na aplicação deste instrumento processual relativamente novo, que é a ação civil pública, pois permitirá extrair dela todo o seu potencial de virtude e eficácia, conforme pretendeu o legislador. (TRT 3ª R., RO 17507/99, 5ª T., rel. Juiz Sebastião Geraldo de Oliveira, DJMG 30.9.2000, *Revista de Jurisprudência Trabalhista*, HS Editora, n. 202, p. 92.)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA — LEGITIMIDADE — MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

— INTERESSE COLETIVO — TERCEIRIZAÇÃO — VÍNCULO EMPREGATÍCIO — COOPERATIVA — ATIVIDADE-FIM — 1. O Ministério Público do Trabalho ostenta legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública em defesa de interesses coletivos, nos termos dos arts. 127 e 129, inciso III, da Constituição Federal, e do art. 83, inciso III, da Lei Complementar n. 75/1983. 2. Constitui tutela de interesse coletivo a pretensão dirigida à proteção da generalidade dos empregados da empresa demandada, e não de certos empregados, tendo por objeto condenação à abstenção da prática de terceirização em atividade-fim, no caso colheita de laranja mediante associação de autênticos empregados a cooperativa de mão de obra. 3. Não afronta à lei a proibição de fornecimento de mão de obra dirigida à cooperativa, bem assim a utilização da mão de obra por empresa tomadora, se o objeto da terceirização é a colheita de laranja nos períodos de safra, elemento indissociável da atividade-fim da empresa beneficiária do trabalho. 4. Não configurada ofensa ao art. 442, parágrafo único, da CLT, e aos arts. 5º, inciso XVIII, 174, § 2º, e 187, da Constituição Federal, bem assim ao art. 896, da CLT. Embargos não conhecidos. (SBDI-1, E-RR 717555/2000.3, rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 15.4.2005.)

Portanto, se no caso tem-se a defesa dos interesses coletivos dos empregados da instituição por violação aos preceitos que impõem limites e regras ao regime de duração do trabalho, resulta irrefragável a legitimidade ativa do Ministério Público, porquanto o que se pretende na ação é a adequação de supostas condutas prejudiciais ao grupo de trabalhadores integrantes do quadro da fundação.

Prefacial rejeitada.

MÉRITO

1. Regime de duração do trabalho. Violação aos limites e garantias impostos por lei. Tutela inibitória de obrigações de fazer e não fazer. Procedência. Motivado por denúncias e ações de fiscalização dos Auditores Fiscais do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho

ingressou com a presente ação civil pública para demover a requerida a (a) conceder intervalo para repouso e alimentação mínimo de 1 hora e no máximo de 2 horas, sempre que a jornada normal exceder de 6 horas; (b) conceder intervalo para repouso e alimentação de 15 minutos quando a jornada transbordar 4 horas e não exceder de 6 horas; (c) conceder intervalo mínimo de 11 horas entre duas jornadas de trabalho; (d) abster-se de conceder ao empregado, durante a jornada de trabalho, período para repouso ou alimentação superior a 2 horas sem que haja prévio acordo escrito individual ou chancela em norma coletiva; (e) abster-se de manter empregados trabalhando durante o período destinado ao repouso e alimentação; (f) abster-se de prorrogar a jornada normal de trabalho além do limite de 2 horas diárias, ressalvadas as exceções legais; (g) abster-se de exigir, ou de qualquer forma, permitir ou tolerar que seus empregados registrem período de intervalo não usufruído.

O Direito do Trabalho nasceu e se desenvolveu por uma necessidade de fazer prevalecer a dignidade da pessoa humana, pois nas palavras do Professor Mozart Victor Russomano:

Não está muito longe dos dias em que vivemos a época tormentosa em que o trabalhador amanhecia com o sol e com o sol adormecia, tendo entre os dois sóis, sobre si, a carga interminável do trabalho ininterrupto.⁽¹⁾

Pairava sobre esse cenário a realidade de que a sobrevivência do trabalhador residia unicamente na alienação de sua mão de obra, situação que o colocava numa posição de desigualdade moral e material que permitia ao empregador pressioná-lo de todas as formas e coagi-lo, até, a aceitar condições contrárias aos seus interesses morais e prejudiciais a sua saúde⁽²⁾.

(1) RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 17. ed. atual., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 113.

(2) "O Direito do trabalho foi concebido sob os auspícios da intervenção do Estado nas relações de produção, com o intuito de proteger a parte mais fraca, o trabalhador.

Essa tormentosa realidade tinha como única delimitação os mecanismos das leis naturais.

Veio, então, a contemplação da repetida regra "das oito horas" cantada pelos trabalhadores ingleses, sintetizada da seguinte maneira⁽³⁾:

Eight hours to work;

Eight hours to play;

Eight hours to sleep;

Eight shillings a day.⁽⁴⁾

Foi aí que o Estado interveio, implementando com **intensa** e **extensa** força, normas de proteção, pondo fim, assim, a certas práticas que direta e indiretamente eram prejudiciais aos trabalhadores, especialmente a limitação das jornadas e a instituição de tempo de repouso ou tempo livre de lazer, mediante essencial discurso sob tríplice aspecto:

(a) fisiológico;

(b) moral e social;

(c) econômico.

Irrecusável, nesse ponto, rememorar a formidável lição emanada do ensinamento de Orlando Gomes⁽⁵⁾:

A **Fisiologia** forneceu os dados para o primeiro fundamento científico da conveniência da

Restringiu-se, em consequência, a autonomia de vontade para o estabelecimento das condições do contrato de trabalho, estipulando-se cláusulas que deviam ser nele observadas, instituidoras de garantias mínimas para o operário. Trata-se de normas de ordem pública, cogentes, inderrogáveis pela simples deliberação dos pactuantes. Esse posicionamento estatal representa a resposta da sociedade politicamente organizada, à "questão social" originada do liberalismo econômico, caracterizado pelo *laissez-faire, laissez-passer*, fórmula criada pelos fisiocratas franceses, ligados ao Iluminismo." (SOARES FILHO, José. *A proteção da relação de emprego: análise crítica em face de normas da OIT e da Legislação nacional*. São Paulo: LTr, 2000. p. 176; *apud* DELGADO, Mauricio Godinho. *Contrato de Trabalho: caracterização, distinções, efeitos*. São Paulo: LTr, 1999. p. 30.)

(3) CORREA, Alvarez. *Derecho Obrero*, p. 198; *apud* RUSSOMANO, Mozart Victor, *op cit.*, p. 115.

(4) Ou em vernáculo: Oito horas para o trabalho; Oito horas para o lazer; Oito horas para dormir; Oito *shillings* por dia.

(5) GOMES, Orlando; GOTTSCALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 296-8.

limitação da duração do trabalho. De fato, cientistas verificaram que o organismo humano sofre desgastes quando se põe em atividade, queimando as energias acumuladas numa maior proporção... Se o organismo humano se entrega a uma atividade sem trégua, a fadiga se converte em fadiga crônica. Esta, como observa Labranca, predispõe o indivíduo às doenças e conduz à invalidez e velhice, abreviando a vida humana. (...)

A justificação da limitação temporal do trabalho do ponto de vista moral está no respeito que deve ter pela dignidade da pessoa humana. Sob esse aspecto — di-lo Mossé — tem legitimamente direito de desfrutar uma vida pessoal, fora da vida profissional, em que possa cumprir sua função social. Desenvolver-se intelectual, moral e fisicamente, participando dos benefícios da cultura e da civilização moderna.

O fundamento econômico para a limitação da duração do trabalho é tese amplamente debatida em doutrina. Não se negam as vinculações que unem o progresso do Direito do Trabalho em geral e em particular, no setor da limitação da duração do trabalho, e o desenvolvimento da infraestrutura técnica e econômica. Elucidativo, a propósito, foi o inquérito de alta relevância procedido para apurar os reflexos da implantação da jornada de oito horas. Apurou-se que esta exerceu uma ação estimulante sobre o processo técnico e sobre o próprio rendimento dos empregados. A produção mundial, longe de diminuir, aumentou, obrigando as empresas a adotarem uma organização mais perfeita, a aperfeiçoarem a técnica e a melhorarem o seu material.

Por aqui, a reforma social mais profunda e repetitiva de proteção veio com a Consolidação das Leis do Trabalho, a teor dos arts. 9º, 10, 58, 71, 133, 444, 448, 468, 477, 492, 500, da CLT, só para citar alguns exemplos, entre tantas outras normas da legislação extravagante, donde a lei reputa tais violações de nulidade

absoluta do ato por infringir o princípio da irrenunciabilidade.

A força dada a essas limitações é tanta que o próprio legislador constituinte originário, ao implementar a chamada *relativização* dos direitos trabalhistas, fê-lo taxativamente naquelas situações expressas no art. 7º da Carta, mas desde que atendidos requisitos mínimos e inderrogáveis de validade do ato, como a chancela coletiva e a prévia autorização por norma da autoridade de fiscalização do trabalho.

Entrementes, sob o color dessa relativização, cumpre obterem-se que estão absolutamente excepcionadas aquelas garantias de saúde e medicina do trabalhador, pois diretamente ligadas à preservação de sua dignidade⁽⁶⁾ e por isso mesmo inderrogáveis, seja pela autonomia da vontade individual, seja pela autonomia da vontade coletiva. Caso contrário, estaríamos implementando verdadeiro retrocesso social⁽⁷⁾, o que é vedado pela ordem constitucional.

(6) É bom lembrar que a dignidade da pessoa humana pode ser bem compreendida no conceito formulado por Ingo Wolfgang, consistindo ela “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar a promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 42.)

(7) A tendência de flexibilização das normas trabalhistas é uma realidade no Brasil, imposta por forças econômicas globalizadas, capitaneadas pelo neoliberalismo. Entretanto, no plano jurídico, vive-se, atualmente, um momento de profunda reformulação da hermenêutica constitucional. No paradigma pós-positivista, importantes princípios de interpretação das regras jurídicas, como a vedação do retrocesso social, impedem o esvaziamento de normas de proteção social já realizadas no plano infraconstitucional (Bonna, Aline Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização nas normas trabalhistas brasileiras. *Rev. Trib. Reg. Trab.* 3ª Reg., Belo Horizonte, v.47, n.77, p.51-66, jan./jun.2008).

Sob o enfoque da flexibilização, é bem verdade que o sistema jurídico brasileiro admite certas derrogações ao princípio de limitação da duração de trabalho, tais como o exacerbamento da jornada até 10 horas, podendo atingir-se o patamar de 12 horas quando esse excesso decorre de força maior ou de serviços inadiáveis, e intervalo intrajornada inferior a 1 hora ou superior a 2 horas, mas desde que haja deliberação do Ministério do Trabalho após prévia fiscalização na empresa onde se verifique que o estabelecimento atende integralmente os padrões fixados quanto à organização dos refeitórios, e desde que os empregados não estejam submetidos à jornada suplementar, em tudo corroborado por normas coletivas de convergência.

Sendo assim, a extralimitação do trabalho, a supressão parcial e/ou total dos intervalos durante e entre as jornadas, e a concessão de intervalos superlativos praticados pela requerida padecem de vícios insanáveis, pois não observada a forma prevista em lei.

Vale dizer, tem havido sistemática e impositiva renúncia ao princípio da limitação da duração do trabalho sem respaldo em lei, convenção ou acordo coletivo e ato emanado da autoridade pela fiscalização do cumprimento das normas trabalhistas.

Tal como revelado no libelo e reiterado na réplica, as infrações são tão densas e repetitivas que nem mesmo poderiam ser legitimadas por instrumentos normativos, tal como, aliás, já afirmou o Supremo Tribunal Federal:

Aos acordos e convenções coletivos de trabalho, assim como às sentenças normativas, não é lícito estabelecer limitações a direito constitucional dos trabalhadores, que nem à lei se permite. (RE 234.186-3/SP, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – 1ª Turma – Em 2041-4 – DJU 31.8.2001.)

Por esse viés, impõe-se aqui relembrar as normas celetistas tidas por violadas:

Art. 59 – A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de duas,

mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante convenção coletiva de trabalho.

Art. 61 – Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencionado, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.

§ 1º O excesso, nos casos deste artigo, poderá ser exigido independentemente de acordo ou convenção coletiva e deverá ser comunicado dentro de dez dias, à autoridade competente em matéria de trabalho, ou antes desse prazo, justificado no momento da fiscalização sem prejuízo dessa comunicação.

§ 2º Nos casos de excesso de horário por motivo de força maior, a remuneração da hora excedente não será inferior à da hora normal. Nos demais casos de excesso previsto neste artigo, a remuneração será, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) superior à da hora normal, e o trabalho não poderá exceder de doze horas, desde que a lei não fixe expressamente outro limite.

§ 3º Sempre que ocorrer interrupção do trabalho, resultante de causas acidentais, ou de força maior, que determinem a impossibilidade de sua realização, a duração do trabalho poderá ser prorrogada pelo tempo necessário até o máximo de duas horas, durante o número de dias indispensáveis à recuperação do tempo perdido, desde que não exceda de dez horas diárias, em período não superior a quarenta e cinco dias por ano, sujeita essa recuperação à prévia autorização da autoridade competente.

Art. 66 – Entre duas jornadas de trabalho haverá um período mínimo de onze horas consecutivas para descanso.

Art. 67 – Será assegurado a todo empregado um descanso semanal de vinte e quatro horas consecutivas, o qual, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço, deverá coincidir com o domingo, no todo ou em parte.

Art. 71 – Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de seis horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou

alimentação, o qual será, no mínimo, de uma hora e, salvo acordo escrito ou convenção coletiva em contrário, não poderá exceder de duas horas.

§ 1º Não excedendo de seis horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de quinze minutos quando a duração ultrapassar quatro horas.

§ 2º Os intervalos de descanso não serão computados na duração do trabalho.

§ 3º O limite mínimo de uma hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quando ouvido o Serviço de Alimentação de Previdência Social, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares.

§ 4º Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo cinquenta por cento sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. (Parágrafo acrescentado pela Lei n. 8.923, de 27.7.1994, DOU 28.7.1994)

§ 5º Os intervalos expressos no *caput* e no § 1º poderão ser fracionados quando compreendidos entre o término da primeira hora trabalhada e o início da última hora trabalhada, desde que previsto em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais do trabalho a que são submetidos estritamente os motoristas, cobradores, fiscalização de campo e afins nos serviços de operação de veículos rodoviários, empregados no setor de transporte coletivo de passageiros, mantida a mesma remuneração e concedidos intervalos para descanso menores e fracionados ao final de cada viagem, não descontados da jornada. (NR) (Parágrafo acrescentado pela Lei n. 12.619, de 30.4.2012, DOU de 2.5.2012)

Por irrefragáveis, os excessos e infrações às normas são reconhecidos pela própria requerida em sua contestação e petições avulsas, só

que sob o fundamento da eventualidade e/ou de necessidade imperiosa baseada na diversidade de órgãos e funções que a compõem.

Veja-se, a propósito, que os documentos exibidos com a contestação e petições avulsas denunciam a violação às normas. Se não, vejamos:

(a) Intervalo intrajornada de no mínimo 1 hora:

O exame dos cartões-ponto das folhas 246-8 pertencente ao empregado Dalton Luiz Scheunemann, revela que na jornada do dia 14.8.2012 houve a concessão de apenas 25 minutos de intervalo, do dia 8.10.2012 apenas 14 minutos e do dia 8.11.2012 apenas 5 minutos.

Igualmente, os cartões das folhas 252-4 do empregado Dirlei Maria da Silva evidencia violação do repouso nos dias 21.8.12 (46 minutos), 9.10.2012 (49 minutos) e 8.11.2012 (51 minutos).

Já nos cartões das folhas 228-230 pertencentes à empregada Adarlete M. Damasio Fagundes da Silva emerge que a concessão apenas parcial do intervalo nos dias 28.8-2012 (43 minutos), 14.9.2012 (50 minutos) e 6.11.2012 (53 minutos).

Tem-se ainda que os cartões das folhas 231-3 do empregado Alexsander Leber evidencia a violação nos dias 13.8.2012 (47 minutos), 27.9.2012 (50 minutos) e 9.11.2012 (47 minutos).

Por fim, com relação aos empregados Caroline Ivonete Pinheiro Kotowski (folhas 237-9), no dia 13.8.2012 houve intervalo de 54 minutos, no dia 30.8.2012 de 49 minutos e no 10.9.2012 de 54 minutos e em relação a empregada Claudia Regina Gonçalves (folhas 240-2), nos dias 20.8.2012 e 25.9.2012 de 53 minutos.

(b) Intervalo intrajornada de quinze minutos:

Ficou demonstrado o desrespeito ao disposto no § 1º do art. 71 da CLT pelo cotejo dos cartões de ponto da empregada Marla Surdi (folhas 268-70), a qual usufruiu intervalo intrajornada inferior a quinze minutos em

diversos dias, como por exemplo nos dias 14 (09min), 15 (10min), 16 (08min), 22 (12min), 28 (13min), 30 (13min) e 31 (09min) de agosto de 2012, além dos dias 11 (10min), 18 (09min), 19 (05min), 20 (08min), 25 (10min) e 28 (10min) de setembro de 2012.

Igual violação ocorreu com relação a empregada Claudionice Maciel dos Santos (folhas 243-45) nos dias 27.8.2012 (11min), 03 (12min), 12 (12min) e 27 (10min) de setembro de 2012, como também nos dias 09 (10min), 10 (13min) e 23 (12min) de outubro de 2012.

(c) Intervalo intrajornada superior a duas horas:

Exsurge dos cartões pertencentes à empregada Fabielle Christiane Barbosa (folhas 258-60) a concessão de intervalo de 7 horas no período de 27.8.2012 a 9.11.2012.

(d) Exacerbamento da jornada superior a 2 horas:

Os cartões das folhas 268-70 demonstram que a empregada Marla Surdi prestou trabalho extraordinário de 5h09min no dia 24.8.2012, de 3h10min no dia 3.9.2012 e de 3h58min no dia 6.11.2012.

Tal violação foi perpetrada em relação a Fabio Focking, conforme revela o cartão-ponto da folha 263, tendo o trabalhador trabalhado 07h05min extras no dia 2.10.2012 e 5h04min extras no dia 20.9.2012.

Evidenciado ainda o desrespeito ao art. 59 da CLT nos cartões das folhas 271-3 relativos a Wilson Francisco do N. Filho, o qual prestou mais de 2 horas extraordinárias nos dias 4.9.2012 (04h08min), 10.9.2012 (3h48min) e 9.10.2012 (4h37min).

Sucedeu também violação com relação aos empregados Alexander Leber (folha 231) nos dias 13.8.2012 (4h09min extras) e 15.8.2012 (8h34min extras) e Wilson James Correa (folha 275) no dia 19.10.2012 (2h58min extras).

(e) Intervalo interjornada:

A violação ao art. 66 da CLT resultou evidenciada pela análise dos cartões-ponto das fls.

262-4 referente ao empregado Fabio Focking, uma vez que concedido apenas parcialmente o intervalo entre jornadas de 11 horas nos dias 20/21.9.2012 (9h53min) e no dia 2/3.10.2012 (8h07min).

Essa situação se repete com relação a diversos outros empregados, tal como demonstrado nos cartões das folhas 231-33 de Alexander Leber, em que nos dias 13 e 14.8.2012 gozou intervalo de apenas 10h30min e nos dias 15 e 16.8.2012 o intervalo foi de apenas 10h40min, das folhas 237-39 de Caroline Ivonete Pinheiro Kotowski, houve, nos dias 16 e 17.8.2012 intervalo de 09h29min e nos dias 30 e 31.8.2012 de apenas 09h30min, das folhas 246-48 pertencente a Dalton Luiz Scheunemann, nos dias 10 e 11.9.2012 o intervalo foi de 10h50min, das folhas 258-60 de Fabielle Christine Barbosa, revelam que no período de 11-8 a 10.11.2012 usufruiu intervalo interjornada de aproximadamente 09 horas.

Uma vez ocorridas tais violações, cumpre obter que a cláusula legal de prorrogação temporária por motivo de força maior ou de necessidade imperiosa, não repousa na diversidade de *campi* e centros universitários e/ou na necessidade de se atender a demanda de mais de vinte mil alunos, pois isto é fato previsível e inserido dentro da contingência do fim social da fundação, mas, ao reverso, funda-se na ideia de que os extrapolações devem ser pautados em todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu direta ou indiretamente (CLT, art. 500).

Aí, então, advém a constatação de que se há uma demanda de mais de vinte mil alunos, é previsível o fato de que o quadro de profissionais nas diversas especialidades deve ser proporcional a essa exigência. Portanto, não se concebe que a força maior esteja fundada em situações previsíveis e para a qual concorreu diretamente o empregador mediante conduta omissiva em prevenir o que a lei visa obstar.

Evidenciada, pois, a extrapolação no limite da jornada e supressões parciais e totais dos repousos, resolvo condenar a requerida nas seguintes cominações:

1. Fazer:

1.a. conceder intervalo para repouso e alimentação mínimo de 1 hora e no máximo de 2 horas, sempre que a jornada exceder de 6 horas;

1.b. conceder intervalo para repouso e alimentação de 15 minutos quando a jornada for superior a 4 horas e não exceder de 6 horas;

1.c. conceder intervalo mínimo de 11 horas entre duas jornadas de trabalho;

2. Não Fazer:

2.a. abster-se de conceder ao empregado, durante a jornada de trabalho, período para repouso ou alimentação superior a 2 horas, sem que haja prévio acordo escrito individual ou norma coletiva;

2.b. abster-se de manter empregados trabalhando durante o período destinado ao repouso e alimentação;

2.c. abster-se de prorrogar a jornada normal de trabalho além do limite de 2 horas diárias, ressalvada as exceções de necessidade imperiosa e força maior, caso em que deverá haver prévia comunicação a autoridade de fiscalização do trabalho;

2.d. abster-se de permitir ou tolerar que seus empregados registrem período de intervalo não usufruído;

Por descumprimento de cada uma das cominações, com base no art. 461, § 5º, do CPC, fixo multa no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), revertida, na proporção de 50%, em favor do Centro de Referência em Saúde do Trabalhador de Santa Catarina — CEREST/SC e do Instituto Lar da Juventude de Assistência e Educação de Itajaí (Parque Dom Bosco).

2. Dano social e sua reparação. Em face das reiteradas práticas de violação às normas de duração do trabalho, vindica o Ministério

Público do Trabalho danos morais coletivos no importe mínimo de R\$ 500.000,00. Funda a pretensão na coibição das práticas e na reparação aos danos experimentados pela gama de trabalhadores integrantes do quadro e, em última análise, à sociedade.

A requerida contesta elegendo tese no sentido de que carece de fundamento legal a reparação coletiva oriunda de infrações à legislação trabalhista. Por outro lado, insiste na negativa de que cometera qualquer infração, senão nas hipóteses legalmente excepcionadas.

O dano moral, cuja previsão de indenização encontra-se inserida na Carta Constitucional de 1988 (art. 5º, V e X), pode resultar tanto da desmaterialização patrimonial, como pode também ser consequência de violação de sentimentos múltiplos, pertinente, entre outros, à vida, à honra, à imagem, à psiquê, à dignidade, à integridade física, ao decoro e aos atributos da família.

Em pertinente lição, Clayton Reis⁽⁸⁾ adverte que “A defesa desses padrões pessoais, sobre os quais se assentam os padrões da sociedade, é a defesa da própria sociedade”.

Vale dizer, a pessoa que causa dano a outrem, afetando-lhe os valores sociais e familiares, ofende não apenas este, mas toda a ordem social.

Já no campo das relações trabalhistas, parafraseando, Valdir Florindo⁽⁹⁾, assenta que:

Na verdade, essa ofensa ao empregado, afeta sensivelmente o ambiente de trabalho, contaminando todos os departamentos e demais setores, e, evidentemente, trazendo uma desarmonia na relação, pois todos os trabalhadores sentem-se agredidos quando um de seus colegas é alvo de ofensas morais cometidas pelo empregador. O respeito por parte deste diante de seus empregados, nas palavras, no comportamento, nos atos e até

(8) REIS, Clayton. *Dano Moral*. 3. ed. Editora Forense, 1994. p. 100.

(9) FLORINDO, Valdir. *Dano moral e o Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr. p. 327.

os gestos, estabelece um relacionamento natural e saudável, não propiciando agressões ou desrespeito. (...) Daí a afirmação de Aguiar Dias de que “o prejuízo imposto ao particular afeta o equilíbrio social”.

Eis porque, a ideia de reparação perpassa não só o indivíduo em seu patrimônio particular, mas toda a coletividade, pois sempre restará turbada em medida ainda mais grave a ordem social, impondo-se a sociedade reagir para obrigar o agente violador a recompor o prejuízo, cujo fim ontológico é evitar reincidência de tal prática lesiva a todos os trabalhadores indistintamente considerados.

Segue-se a isso que as práticas amiúde violadoras de normas de convívio social, tais como, por excelência, as trabalhistas, tem-se que a requerida feriu de morte o relevante padrão civilizatório das relações capital x trabalho, incidindo em verdadeiro retrocesso social, premissa, consoante afirmado, abominada pela ordem jurídica.

O que se impõe, desse modo, considerada a noção do que venha a ser um ser digno, filio-me ao pensamento clássico, segundo o qual a dignidade deve ser compreendida como integrante e irrenunciável da própria condição humana, devendo ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo ser criada, concedida ou retirada, conquanto existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente⁽¹⁰⁾.

Tem-se na dignidade, a teor de precedentes do Supremo Tribunal Federal, o postulado que representa princípio essencial e significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem

republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo⁽¹¹⁾.

Jorge de Miranda, ao versar o tema, conclui inexoravelmente que o princípio da dignidade atua como o ‘alfa e o omega’ do sistema de liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais⁽¹²⁾.

Foi aí que a ignomínia aos postulados trabalhistas da prevenção à fadiga infringiu esta noção primacial de consideração e respeito pelo ser humano e, no caso, à própria sociedade, lhe sendo arrancada arbitrariamente o direito ao lazer e ao convívio social, valendo notar, sob tal aspecto, que essa necessidade constitui medida de valorização do homem, princípio de igual hierarquia e importância, tal como apregoados na Constituição da República (arts. 1º, IV, 5º e 7º).

Com maior razão apregoar-se, então, que o exercício do poder potestativo do empregador traduziu-se em abuso de direito⁽¹³⁾, que se caracteriza quando o preceito legal imperativo é observado de modo objetivo e violado subjetivamente, traduzindo-se em dispensa discriminatória apta a violar uma gama de princípios constitucionais, consoante afirmado,

(10) SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 42.

(11) (HC n. 85.988-MC, rel. Min. Celso de Mello, DJ 10.6.05). No mesmo sentido: HC n. 85.237, rel. Min. Celso de Mello, DJ 29.4.05; HC n. 86.360, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 23.9.05).

(12) Cf. F. DELPÉRÉE. O direito à dignidade da pessoa humana, p. 161 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 77.

(13) Consoante lição de Jossierand “É evidente que cada um de nossos direitos subjetivos deve visar a determinado fim: cada um deles tem uma missão própria a cumprir, significando isto que todos devem realizar-se conforme o espírito da instituição; em realidade, numa sociedade organizada, os pretendidos direitos subjetivos são direito-função; não devem sair do plano da função a que correspondem, pois, do contrário, seu titular os desvia de seu destino, cometendo um abuso de direito: o ato abusivo é o ato contrário ao fim da instituição, ao seu espírito e à sua finalidade.” (*El espíritu de los derechos y su relatividad*. Trad. Espanhola, 1946, Ed. Cajica, p. 188 *apud* SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito do Trabalho e Previdência Social – Pareceres*. vol. X São Paulo: LTr, 2000. p. 113).

e também infraconstitucionais e, quanto a esta ordem, especialmente o art. 187 do Código Civil de 2002, *verbis*:

Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Não significa que a positivação do abuso de direito como obrigação de indenizar valha somente para os atos desse jaez cometidos depois da entrada em vigor do novo Código Civil, dado que o Direito sempre repudiou com veemência ao ato abusivo, consoante obtempera Cunha de Sá: “a expressa qualificação de ilegitimidade, se não resolve a dúvida sobre a autonomia dogmática do ato abusivo, é pelo menos equivalente à de antijuridicidade.”⁽¹⁴⁾ Daí, sendo o abuso de direito um ato antijurídico, complementa o citado autor: “haverá de concluir-se que as suas consequências normativas serão as mesmas de todo e qualquer ato antijurídico em geral.”⁽¹⁵⁾

Todo direito outorgado pela ordem jurídica deve ser exercido por seu titular de forma a retirar-lhe todo o proveito útil possível. Entrementes, o uso dos direitos não é absoluto, encontrando limites na utilização anormal, que foge do razoável e da ética, atingindo a esfera jurídica de outros indivíduos mediante ato tendente a transbordar o que se considera comportamento normal e tolerável. Isto é, considera-se abusivo o uso de um direito quando o ato danifica o patrimônio — material ou imaterial — de outrem.

A respeito, vale lembrar as bem lançadas considerações de Fabrício Zamprogna Matiello:

O abuso do direito, portanto, consiste na utilização do mesmo como fonte de prejuízo,

transtorno ou malefício a outrem sem que o agente tenha outro desiderato senão o de fustigar, causar o mal ou simplesmente atuar como se nenhum outro direito senão o seu existisse. Há evidente cunho ético na norma, pois objetiva evitar que a falta de obstáculo normativo à conduta do titular do direito autoriza-o implicitamente a praticar toda e qualquer forma de ato, ainda que não lhe traga proveito algum e vise unicamente causar danos a terceiro. O abuso de direito é visto como ato ilícito no ordenamento pátrio, dele decorrente todas as consequências da ilicitude civil, tais como: dever de indenizar, obrigação de fazer cessar a abusividade, reposição ao estado anterior etc.⁽¹⁶⁾

Importante notar que a teoria do abuso do direito é uma tendência mundial, vastamente encontrada no Direito Comparado. Alex Moisés Tedesco cita, como exemplos, os Códigos Civis da Suíça e da Alemanha:

Um exemplo disto é o disposto no art. 2º do CC Suíço, *in verbis*: “... todos têm, no exercício de seus direitos, e na execução de suas obrigações, de agir de acordo com a boa-fé. O abuso evidente de um direito não encontra proteção legal.” O outro dispositivo semelhante é o art. 226 do CC Alemão, que considera “... o exercício de um direito inadmissível se ele tiver, unicamente por fim, causar dano a outrem”⁽¹⁷⁾.

Vale dizer, a teoria do abuso de direito está baseada no repúdio ao mau exercício de um direito e nega que os direitos sejam absolutos. É verdade que muitas vezes o abuso não é evidente, pois é sempre praticado sob o apanágio do exercício regular de direito com objeto lícito.

(14) CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 637; *apud* STOCO, Rui. (A Responsabilidade Civil). *O novo Código Civil*: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003. p. 804.

(15) *Idem*.

(16) MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código civil comentado*. São Paulo: LTr, 2003. p. 149.

(17) TEDESCO, Alex Moisés. Desconsideração da personalidade jurídica no novo código civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 19, p. 155, set./out. 2002.

A ilicitude, entretanto, está no mau uso do direito de modo a causar um resultado considerado ilícito.

É oportuna, nesse ponto, a lição de Arnaldo Süssekind, citando Josserand:

É evidente que cada um de nossos direitos subjetivos deve visar a determinado fim: cada um deles tem uma missão própria a cumprir, significando isto que todos devem realizar-se conforme o espírito da instituição; em realidade, numa sociedade organizada, os pretendidos direitos subjetivos são direito-função; não devem sair do plano da função a que correspondem, pois, do contrário, seu titular os desvia de seu destino, cometendo um abuso de direito: o ato abusivo é o ato contrário ao fim da instituição, ao seu espírito e à sua finalidade.⁽¹⁸⁾

Vê-se, ademais, que o princípio da igualdade dirige-se tanto em face do Estado, quanto do particular, que não pode pautar-se por condutas de índole discriminatória.

Erige-se sublinhar, por imperioso, que as violações ao princípio da extralimitação do trabalho feriu também o princípio da boa-fé, instituto aliás contemplado no Novo Código Civil⁽¹⁹⁾ e, consoante adverte Américo Plá Rodriguez:

(...) refere-se à conduta da pessoa que considera cumprir realmente com o seu dever. Pressupõe uma posição de honestidade e honradez no comércio jurídico, porquanto contém implícita a plena consciência de não enganar, não prejudicar, nem causar danos. Mais ainda: implica a convicção de que as transações são cumpridas normalmente, sem trapaças, sem abusos, nem desvirtuamentos.⁽²⁰⁾

(18) *El espíritu de los derechos y su relatividad*. Trad. Espanhola, 1946, Ed. Cajica, p. 188 *apud* SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito do Trabalho e Previdência Social – Pareceres*. vol. X. São Paulo: LTr, 2000. p. 113)

(19) Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

(20) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978. p. 266.

Nessa ordem de ideias, sendo o contrato uma operação econômica que se desenvolve no tempo e com o objetivo de satisfazer os legítimos e razoáveis interesses dos contratantes, todas as condutas indispensáveis ao alcance desse fim social e econômico justificam-se pelo princípio da **boa-fé**.

Daí, verifica-se na boa-fé subjetiva verdadeira regra de conduta fundada no dever dos contratantes se comportarem como pessoas probas, leais, honestas, retas que respeitam os interesses mútuos do contrato e também dos demais membros da sociedade.

É também pela boa-fé que se impede o exercício arbitrário dos direitos contratuais potestativos e de impor cláusulas excessivamente vantajosas para uma das partes em detrimento da outra. Enfim, pela boa-fé:

As partes são obrigadas a dirigir a manifestação de vontade dentro dos interesses que as levaram a se aproximarem, de forma clara e autêntica, sem o uso de subterfúgios ou intenções outras que não as expressas no instrumento formalizado. A segurança das relações jurídicas depende, em grande parte, da lealdade e da confiança recíproca.⁽²¹⁾

Por conseguinte, tenho que o empregador feriu também o princípio da boa-fé ao promover repetidas violações ao direito ao lazer e de prevenção à fadiga.

Portanto, se dano houve, deve-se então recompor o prejuízo havido.

Sobre a temática, mostra-se importante relembrar as irrepreensíveis lições de Pontes de Miranda:

Quem danificou há de indenizar. Dano é a perda, dano é o prejuízo sofrido. A expressão ‘perdas e danos’ torna explícito que há

(21) RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. n. 8.6, vol. I, Rio de Janeiro: Aide, 1988. p. 45, *apud* THEODORO DE MELLO, Adriana Mandim. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 16, p. 12, mar./abr. 2002.

o dano total e os danos que não excluem o bem. Não só as coisas podem sofrer danos. Há danos ao corpo e à psique. Nas relações da vida, o ser humano há de indenizar o dano que causa. O ser humano que sofreu o dano há de ser protegido pelo direito material no sentido de ter direito, pretensão e ação contra o ofensor.⁽²²⁾

O atual Código Civil, repetindo a teoria da culpa consagrada no Código de 1916, exceto na parte que prevê a responsabilidade também por dano moral, dispõe em seu art. 186 que:

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Relativamente ao *quantum debeatur*, desde logo vale lembrar que o atual Código Civil, ao disciplinar a quantificação da reparação do dano, traz em seu art. 944 verdadeira norma principiológica ao prescrever que “A indenização mede-se pela extensão do dano”, podendo o juiz fazer uso da equidade “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”.

Já o art. 953, que dispõe sobre a indenização por ofensa à honra, o legislador, de igual modo, remete o juiz à equidade. Isto é, sempre que o caso concreto referir-se a dano da personalidade, não há regra jurídica que discipline a quantificação de indenização de modo tarifado, como o faz nos casos de danos patrimoniais, onde se calcula exatamente o desfalque sofrido no patrimônio da vítima e a indenização consistirá no seu exato montante. (CCB, arts. 948 a 952).

Entretanto, como observa Umberto Eco, “o texto, conquanto ofereça uma deriva infinita de sentidos, fixa o limite da interpretação da lei. Por mais vago, confuso, ambíguo, obscuro que seja o texto, é daí que o intérprete, por

mais desconstrucionista que seja, extrai suas conclusões, lógicas e exequíveis”⁽²³⁾.

É a partir desse raciocínio que resulta inextricável a premissa segundo a qual a indenização deve ser fixada em montante capaz de produzir no ofendido uma sensação contrária à dor, à angústia, à tristeza e que de certa forma lhe traga alguma alegria de viver e algum conforto material, mas o arbitramento deve aproximar-se do que seja prudente e equitativo, e, para tal, deve o juiz apoiar-se em certos parâmetros relevantes: (a) o nível econômico do ofendido; (b) o porte econômico do ofensor; (c) a gravidade da ofensa; (d) o grau de culpa (leve, grave ou gravíssima); (e) o bem jurídico tutelado (no caso, prevenção à fadiga); (f) a extensão e duração objetiva dos efeitos da ofensa; (g) a possibilidade de superação física e psicológica da ofensa (possível, no caso); (h) a inexistência de retratação pela lesão; (i) efetivo esforço tendente a minimizar a ofensa ou a lesão; (j) que a reparação civil não compreende apenas a reparação pela ofensa, mas igualmente comporta um caráter pedagógico pela punição, que deve servir de exemplo para evitar que o ato culposos não torne a suceder; (l) o fim social do ofensor, pairando, sob esse enfoque, a atenuante baseada no fato de que a requerida presta relevantes serviços de socialização do conhecimento por meio do ensino, de pesquisa e extensão, estabelecendo parcerias solidárias com a comunidade em busca de soluções coletivas para problemas locais e globais, mantendo o hospital pequeno anjo, o laboratório de pesquisa e produção de medicamentos, a rádio universitária, a TV comunitária, o eco museu, o museu de oceanografia e a pastoral universitária.

Isso posto, na forma dos arts. 186, c/c 927, 949 e 950 do Código Civil, a requerida é compelida a efetuar o pagamento de indenização por danos morais coletivos fixada em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

(22) MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXVI, parte 1, capítulo III. 3. ed. Rio de Janeiro, 1971. p. 24.

(23) MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. Parâmetros de arbitramento e base de cálculo do dano moral decorrente do contrato de trabalho e competência. *Revista Justiça do Trabalho*, HS Editora, n. 185, p. 107.

III – Dispositivo

PELOS FUNDAMENTOS EXPOSTOS, resolvo rejeitar a prefacial de carência de ação, pois presente a tríade condição. No mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC, resolvo ACOLHER PARCIALMENTE os pedidos formulados pelo/a autor/a, MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, cominando a/o ré/u, FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ — UNIVALI, nos termos da fundamentação *supra*, nas seguintes obrigações de:

1. Fazer:

1.a. Conceder intervalo para repouso e alimentação mínimo de 1 hora e no máximo de 2 horas, sempre que a jornada exceder de 6 horas;

1.b. Conceder intervalo para repouso e alimentação de 15 minutos quando a jornada for superior a 4 horas e não exceder de 6 horas;

1.c. Conceder intervalo mínimo de 11 horas entre duas jornadas de trabalho;

2. Não Fazer:

2.a. Abster-se de conceder ao empregado, durante a jornada de trabalho, período para repouso ou alimentação superior a 2 horas, sem que haja prévio acordo escrito individual ou norma coletiva;

2.b. Abster-se de manter empregados trabalhando durante o período destinado ao repouso e alimentação;

2.c. Abster-se de prorrogar a jornada normal de trabalho além do limite de 2 horas diárias, ressalvadas as exceções de necessidade imperiosa e força maior, caso em que deverá prévia comunicação a autoridade de fiscalização do trabalho;

2.d. Abster-se de permitir ou tolerar que seus empregados registrem período de intervalo não usufruído;

3. Pagar:

3.a. Por descumprimento de cada uma das cominações, em multa no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), revertida, na proporção de 50%, em favor do Centro de Referência em Saúde do Trabalhador de Santa Catarina – CEREST/SC e do Instituto Lar da Juventude de Assistência e Educação de Itajaí (Parque Dom Bosco).

3.b. Reparação por danos morais sociais no importe de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), corrigidos a partir da publicação da sentença.

Custas pela requerida, no importe de R\$ 3.000,00, calculadas sobre R\$ 150.000,00, valor provisório da condenação.

Cientes.

Cumpra-se após o trânsito em julgado.

Jurisdição prestada.

NADA MAIS.

Juiz OZÉAS DE CASTRO

8ª Vara do Trabalho de Curitiba – PR

Processo: RT 03831/2013

Autora: ARISA ANNES COSTA GONÇALVES

Réu: TIM CELULAR S.A.

Submetido o processo a julgamento, visando solver o conflito intersubjetivo de interesses, foi proferida a seguinte:

SENTENÇA

Vistos etc.

I – RELATÓRIO

ARISA ANNES COSTA GONÇALVES, já qualificada à fl. 02, ajuizou ação trabalhista em face de TIM CELULAR S.A., igualmente qualificada, postulando em resumo: diferenças salariais por equiparação salarial; indenização por danos morais; FGTS; multa do art. 477 da CLT; justiça gratuita; honorários advocatícios. Atribuiu à causa o valor de R\$ 27.500,00 (fl. 07).

A ré apresentou contestação escrita refutando os pedidos, fls. 17/26.

Documentos foram juntados.

Foi colhido o interrogatório da parte autora e o depoimento de duas testemunhas, fls. 157/160.

Sem outras provas, encerrou-se a instrução processual.

Razões finais oportunizadas.

As tentativas conciliatórias restaram infrutíferas.

Julgamento designado para esta data.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

MÉRITO

1.1. EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Postula a reclamante diferenças salariais por equiparação salarial com a paradigma MARIA JOSÉ DO NASCIMENTO, sob a alegação de que exerciam as mesmas funções com igual produtividade e perfeição técnica, a partir do ano de 2010.

A ré alega que não há identidade de funções. Aduz que o setor em que trabalhavam era dividido em áreas, com diversas modalidades de atendimento.

O art. 461 da CLT traz como requisitos ao reconhecimento da equiparação salarial idêntica função, com igual produtividade e mesma perfeição técnica, com diferença de tempo não superior a 2 anos.

Ao autor cabe prova do fato constitutivo do seu direito — exercício do labor em idêntica função do paradigma — e ao réu, do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor — diferença de tempo de trabalho na função superior a dois anos e/ou diferente produtividade e qualidade técnica do paradigma.

Pois bem. Da análise da prova oral colhida, infere-se que autora e paradigma efetivamente desempenharam as mesmas atividades.

A testemunha Sabrina esclareceu ao juízo que a modelo trabalhou com a depoente e a reclamante inicialmente na célula de alto valor e após na célula *premium* (itens 2, 3, 20), sendo que não havia trabalho que a paradigma fizesse que a reclamante não fizesse, inclusive quando passaram a trabalhar na célula *premium* (itens 5, 30, 31).

A informante Jucimara foi ouvida apenas como informante, motivo pelo qual o juízo considera que suas declarações são destituídas de valor probante, porquanto não houve o compromisso legal, conforme art. 828 da CLT.

Diante do conjunto probatório colhido, verifica-se que a reclamante logrou êxito em comprovar fato constitutivo de seu direito — exercício de trabalho em idêntica função da paradigma.

Por outro lado, a ré sequer alegou a existência de diferença de tempo na função superior a 2 anos e diferença na produtividade ou qualificação técnica da autora e paradigma.

Comprovados os requisitos do art. 461 da CLT, é devido o pagamento de diferenças salariais decorrentes da equiparação salarial com a modelo MARIA JOSÉ DO NASCIMENTO a partir de janeiro 2010 (nos limites da inicial, conforme item II, fl. 03), bem como reflexos em férias acrescidas de 1/3, gratificação natalina e FGTS.

Considerando que a ré juntou aos autos apenas os recibos de pagamento da modelo relativo a janeiro de 2011 em diante, fls. 111 e seguintes, observe-se, relativamente ao período anterior, as alterações salariais constantes no registro de empregado de fl. 110.

Não há que se falar em reflexos em RSR, porquanto a autora e paradigmas recebiam salário fixo mensal, nos termos do art. 7º, da Lei n. 605/49.

O valor do salário da reclamante, até o final da contratualidade, não deverá sofrer redução, em face do princípio da irredutibilidade salarial, nos termos do art. 7º, VI, da Constituição Federal, mas deverá observar os reajustes convencionais e voluntários efetivados pela ré posteriormente.

Defere-se.

1.2. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Requer a parte autora indenização por danos morais, sob os seguintes fundamentos: A reclamada restringia o uso do banheiro;

as portas dos sanitários eram transparentes, ressaltando que houve época em que um funcionário do sexo masculino fazia a limpeza dos banheiros; a ré procedia à divulgação dos resultados de avaliações; a reclamante sofria ameaças, por parte da supervisora, de mudança de horário caso faltasse, ainda que tal fosse justificado mediante a apresentação de atestado médico, bem como pressões e ameaças pelo não atendimento de metas; a supervisora Gessiane, por qualquer motivo gritava com a depoente de longe, o que causava grande constrangimento, chegando a dizer “que a porta da rua era a serventia da casa”.

A reclamada refuta o pleito, aduzindo que sempre exerceu seu poder potestativo dentro dos limites legais.

Pois bem. A testemunha Sabrina esclareceu que a ida ao banheiro era considerada pelo sistema como “*pausa descanso*”, sendo que fora dessas pausas era necessário mandar um *e-mail* para o supervisor solicitando autorização para ir ao banheiro, esclarecendo ainda que tal nem sempre era possível, a depender da fila de espera de atendimento de clientes (itens 6, 8, 9). Ainda, afirmou de forma categórica que alguns supervisores não permitiam que os funcionários deixassem a PA para ir ao banheiro, ressaltando que durante a medição da Anatel “*não podia de forma alguma fazer pausas para ir ao banheiro*”, “*era o pior dia para trabalhar*” (itens 7, 10, 11). Por fim, relatou ao juízo que presenciou a autora sendo impedida de deixar a PA para ir ao banheiro, muito embora estivesse menstruada, de modo que a testemunha teve que emprestar uma blusa para a reclamante amarrar na cintura (item 33).

No que diz respeito à transparência das portas dos banheiros, a testemunha confirmou que tais eram de “*vidro fumê*”, o que possibilitava a identificação da colega que estava no local, bem como que havia um funcionário do sexo masculino que fazia a limpeza do local, sendo que nem sempre este avisava quando estava adentrando no banheiro, “*às vezes saíam do*

banheiro e davam de cara com ele” (itens 13, 14, 15, 16).

Relativamente às avaliações dos funcionários, confirmou que tais eram repassadas de modo coletivo, “*todo mundo sabia da avaliação dos demais funcionários*” (item 12). Quanto à supervisora Gessiana, a testemunha esclareceu que esta falava alto, inclusive dando advertência para os funcionários na frente dos demais, ressaltando que tal ocorria com mais frequência em relação à reclamante (itens 17, 18, 19). Por fim, a testemunha ouvida também confirmou que os funcionários eram ameaçados de alteração de horário de trabalho (para o pior horário) na hipótese de falta, esclarecendo que tal ocorreu com a reclamante em uma ocasião em que esta levou o filho ao médico e apresentou um atestado (itens 34, 35, 37).

Conforme já exposto no item anterior, a testemunha Jucimara foi ouvida apenas como informante, motivo pelo qual o juízo considera que suas declarações são destituídas de valor probante.

Por todo o exposto, da análise da prova oral colhida, depreende-se que a autora, de modo inequívoco, logrou êxito em comprovar os fatos alegados na exordial, nos termos do art. 818 da CLT c/c art. 333 do CPC, aplicável supletivamente ao Processo do Trabalho, de modo que a reclamada deve indenizar a parte autora pelos danos morais sofridos.

A reparação do dano moral, além de resultar de expressa previsão constitucional (art. 5º, V e X) é um dos deveres do empregador, e a fixação do *quantum* indenizatório se faz na forma dos arts. 927 e seguintes do Código Civil, ou seja, por arbitramento. A dor moral não tem peso, odor, forma, valor ou tratamento eficaz. Só o tempo pode curá-la e o seu transcurso é igualmente penoso. Antes de se configurar simples lenitivo, a reparação pecuniária responde ao civilizado desejo coletivo de justiça social do que ao inato sentimento individual de vingança.

Deve representar, portanto, um ganho pecuniário ao ofendido, sem enriquecê-lo, e ter o

caráter pedagógico para o ofensor, na medida de representar uma melhor reflexão diante de casos semelhantes que se lhe apresentem. A doutrina do Ministro João Oreste Dalazen, para a fixação do valor da indenização por dano moral é neste sentido, *in verbis*:

deve-se 1) *compreender que o dano moral em si é incomensurável*; 2) *considerar a gravidade objetiva do dano*; 3) *levar em conta a intensidade do sofrimento da vítima*; 4) *considerar a personalidade (antecedente, grau de culpa, índole, etc.) e o maior ou menor poder econômico do ofensor*; 5) *não desprezar a conjuntura econômica do país*; 6) *pautar-se pela razoabilidade e equidade na estipulação, evitando-se, de um lado, um valor exagerado e exorbitante, a ponto de levar a uma situação de enriquecimento sem causa, ou à especulação, ou conduzir à ruína financeira o ofensor; de outro, evitando-se um valor tão baixo que seja irrisório e desprezível, a ponto de não cumprir a função inibitória.*” (In: Aspectos do dano moral trabalhista. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, v. 65, n. 1, p. 69-84, out./dez. 1999).

Neste mesmo sentido, STOCO esclarece que o dano material é indenizado pelo equivalente em dinheiro, ao passo que o dano moral é compensado por um valor convencional, sendo que a indenização deve obedecer ao “*binômio do equilíbrio*”, ou seja, a compensação pela ofensa não deve ser fonte de enriquecimento para o ofendido, e também não deve ser causa de ruína para o ofensor (STOCO, Rui *apud* SIMM, Zeno. *Acosso psíquico no ambiente de trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 229).

Entretanto, a análise de outros processos em que a reclamada foi demandada pelo mesmo pedido e causa de pedir (indenização por danos morais pela restrição de uso do banheiro) evidencia que os valores arbitrados não têm cumprido o caráter pedagógico para o ofensor, muito embora tenham cumprido o espoco de não enriquecer os ofendidos.

A título exemplificativo, citam-se duas sentenças prolatadas por este juízo (autos 01073-2011-008 e autos 24679-2010-008) nas

quais a reclamada foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 5.000,00 e R\$ 6.000,00, respectivamente. Citam-se ainda os seguintes Acórdãos prolatados pelo E. TRT da 9ª Região, em que houve a fixação do *quantum* indenizatório em valores que variam entre 1.000,00 e 10.000,00 (autos 20971-2011-010, R\$ 3.000,00, ano 2013; autos 24086-2010-003, R\$ 1.500,00, ano 2013; autos 26284-2012-009, R\$ 5.000,00, ano 2013; autos 08234-2011-088, R\$ 10.000,00, ano 2012; autos 02264-2010-011, R\$ 1.000,00, ano 2011).

Desta forma, não obstante as inúmeras condenações impostas em decorrência da prática do mesmo ilícito, resta demonstrado de forma inequívoca que os valores arbitrados não estão cumprindo a finalidade do caráter pedagógico em relação à reclamada, porquanto esta continua a praticar o ilícito diante das indenizações irrisórias a que foi condenada a pagar, sem tomar qualquer iniciativa para melhorar o ambiente de trabalho e as condições laborais de seus empregados.

Assim, entende-se que deve ser imposta à ré uma condenação de valores mais significativos, de modo a desencorajá-la a manter a prática de restringir o uso do banheiro pelos funcionários, conduta esta que vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana consagrado pela Constituição da República no seu art. 1º, II.

É neste sentido o entendimento de DALAZEN, segundo o qual “o pagamento não é apenas uma compensação, constituindo-se também em sanção ou castigo ao ofensor, atribuindo-lhe um nítido caráter punitivo, destinado a inibir ou desencorajar pelo efeito intimidativo do valor econômico, a reincidência na ofensa a bens da personalidade objeto da tutela jurídica” (DALAZEN, João Oreste *apud* SIMM, Zeno. *Acosso psíquico no ambiente de trabalho*, ob. cit., p. 227).

Muito embora DALAZEN advirta para o perigo da “*industrialização do dano moral*”, ou seja, do crescimento dos litígios sobre o

tema diante do deferimento de indenizações vultosas, cumpre ressaltar que na hipótese dos autos deve prevalecer o escopo do caráter pedagógico do ofensor em detrimento do enriquecimento da reclamante, com base no princípio da ponderação, porquanto o “*binômio do equilíbrio*” acima mencionado não cumpriu com seu escopo de inibir a prática ilícita da ré (DALAZEN, João Oreste *apud* SIMM, Zeno. *Acosso psíquico no ambiente de trabalho*, ob. cit., p. 229).

Outrossim, são as condenações anteriores, com valores módicos, que não atingem o escopo pedagógico para o ofensor, conforme já explicitado, que estão fomentando tais ações no Poder Judiciário. E isto ocorre porque com indenizações por danos morais em valores ínfimos para a empresa, esta não tem qualquer interesse em ajustar o ambiente de trabalho, sendo mais barato pagar eventuais ações trabalhistas do pequeno número de empregados que reclamarem judicialmente. De outro lado, para os empregados ofendidos, como o meio ambiente de trabalho continua pernicioso, é praticamente certa a indenização em valores que não vão enriquecê-los.

Conclui-se, portanto, que a reclamada não só deixa de proceder à adequação do meio ambiente de trabalho, como continua a praticar o assédio moral organizacional, o que restou demonstrado de forma categórica na hipótese dos autos, sendo indiscutível que as condenações já impostas, com valores que variam entre R\$ 1.000,00 e R\$ 10.000,00, não são suficientemente punitivas a ponto de desencorajar a prática do ilícito.

No que diz respeito ao *quantum* a ser fixado, o entendimento de SANTOS também é no sentido de que a indenização deve ser tida como medida de caráter exemplar e sancionador, propondo a observância de alguns critérios para quantificação, *in verbis* (SANTOS, Antônio Jeová *apud* SIMM, Zeno. *Acosso psíquico no ambiente de trabalho*, ob. cit., p. 230):

- a) Gravidade da falta; b) Situação econômica do ofensor; c) Os benefícios buscados ou

obtidos com o ato ilícito; d) A posição de maior poder do ofensor; e) O caráter anti-social da conduta; f) A finalidade dissuasória futura perseguida; g) A atitude posterior do ofensor ao ser descoberto; h) O número e nível dos empregados comprometidos; i) Os sentimentos feridos da vítima.

THEODORO JÚNIOR recomenda que o juiz considere o nível econômico do ofendido e o porte econômico do ofensor para fins de arbitramento prudente e equitativo (THEODORO JÚNIOR *apud* SIMM, Zeno. *Acosso psíquico no ambiente de trabalho*, ob. cit., p. 230). Ainda, STOCO aduz ser necessário analisar a intensidade do dolo ou grau da culpa, de modo que a maior gravidade da culpa aumenta o *quantum debeatur* (STOCO, Rui *apud* SIMM, Zeno. *Acosso psíquico no ambiente de trabalho*, ob. cit., p. 230).

Por todo o exposto, considerando principalmente a finalidade dissuasória futura perseguida e a atitude posterior do ofensor ao ser descoberto (restando demonstrado que mesmo diante de inúmeras condenações a reclamada continuou a praticar o ilícito de restringir o uso do banheiro), a ré deve indenizar a parte autora no equivalente a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) a título de indenização por danos morais por todos os constrangimentos sofridos, nos termos da fundamentação *supra*. Entende-se que o valor fixado é adequado, considerando-se as circunstâncias legais, como o grau de culpa do ofensor, a situação econômica das partes e a extensão do dano.

Defere-se.

1.3. ENTREGA DO TRCT

Narra a inicial que a parte autora não recebeu o TRCT porquanto não pôde comparecer no dia agendado para a homologação da rescisão contratual, motivo pelo qual pleiteia a entrega do TRCT.

Indefere-se a pretensão, por falta de interesse da parte autora e desnecessidade na manutenção do documento mencionado.

1.4. FGTS

Sobre as verbas salariais da condenação, deve incidir o FGTS à razão de 8%, sendo que deverá ser depositado na conta vinculada da obreira, sob pena de execução direta e depósito pelo juízo acrescido das multas na conta vinculada.

1.5. MULTA DO ART. 477 DA CLT

A eventual existência de diferenças no pagamento das verbas rescisórias não enseja a aplicação da penalidade do art. 477, § 8º da CLT, quando a empresa-demandada pagou tempestivamente, nos termos do § 6º do mesmo artigo, as verbas que entendia devidas. Assim é o entendimento jurisprudencial:

TRT-PR-22-06-2012 MULTA DO ART. 477 DA CLT. DIFERENÇAS PLEITEADAS EM JUÍZO. Nos termos do § 6º do art. 477 da Consolidação Trabalhista, a multa por atraso no pagamento dos haveres rescisórios tem lugar quando ocorrer falta de pagamento, ou pagamento intempestivo, das verbas rescisórias reconhecidas como devidas pelo empregador, ou seja, aquelas expressamente elencadas no termo rescisório, o que não é o caso. Assim, eventual apuração de diferenças de verbas rescisórias, através de decisão judicial, não é suficiente para a incidência do § 8º do art. 477 da CLT. Recurso do Reclamante a que se nega provimento, no particular. TRT-PR-00702-2010-670-09-00-4-ACO-27160-2012 - 7ª Turma. Relator: Ubirajara Carlos Mendes. Publicado no DEJT em 22.6.2012.

Indefere-se.

1.6. JUSTIÇA GRATUITA

A parte autora faz jus às isenções previstas no art. 3º da Lei 1.060/50 e parágrafo 3º do art. 790 da CLT, já que comprovou o seu estado de hipossuficiência econômica mediante afirmação efetivada por seu advogado, nos moldes requeridos pela Lei 7.115/83.

1.7. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Na Justiça do Trabalho os honorários advocatícios são devidos diante da ocorrência dos pressupostos prescritos no art. 14 da Lei

n. 5.584/70, quais sejam, o empregado estar assistido pelo sindicato da categoria profissional e comprovar sua miserabilidade jurídica. *In casu*, indevidos os honorários pretendidos, porquanto não preenchidas as exigências contidas no art. 14 da Lei 5.584/70.

1.8. ÉPOCA PRÓPRIA DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DOS DÉBITOS TRABALHISTAS

Desde já, este Juízo traça o parâmetro para aplicação da correção monetária dos haveres trabalhistas, concernente à época de sua incidência, adotando o posicionamento da corrente jurisprudencial, a qual defende o direito da atualização pelo mês de vencimento da obrigação, e não a do mês seguinte, vez que não se deve confundir a prerrogativa legal deferida ao empregador para o pagamento de salários especificamente, até o mês subsequente, com a atualização dos débitos trabalhistas, acima analisados, sob pena de irremediável prejuízo ao(à) obreiro(a).

De fato é sabido que a correção monetária destina-se tão somente a atualizar, a corrigir o valor monetário, e repor o poder de compra do dinheiro, ou o valor do bem corroído pelo processo inflacionário.

Em razão do exposto, determina-se a correção monetária dos débitos trabalhistas a partir do mês da prestação dos serviços.

1.9. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS

No que diz respeito aos recolhimentos fiscais e previdenciários, adoto o entendimento firmado na Súmula n. 368 do C. TST incisos I, II e III.

Os descontos previdenciários são encargos de toda a sociedade. O empregado, portanto, também deve estar sujeito a eles. Assim, as contribuições previdenciárias (Lei n. 8.212/91) devem ser atribuídas às partes, em proporção, cabendo ao empregado responder pela sua quota de participação.

Corroborado tal entendimento pela posição majoritária da doutrina de que, embora a obrigação de efetuar o recolhimento da contribuição previdenciária ao órgão competente seja exclusiva do empregador, não fica o empregado desonerado de sua parte. Tal tese é embasada no art. 195 da Constituição Federal e o art. 11 da Lei n. 8.212/91, nos quais o financiamento da seguridade social também deverá ser realizado pelo empregado. Nos termos do item III da Súmula n. 368 do C. TST, adota-se como critério de apuração o disposto no art. 276, § 4º, do Decreto n. 3.048/99, que regulamenta a Lei n. 8.212/91 e determina que a contribuição do empregado, no caso de ações trabalhistas, seja calculada mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas no art. 198, observando o limite do salário de contribuição.

Quanto aos descontos fiscais, com fulcro na Súmula 368, item II, do C. TST, o empregador é responsável pelo recolhimento das contribuições fiscais que resultarem de condenação judicial, devendo a apuração dos descontos considerar as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem os rendimentos, nos termos do Ato Declaratório n. 01/09 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Ademais, o Ato Declaratório citado tem como base o Parecer n. 287/09 da PGFN que recomendou o recolhimento dessa forma tendo em vista a jurisprudência reiterada do STJ, e o fato de que o art. 12 da Lei n. 7.713/88 disciplina o momento da incidência e não a forma de calcular o imposto.

Os juros de mora não configuram renda e proventos de qualquer natureza, mas meros componentes indissociáveis do valor da indenização, nos termos do art. 404 do Código Civil, motivo pelo qual não servem de base de cálculo para o Imposto de Renda, ante sua natureza indenizatória, nos termos da OJ 400 SBDI-1.

III – DISPOSITIVO

Pelos fundamentos expostos, decide o Juízo da 8ª VARA DO TRABALHO DE CURITIBA – PR,

no mérito, julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão formulada por ARISA ANNES COSTA GONÇALVES em face de TIM CELULAR S.A., para condenar a reclamada a pagar os valores decorrentes da condenação, tudo na forma da fundamentação *supra*, a qual passa a fazer parte integrante deste dispositivo.

A liquidação será efetuada mediante simples cálculos.

Descontos previdenciários e fiscais conforme fundamentado.

Juros e correção monetária na forma da Lei e do Enunciado n. 200 do C. TST, considerando-se como época própria à incidência de correção monetária o mês da prestação dos serviços. Quanto aos danos morais deferidos, aplique-se a Súmula n. 439 do TST.

Custas pela ré, no importe de R\$ 100.200,00 (cem mil e duzentos reais), calculadas sobre o valor provisoriamente arbitrado à condenação no montante de R\$ 5.010.000,00 (cinco milhões e dez mil reais), sujeitas a complementação, nos termos da Súmula n. 128 do C. TST.

Aplique-se, oportunamente, o art. 475-J do CPC, conforme OJ EX SE 35 deste E. TRT da 9ª Região.

Cientes as partes (fl. 160).

Prestação jurisdicional entregue.

Nada mais.

Curitiba, 22 de novembro de 2013 às 17h07min.

Felipe Augusto de Magalhães Calvet

Juiz do Trabalho

Índice Geral

Doutrina

A competência material da Justiça do Trabalho para julgar controvérsias de apólice de seguro do empregado. 1. Introdução. 2. A natureza do conflito e sua competência material. 3. Emenda Constitucional n. 45/2005. A atual redação do art. 114, VI e IX/CR. 4. Tutela da ordem jurídica dos direitos sociais e a competência da Justiça do Trabalho. Interpretações. Exclusão das incoerências jurídicas. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.....

17

A titularidade do direito fundamental de greve. 1. Introdução. 2. Definição do sujeito do direito de greve. 2.1. Tratados internacionais, resoluções e decisões de Direito Internacional. 2.2. Direito comparado. 2.2.1. Comunidade Europeia. 2.2.2. Espanha. 2.2.3. França. 2.2.4. Outros países. 2.2.5. Argentina. 3. Considerações finais. 4. Referências

27

O devido processo legal como solução para a motivação na despedida. 1. Introdução. 2. Eficácia dos Direitos Fundamentais na relação de emprego. 3. O direito à informação e devido processo legal como direitos laborais inespecíficos. 3.1. Motivação e devido processo legal para aplicação de penalidades: o paradigma estabelecido pelo Código Civil. 3.1.1. Entidades associativas e sociedades. 3.1.2. Relações condominiais. 3.1.3. O dever de motivação na ação de despejo. 4. A necessidade da motivação da despedida como consequência do devido processo legal aplicável à relação de emprego. 5. Consequências da despedida sem motivação. 6. Conclusão. 7. Referências.....

37

Hipoteca judiciária: a (re)descoberta do instituto diante da Súmula n. 375 do STJ — Execução efetiva e atualidade da hipoteca judiciária. 1. Introdução. 2. A Súmula n. 375 do STJ: proteção ao terceiro de

boa-fé. 3. A hipoteca judiciária como remédio contra os males da Súmula n. 375 do STJ. 4. As sete virtudes capitais da hipoteca judiciária. 4.1. A primeira virtude: a publicação da sentença *constitui* hipoteca judiciária. 4.2. A segunda virtude: a implementação de ofício. 4.3. A terceira virtude: confere o direito de sequência sobre os imóveis gravados. 4.4. A quarta virtude: inibir fraude à execução. 4.5. A quinta virtude: é instituto de ordem pública. 4.6. A sexta virtude: o recurso não suspende sua eficácia imediata. 4.7. A sétima virtude: uma garantia que não exclui outras. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.....

57

Autonomia privada no direito do trabalho: o resgate da individualidade do sujeito trabalhador. 1. Introdução. 2. O papel da vontade na teoria contratual clássica. Autonomia da vontade. 3. O Direito do Trabalho e a minoração da vontade na fixação da relação jurídica. 4. A teoria do comportamento concludente, de Mario De La Cueva. 5. Novos rumos da vontade no Direito Obrigacional: a autonomia privada. 6. A atualidade da importância da vontade do trabalhador no contrato de emprego. 7. Conclusões. 8. Referências

71

Hipoteca Judiciária sobre bens não elencados no art. 1.473 do Código Civil — A efetividade da jurisdição como horizonte hermenêutico. 1. Introdução. 2. A interpretação estrita. 3. A finalidade da hipoteca judiciária. 4. Hipoteca judiciária x hipoteca convencional: a dicotomia entre interesse de ordem pública e interesse de ordem privada. 5. O Direito sempre foi analógico. 6. Uma hermenêutica contemporânea para a hipoteca judiciária. 7. O ônus do tempo do processo. 8. A efetividade da jurisdição como horizonte hermenêutico. 9. Conclusão. 10. Referências.....

85

Ações coletivas passivas e o combate ao trabalho escravo contemporâneo — (re) pensando a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana. 1. Introdução. 2. A dignidade da pessoa humana como princípio de sustentação do Estado Democrático de Direito. 3. O trabalho escravo contemporâneo — A chaga que não quer cessar. 3.1. Conceito: relações entre trabalho forçado e degradante. 3.2. As características do trabalho escravo contemporâneo — Uma proposta para se superar a problemática apenas pelo viés jurídico. 4. As ações coletivas como efeito prático no combate ao trabalho escravo — Aplicando o princípio da dignidade da pessoa humana. 4.1. Conceito. 4.2. Obstáculos para aplicação do instituto e formas de transposição. 4.3. Um novo horizonte hermenêutico. 4.4. As ações coletivas passivas aplicadas no combate ao trabalho escravo contemporâneo — Exemplo prático da lista suja. 5. Considerações finais. 6. Referências 93

Perícias judiciais multiprofissionais e a lei do ato médico — por uma interpretação que leve em conta a unidade do sistema e a efetividade da prestação jurisdicional. 1. Introdução. 2. A necessidade de perícia nos casos de acidentes e doenças do trabalho. 3. A Lei do Ato Médico. 4. Perícia judicial — No ambiente de trabalho e no trabalhador. 4.1. Doenças do trabalho e perícias multiprofissionais. 4.2. Avaliação dos locais de trabalho — Perícia *in loco*. 4.3. Dados epidemiológicos e Nexo Técnico Epidemiológico. 4.4. Cursos de aprimoramento para juízes, peritos, advogados e quesitos do juízo. 4.5. Honorários periciais. 4.6. Varas Especializadas na Justiça do Trabalho. 4.7. Quadro de Peritos da Justiça do Trabalho. 5. Considerações finais. 6. Referências 111

O paradigma da verdade no processo do trabalho: uma necessária mudança de

perspectiva. 1. Introdução. 2. A verdade no processo: deslocamento de perspectiva. 3. O abandono da verdade como finalidade última da prova. 4. O processo instrumental e o risco da verdade-evidência como fator alucinatório da atividade jurisdicional. 5. A visão utilitarista da verdade como inspiração psicológica do julgador. 6. A verdade como elemento de conectividade processual. 7. Conclusão. 8. Referências 137

Eficácia horizontal do *due process* laboral — reflexões sobre o direito fundamental a um procedimento trabalhista justo como fator de controle do poder privado empregatício. 1. Devido processo legal: considerações preliminares. 2. Devido processo legal: eficácia vertical e eficácia horizontal. 3. Do *due process of law* ao devido processo laboral. 4. Eficácia horizontal do *due process* laboral: possíveis implicações práticas. 5. Aportes conclusivos. 6. Referências 143

Os critérios plásticos de fixação da competência em razão do lugar trabalhista — Distribuição da competência territorial a partir da garantia do acesso à Justiça. 1. Considerações iniciais e delimitação do tema. 2. Uma visão geral dos critérios tradicionais de distribuição da competência em razão do lugar previstos na CLT, art. 651. 3. A mobilidade interna dos trabalhadores e a demanda por critérios plásticos para a fixação da competência em razão do lugar. 4. Construindo critérios hermenêuticos para a distribuição da competência em razão do lugar. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas 159

A aplicação da medida legal de indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN à execução trabalhista — Uma boa prática a serviço do resgate da responsabilidade patrimonial futura. 1. Introdução. 2. A juridicidade

da aplicação subsidiária do art. 185-A do CTN à execução trabalhista.3. A fecundidade da dimensão prospectiva da medida legal de indisponibilidade de bens: o resgate da responsabilidade patrimonial futura. 4. A indisponibilidade de bens e o princípio da proporcionalidade. 5. Como fazer a comunicação de indisponibilidade de bens. 6. Uma boa prática a serviço da efetividade na execução trabalhista. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.....	173
--	-----

Súmula n. 25 do Tribunal Superior do Trabalho e presunção de base de cálculo de custas processuais. 1. Introdução. 2. Da atividade jurisdicional e das custas processuais. 3. Dos recursos trabalhistas e seu exame judicial de admissibilidade. 4. Da Súmula n. 25 do TST. 4.1. Hipótese analisada quanto à base de cálculo das custas processuais para fins de recurso	
---	--

trabalhista. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.....	181
--	-----

Jurisprudência

Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho

Acórdão da Procuradoria Regional do Trabalho

Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região	197
Procuradoria Regional do Trabalho da 13ª Região	201
Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região	207

Sentenças

65ª Vara do Trabalho de São Paulo – SP	227
3ª Vara do Trabalho de Guarujá – SP	232
Única Vara do Trabalho de Limoeiro do Norte – CE.....	236
2ª Vara do Trabalho de Itajaí – SC.....	254
8ª Vara do Trabalho de Curitiba – PR	268

