

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 5139.4

Setembro, 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 de Catolé da Rocha/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 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Juiz titular da 17ª Vara do Trabalho de Curitiba-PR.

NARBAL ANTÔNIO DE MENDONÇA FILETI

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Teoria e Análise Econômicas e em Dogmática Jurídica. Professor do Curso de Graduação em Direito da Unisul – Universidade do Sul de Santa Catarina. Professor em Cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*.

Professor Convidado-Permanente da Escola Superior de Advocacia da OAB/SC.
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.

PROF. AVV. FABIO PETRUCCI

Professore a contratto presso la Libera Università degli studi di Roma LUISS per l'insegnamento del Diritto della previdenza complementare. Dottore di ricerca in Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza presso l'Università degli studi di Roma, "Tor Vergata". Responsabile scientifico dell'Anamatra (Associazione nazionale dei giudici del lavoro brasiliani) per le iniziative di formazione dei giudici del lavoro brasiliani da svolgersi in Italia. Ha conseguito la specializzazione, triennale, presso la Scuola di Diritto del lavoro dell'Università di Roma "La Sapienza". Dirigente Responsabile dell'Ufficio Legale e Affari generali della Cassa Nazionale di Previdenza degli Ingegneri e Architetti italiani (Inarcassa). Avvocato. Componente di vari comitati scientifici di riviste giuridiche fra cui la "Revista de Direito Economico e sociambiental".

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	
O potencial da ação regressiva acidentária como instrumento de mudança de paradigma: a primazia da prevenção dos infortúnios laborais <i>Adriano Jannuzzi Moreira e Aline Carneiro Magalhães</i>	17
Poder familiar <i>versus</i> proselitismo religioso do empregado doméstico: qual o desfecho constitucionalmente adequado? <i>Aloisio Cristovam dos Santos Junior</i>	34
Jornada de trabalho e o direito à limitação: desencontros entre a Constituição e a legislação infraconstitucional <i>Laryssa Marcelino da Silva</i>	45
Breves notas sobre a preclusão judicial no procedimento probatório <i>Matheus Ribeiro Rezende.....</i>	64
Processo judicial eletrônico: uma análise acerca da sua compatibilidade com o <i>jus postulandi</i> e os honorários advocatícios na seara laboral <i>Monique Ramalho de Sales Remígio.....</i>	73
O trabalho reduzido à condição análoga à de escravo no setor da indústria têxtil e da construção civil: um desafio para o Direito do Trabalho na atualidade <i>Anderson Luiz Barbosa, Fabiano Carvalho e Victor Hugo de Almeida.....</i>	80
Penhora de salário e os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade: breve análise da jurisprudência brasileira à luz de aportes críticos pós-positivistas <i>Ney Maranhão</i>	97
Cartões apócrifos e o ônus da prova <i>Edilton Meireles</i>	111

A estrada dos tijolos amarelos: reflexões acerca do centralismo burocrático no judiciário trabalhista brasileiro	
<i>Paulo Henrique Tavares da Silva</i>	118

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito	
<i>Roberta Corrêa de Araújo Monteiro</i>	135

Jurisprudência

— Acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho e Tribunais Regionais do Trabalho

Tribunal Superior do Trabalho.....	157
Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região	169
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região	174

— Sentenças

Vara do Trabalho de Mineiros – GO	193
Vara do Trabalho de Almenara – MG	217
3ª Vara do Trabalho de Parauapebas – PA	271
13ª Vara do Trabalho de Guarulhos – SP	287
Índice Geral	295

Abreviaturas e Siglas Usadas

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

A ameaça que nos ronda

No primeiro semestre de 2014, o Ministro LUIZ FUX reconheceu, no ARE n. 713.211 (Celulose Nipo Brasileira S/A v. Ministério Público do Trabalho e Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Extrativas de Guanhães e Região), **repercussão geral** para o tema da **constitucionalidade da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST)**, que estabelece, no cenário jurídico-laboral brasileiro, *limites civilizatórios* para a contratação de terceiras empresas fornecedoras de mão de obra de substituição. E, seja pelas peculiaridades do caso, seja ainda pelas movimentações percebidas desde então, emerge o receio de que, com um golpe de caneta, o Excelso Pretório consuma uma violação maior para o valor social do trabalho que o próprio PL n. 4330, ainda em trâmite pelo Congresso Nacional.

Com efeito, em sede de EmbDcl no AgRg no RE com Ag (ARE) 713.211/MG, em plenário virtual, o STF admitiu ao regime de repercussão geral o exame dos *“parâmetros a serem observados para a identificação de que tarefas podem ser terceirizadas por empregadores”*, abrindo margens para se discutir, em sede constitucional, a inteligência da Súmula n. 331, I, do TST. No entendimento do Ministro FUX, *“(...) a proibição judicial de contratação de mão de obra terceirizada não decorreu da análise de um texto legal específico, mas de uma compreensão pretoriana que almejou delimitar o princípio da legalidade no âmbito das relações trabalhistas”*. No entanto, é justamente com esse verbete que o Tribunal Superior do Trabalho tem assegurado mínima indenidade para a dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho, reconhecendo *fraude* nas chamadas “terceirizações de atividades-fim” (inciso I). Exemplos gritantes de tais fraudes revelaram-se, durante os anos oitenta e noventa, nos mais variados segmentos econômicos. No setor calçadista, p.ex., empresas de calçados desativaram setores inteiros de suas linhas de produção para substituí-los por cooperativas de mão de obra formadas basicamente pelos ex-empregados do setor, agora contratados como “autônomos”. Na prática, eram recontratados sob remuneração real sensivelmente inferior. No campo, ademais, obreiros foram frequentemente reintroduzidos nas lavouras em condições de neoescravidão (art. 149 do CP). Além disso, mesmo nas terceirizações lícitas, a Súmula n. 331 assegura mínima liquidez para os créditos trabalhistas sonegados, na medida em que, diante da inidoneidade econômica da empresa prestadora, a própria empresa tomadora pode ser chamada a responder com seu patrimônio, em caráter subsidiário (inciso IV).

Pelos bastidores da admissibilidade dessa repercussão geral — que, diga-se, poderia há anos ter sido reconhecida (a Súmula n. 331 conta com quase vinte anos, mas somente agora seu texto chega ao STF, ao ensejo de um especial “alinhamento” de pessoas, circunstâncias e interesses) —, setores sindicais, acadêmicos e institucionais temem pelo pior. E o pior, neste caso, seria a *declaração de inconstitucionalidade do verbete, ou de uma interpretação conforme* sucedânea, para doravante autorizar, a bem da livre-iniciativa, *qualquer tipo de terceirização de mão de obra, sob quaisquer circunstâncias*, assegurada a mínima formalidade contratual.

Com tal liberação, para dar um único e nefasto exemplo, um hospital público não precisaria ter empregados próprios: a entidade instituidora simplesmente terceirizaria os administradores,

os médicos e os serviços de enfermagem, além das chamadas “atividades-meio”, que tradicionalmente já são terceirizadas (vigilância, limpeza, alimentação etc.). O trabalho humano passaria à condição de mercadoria livremente negociada no mercado, ao inteiro alvedrio das leis de oferta e procura.

Daí que, a vingar essa nefasta inversão hermenêutica, anteveem-se já três efeitos práticos de grande impacto social, observáveis a médio e longo prazos:

- (a) a desapareição do Direito do Trabalho como se construiu no Brasil, sob a égide de um princípio da proteção do trabalhador (art. 7º da CRFB);
- (b) a fragilização irreversível da organização sindical brasileira; e
- (c) a desapareição da própria Justiça do Trabalho.

Em todos esses horizontes, as finalidades estatutárias da ANAMATRA impõem-lhe atuar, com absoluto rigor. E, entre todas, duas em especial: a preservação da Magistratura do Trabalho, em sua entidade, na sua autonomia e nos seus direitos e prerrogativas; e a defesa da integridade e da progressividade dos direitos sociais.

Nessa ordem de ideias, importa questionar, na linha reversa, se a franca liberação das contratações de mão de obra — para atividades-fim e atividades-meio — poderia ser validamente consumada na ordem jurídica brasileira, por lei ou por decisão judicial. Indagar da sua *constitucionalidade*, à luz dos arts. 1º, IV, 1ª parte, 6º, 7º, 170 e 186, III, todos da Constituição da República; e, antes mesmo dela, indagar da sua *convencionalidade*, considerando-se o atual barema jurídico de proteção (condensado na Súmula n. 331 do TST) e o que está disposto no artigo 26 do Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil (Decreto n. 678/1992) e já considerado pelo STF como *direito supralegal* (v. RE n. 349.703, RE n. 466.343 e HC n. 87.585):

“Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.”

No artigo 45 da Carta da Organização dos Estados Americanos, por sua vez, lê-se:

Os Estados-membros convêm em que a igualdade de oportunidades, a eliminação da pobreza crítica e a distribuição equitativa da riqueza e da renda, bem como a plena participação de seus povos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento, são, entre outros, objetivos básicos do desenvolvimento integral. Para alcançá-los convêm, da mesma forma, em dedicar seus maiores esforços à consecução das seguintes metas básicas: [...] g) Salários justos, oportunidades de emprego e condições de trabalho aceitáveis para todo; [...]”

Pois bem: franquear a terceirização de serviços para todo e qualquer objeto social, sem mínimas garantias, significará *progresso* nos quesitos da justiça dos salários, da igualdade de oportunidades e das condições aceitáveis de trabalho?

Para a ANAMATRA, a resposta é “*per se*” evidente. De todo modo, o que virá, num sentido ou noutro, afetará visceralmente o futuro de todos nós. Estejamos atentos.

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

O potencial da ação regressiva acidentária como instrumento de mudança de paradigma: a primazia da prevenção dos infortúnios laborais⁽¹⁾

Adriano Jannuzzi Moreira^(*) e Aline Carneiro Magalhães^(**)

Resumo:

- ▶ O presente trabalho propõe uma reflexão sobre o potencial da ação regressiva acidentária enquanto instrumento pedagógico capaz de influenciar os empregadores na adoção de uma gestão empresarial de prevenção dos infortúnios laborais. Estes continuam sendo um grave problema existente no nosso país. Diuturnamente, inúmeros trabalhadores perdem suas vidas ou deixam de exercer o seu labor em virtude de acidentes que, na maioria das vezes, poderiam ter sido evitados. Ainda hoje grande parte dos empresários insiste na monetização da saúde do trabalhador, entretanto, cada vez menos a sociedade aceita tal postura, exigindo que a empresa cumpra com sua responsabilidade social e proporcione ao seu obreiro, por meio do cumprimento das normas de saúde e segurança, um ambiente de trabalho seguro e saudável.

Palavras-chave:

- ▶ Acidente do trabalho — Prevenção — Ação Regressiva Acidentária.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Dados sobre a infortunistica laboral no Brasil e suas repercussões
- ▶ 3. Saúde, segurança e prevenção sob o aspecto normativo: necessidade de cumprimento patronal
- ▶ 4. Ação regressiva acidentária
- ▶ 4.1. Constitucionalidade da ARA

(1) Artigo apresentado e publicado nos Anais do XXIII Encontro Nacional do Conpedi/UFSC em abril de 2014.

(*) Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Doutorando em Direito. Professor universitário. Consultor empresarial e Advogado. Especialista em Inteligência Empresarial. Autor de livros e artigos.

(**) Doutoranda e Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora universitária. Advogada. Articulista e palestrante.

- 4.2. ARA: procedimento e alguns dados sobre ações propostas
- 4.3. A possibilidade de realização de acordo nas ARAs
- 5. Notas sobre a prevenção e um paralelo com a ARA
- 6. Conclusão
- 7. Referências bibliográficas

1. Introdução

A temática relativa à proteção da saúde e segurança não é nova, podendo, inclusive, ter seu fundamento encontrado na Bíblia: “quando você construir uma casa nova, faça um parapeito em torno do terraço, para que não traga sobre a sua casa a culpa pelo derramamento de sangue inocente, caso alguém caia do terraço.” (Deuteronomio 22: 9)

A despeito de existirem já há algum tempo no ordenamento jurídico normas sobre saúde e segurança, especificamente, no trabalho, podemos identificar o incremento dos estudos e debates sobre o tema nas últimas décadas, quando se constatou o elevado número dos acidentes do trabalho no Brasil e seus deletérios efeitos — repercussões psicológicas, econômicas, sociais e previdenciárias — para a toda a sociedade.

Esta, na contemporaneidade, apresenta características muito peculiares, a exemplo da lógica do descarte, em que bens, pessoas, relacionamentos e valores são passíveis de fácil desfazimento. A sociedade hoje tem traços muito marcantes e se encontra em uma fase de transição entre o despojamento de velhos conceitos, referenciais e paradigmas e a busca de novos⁽²⁾.

(2) De acordo com Eduardo Carlos Bianca Bittar (2008, p. 131), a sociedade contemporânea, também chamada de pós-moderna, vem passando por um momento de reflexão, crítica e revisão das estruturas postas num contexto de transformações, “capaz de gerar uma procura (ainda não exaurida) acerca de outros referenciais possíveis para a estruturação da vida (cognitiva, psicológica, afetiva, relacional, etc.) e do projeto social (justiça, economia, burocracia, emprego, produção, trabalho etc.)”. E complementa dizendo que “a pós-modernidade, entendida como período de revisão das heranças modernas e como momento histórico

Neste contexto, podemos perceber que muitas empresas se valem desta lógica em relação a seus funcionários e aos infortúnios laborais, ou seja, ela utiliza de forma extenuante sua mão de obra e a submete a um ambiente de trabalho insalubre e perigoso e caso o obreiro seja vítima de um acidente do trabalho ela simplesmente o devolve (debilitado) para a sociedade se limitando a pagar indenizações que não trarão de volta a vida, a saúde, a integridade física e mental ou a capacidade para o trabalho.

Esta postura patronal, que vigorou por muito tempo e ainda está presente em nosso cotidiano, paulatinamente vem sendo cada vez menos tolerada pelos atores sociais, cientes de que certos valores e bens — vida, saúde e integridade — não se coadunam com o ressarcimento pelo equivalente pecuniário, mas, ao contrário, precisam ser conservados e protegidos.

Sob este enfoque, começa a ser desenvolvida a ideia de que é preciso evitar a ocorrência do acidente, em especial, porque há estudos que comprovam que a sua maioria é passível de prevenção⁽³⁾.

Delineado o cenário, vêm sendo buscados instrumentos para fazer com que o empregador

de transição no qual se ressentia o conjunto dos descalabros da modernidade, produz rupturas e introduz novas definições axiológicas, das quais os primeiros benefícios diretos se podem colher para os sistemas jurídicos contemporâneos (a arbitragem, a conciliação, o pluralismo jurídico, entre outras práticas jurídicas), e causaram em parte o abalo ainda não plenamente solucionado de estruturas tradicionais, nos âmbitos das políticas públicas, da organização do estado e na eficácia do direito como instrumento de controle social” (BITTAR, 2008, 142).

(3) Neste sentido, afirma Sebastião Geraldo de Oliveira (2009).

mude sua postura, sendo o desafio a quebra do atual paradigma centrado na monetização da saúde do trabalhador para a adoção de uma gestão de prevenção. Para tanto, utiliza-se exatamente o mesmo móvel econômico tão caro à atividade empresarial.

Pela majoração de custos para o empregador desidiioso no cumprimento das normas de saúde e segurança pretende-se que ele passe a seguir uma nova postura, adotando medidas para a manutenção de um meio ambiente do trabalho saudável e seguro, livre de infortúnios⁽⁴⁾.

A Ação Regressiva Acidentária (ARA) prevista no art. 120 da Lei n. 8.213/91 vem sendo utilizada com esta finalidade e por seu potencial transformador passa a ser objeto de análise e discussão.

O problema dos infortúnios laborais deita seus efeitos na seara previdenciária, diretamente afetada na medida em que custeia os benefícios acidentários e aposentadorias especiais.

A despeito da cobertura destes riscos ser a finalidade desta espécie de seguro social e para isto ele é financiado, inclusive pelas empresas, tal fato não se apresenta como um permissivo para que o empregador passe ao largo das normas de saúde e segurança.

O móvel da referida ação é estimular, pelo aumento de custos, que a empresa adote uma postura preventiva, evitando a ocorrência dos acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, promovendo, assim, a saúde e integridade do trabalhador e, em última análise, os princípios da dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho insculpidos na nossa Constituição e sob a égide dos quais a legislação infra-constitucional deve ser criada, interpretada e aplicada.

(4) Como sabemos não é possível eliminar por completo o risco, entretanto, deve ser buscada sempre a sua diminuição. Neste sentido, Sebastião Geraldo de Oliveira (2011) cunha o princípio do *risco mínimo regressivo*, segundo o qual o empregador deve reduzir os riscos inerentes ao trabalho até onde for possível levando-se em conta os avanços tecnológicos em cada época.

A mudança de paradigma vai ao encontro destes princípios, fundamentais na nossa sociedade, que necessitam de efetividade, ou seja, gerar efeitos concretos no mundo dos fatos.

Assim, traçado esse panorama geral, no presente trabalho analisaremos alguns dados sobre os acidentes do trabalho e suas repercussões. Em seguida, abordaremos a saúde e segurança do trabalhador sob o prisma normativo. No tópico subsequente, analisaremos a Ação Regressiva Acidentária e, por fim, teceremos algumas considerações sobre a prevenção e traçaremos um paralelo com a referida ação.

Tudo para que, ao final, possamos demonstrar que a ARA é um dos instrumentos previstos na legislação pátria com potencial para gerar uma mudança de mentalidade, a fim de que o empregador passe a adotar uma cultura de prevenção dos acidentes do trabalho, promovendo um ambiente de trabalho seguro e saudável para seus empregados como forma de, em última análise, dar concretude aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho.

2. Dados sobre a infortunística laboral no Brasil e suas repercussões

A análise de dados estatísticos é importante porque nos permite ter uma melhor dimensão de determinado problema e auxilia no direcionamento de políticas para seu enfrentamento.

No que tange aos infortúnios laborais, o seu tratamento em números é exigência de diversas Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ratificadas pelo Brasil⁽⁵⁾.

(5) Neste sentido, o art. 20 da Convenção n. 81 da OIT que trata sobre Inspeção do Trabalho (ratificada em 1987), segundo o qual a “Autoridade central de inspeção publicará um relatório anual de caráter geral sobre os trabalhos de inspeção submetidos a seu controle”, devendo tratar, necessariamente, de estatísticas de acidentes do trabalho (art. 21, f). Também a Convenção n. 155 da OIT (ratificada em 1994) no art. 7 – “A situação em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho deverá ser objeto, a intervalos adequados, de exames globais ou relativos a determinados setores, a fim de identificar os problemas principais, elaborar meios eficazes de

No nosso país, os números nos mostram o quão grave é o problema, o que faz com que ocupemos a terceira posição dentre os países do G20⁽⁶⁾ em quantidade de acidentes do trabalho, perdendo apenas para China e Índia⁽⁷⁾.

De acordo com os Anuários Estatísticos de Acidentes do Trabalho do Ministério da Previdência Social e do Ministério do Trabalho e Emprego dos últimos anos⁽⁸⁾, em 2009, em um mercado com 41.207.546 trabalhadores

resolvê-los, definir a ordem de prelação das medidas que deva tomar, e avaliar os resultados” — e art. 11, “c” — “o estabelecimento e a aplicação de procedimentos para a declaração de acidentes do trabalho e doenças profissionais por parte dos empregadores e, quando for pertinente, das instituições seguradoras ou outros organismos ou pessoas diretamente interessados, e a elaboração de estatísticas anuais sobre acidentes do trabalho e doenças profissionais”. E, ainda, a Convenção n. 160 (ratificada em 1991), no art. 1º, “f” — “Qualquer Membro que ratificar a presente Convenção obriga-se a recolher, compilar e publicar regularmente estatísticas básicas do trabalho, que, segundo seus recursos, se ampliarão progressivamente para abarcar as seguintes matérias: [...] lesões provocadas por acidentes de trabalho e, na medida do possível, enfermidades provocadas por acidentes de trabalho” e art. 14.1 — “Deverão ser compiladas estatísticas de lesões provocadas por acidentes de trabalho de maneira a que reflitam uma visão global do país. Essas estatísticas deverão abarcar, quando possível, todos os ramos de atividade econômica”. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/entenda-os-numeros>> Acesso em: 1º fev. 2014.

- (6) O G-20 é um fórum informal que promove debate aberto e construtivo entre países industrializados e emergentes sobre assuntos-chave relacionados à estabilidade econômica global. Criado em resposta às crises financeiras do final dos anos 90, o G-20 reflete mais adequadamente a diversidade de interesses das economias industrializadas e emergentes, possuindo assim maior representatividade e legitimidade. O Grupo conta com a participação de Chefes de Estado, Ministros de Finanças e Presidentes de Bancos Centrais de 19 países: África do Sul, Alemanha, Arábia Saudita, Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, China, Coreia do Sul, França, Índia, Indonésia, Itália, Japão, México, Rússia, Turquia, Reino Unido e Estados Unidos. A União Europeia também faz parte do Grupo, representada pela presidência rotativa do Conselho da União Europeia e pelo Banco Central Europeu. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?G20>>. Acesso em: 15 out. 2013.
- (7) Informação colhida no I Seminário Nacional de Prevenção de Acidentes do Trabalho promovido pelo TST em 2012.
- (8) Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/entenda-os-numeros>> Acesso em: 1º fev. 2014.

formais, ocorreram 733.365 acidentes do trabalho, sendo 424.498 acidentes típicos, 19.570 doenças do trabalho e 2.560 acidentes fatais⁽⁹⁾.

Em 2010, com 44.068.355 trabalhadores formais, ocorreram 709.474 acidentes do trabalho, sendo 417.295 acidentes típicos, 17.177 doenças do trabalho e 2.753 acidentes fatais. Em comparação com o ano anterior, aumentou o número de trabalhadores formais e caiu o número de acidentes típicos e doenças ocupacionais, entretanto, o número de óbitos foi majorado.

Já, no ano de 2011, o mercado de trabalho contava com 46.310.631 trabalhadores formais e ocorreram 711.164 acidentes do trabalho, sendo 423.167 acidentes típicos, 15.083 doenças do trabalho e 2.884 acidentes fatais. Em comparação ao ano anterior, aumentou o número de trabalhadores formais, o número de acidentes típicos e fatais. A quantidade de doenças ocupacionais apresentou queda.

Por fim, em 2012⁽¹⁰⁾, foram registrados 705.239 acidentes do trabalho, sendo 423.935 típicos, 14.955 doenças ocupacionais e 2.717 acidentes fatais, todos os números inferiores em comparação ao ano anterior, o que pode representar avanço no trato do problema, mas,

(9) Segundo o art. 19 da Lei n. 8.213/91, acidente do trabalho típico “é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”. E, nos termos do art. 20, “Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas: I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social; II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I”.

(10) Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/estatisticas/aeps-2012-anuario-estatistico-da-previdencia-social-2012/aeps-2012-secao-iv-acidentes-do-trabalho/aeps-2012-secao-iv-acidentes-do-trabalho-tabelas/>> Acesso em: 1º fev. 2014.

ainda, não no nível aceitável para o século XXI em um país que vive sob a égide de uma Constituição fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho.

Metaforicamente, no que tange ao número de óbitos, é como se todo mês caísse no Brasil um avião com 223 passageiros. Se aqueles números “frios” de vítimas fatais de acidentes do trabalho podem não nos dar uma dimensão concreta do problema, esta metáfora pode, na medida em que conseguimos mensurar plenamente a grandiosidade e consequências de vários desastres aéreos nestas proporções⁽¹¹⁾.

Os acidentes laborais, aqui traduzidos em números, geram deletérios efeitos em toda a sociedade, podendo ser identificadas repercussões psicológicas, econômicas, sociais e previdenciárias.

Os acidentes podem causar estresse pós-traumático e depressão. A vítima começa a se lembrar constantemente do infortúnio e reviver os momentos de dor, medo e tristeza. Ela pode apresentar fadiga, transtornos neuróticos, temores, insegurança, perda da autoconfiança, rebaixamento da autoestima, em especial, quando o acidente provoca lesões estéticas, perda ou redução da capacidade para o trabalho. Os mesmos sintomas são experimentados pelas pessoas que convivem com a vítima de acidente fatal⁽¹²⁾.

Sob a perspectiva econômica, bilhões são gastos em decorrência do infortúnio. A empresa arca com altas indenizações por danos

materiais, morais e estéticos, além de multas aplicadas pela fiscalização do trabalho e o pagamento do salário nos primeiros quinze dias de afastamento previdenciário. O Estado gasta com atendimento médico-hospitalar da vítima. A família arca com os custos decorrentes do cuidado com o acidentado e pode ficar em situação financeira delicada pela perda do seu provedor. O acidente gera a interrupção da produção, gastos com o socorro, afastamento e substituição de trabalhadores, perda de equipamentos e materiais. A imagem da empresa fica desgastada perante os próprios empregados e terceiros. De acordo com José Pastore, os acidentes do trabalho geram um custo anual estimado de 71 bilhões de reais⁽¹³⁾.

As repercussões sociais do infortúnio também são inúmeras, a exemplo, da perda de população economicamente ativa, que sai do mercado de trabalho em virtude de morte ou perda da capacidade laboral. A maior parte dos acidentes tem como vítima, jovens de 25 a 29 anos (e terceirizados, vale a pena ressaltar)⁽¹⁴⁾, ou seja, aqueles que estão iniciando e consolidando

(11) Neste sentido, palestra sobre as “repercussões sociais do acidente do trabalho” proferida pela médica e pesquisadora da Fundacentro, Maria Maeno, no Seminário de Prevenção de Acidentes de Trabalho ocorrido no TST em 20 e 21 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/exposicao>> Acesso em: 3 fev. 2014.

(12) Neste sentido, palestra sobre as “repercussões psicológicas do acidente do trabalho” proferida pela psiquiatra, doutora e professora da USP, Edith Seligmann Silva, no Seminário de Prevenção de Acidentes de Trabalho ocorrido no TST em 20 e 21 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/exposicao>> Acesso em: 3 fev. 2014.

(13) Neste sentido, palestra sobre as “repercussões econômicas do acidente do trabalho” proferida pelo pesquisador da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas e Consultor em Relações do Trabalho e Recursos Humanos, José Pastore, no Seminário de Prevenção de Acidentes de Trabalho ocorrido no TST em 20 e 21 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/exposicao>> Acesso em: 3 fev. 2014.

(14) Em palestra sobre “Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho”, proferida no dia 27 de abril de 2012 no I Seminário de Prevenção de Acidentes de Trabalho promovido pelo TRT da 3ª Região, o Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira afirmou que o trabalho é cada dia mais denso, tenso e intenso e o trabalhador sai de casa para ganhar a vida e, infelizmente, encontra a morte, doenças e incapacidade. O ritmo acelerado aliado à reestruturação produtiva, precarização, flexibilização das normas trabalhistas, pressão patronal imposta pela gestão do medo do desemprego, jornadas extenuantes, ausência de concessão de intervalos, prática de trabalhos repetitivos e desgastantes, diminuição do contingente de trabalhadores e sobrecarga dos que continuam na empresa, enfim, são fatores contribuem para a ocorrência de acidentes do trabalho.

sua vida profissional⁽¹⁵⁾ e, de maneira abrupta, são retirados do mercado de trabalho e passam a maior parte de sua vida na condição de inválidos com piora na qualidade de vida, representando, muitas vezes, um fardo para a família e para o Estado. Há o que podemos chamar de precarização social⁽¹⁶⁾.

Por fim, os acidentes do trabalho geram altos gastos previdenciários com o pagamento de benefícios acidentários, aposentadorias especiais e despesas na área da saúde. Em 2009, a autarquia gastou 14,2 bilhões com estes benefícios⁽¹⁷⁾.

Independentemente do enfoque analisado, observamos os deletérios efeitos dos infortúnios laborais. As suas repercussões são amplas e sentidas por toda a sociedade, o que nos compele a buscar um novo paradigma centrado na prevenção dos acidentes, ainda que este decorra de uma postura econômico-repreensiva por meio do da Ação Regressiva Acidentária, por exemplo.

3. Saúde, segurança e prevenção sob o aspecto normativo: necessidade de cumprimento patronal

Começando a análise do tema no âmbito internacional, identificamos a OIT como organismo responsável pela formulação e aplicação uniforme das normas internacionais do trabalho — convenções e recomendações.

As convenções “constituem-se em documentos obrigacionais, normativos e programáticos aprovados por entidade internacional, a que aderem voluntariamente seus membros”⁽¹⁸⁾, e que produzem efeito no ordenamento jurídico interno mediante a sua ratificação pelo Estado.

Dentre as competências da OIT, inclui-se a “proteção contra os acidentes de trabalho e as doenças profissionais, cujos riscos devem ser eliminados, neutralizados ou reduzidos por medidas apropriadas da engenharia de segurança e da medicina do trabalho”⁽¹⁹⁾.

Das convenções aderidas pelo Brasil, chamamos a atenção para a n. 155, ratificada em 1994, que versa sobre segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente do trabalho, segundo a qual:

Art. 4 – 1. Todo Membro deverá, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e as práticas nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente do trabalho. 2. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho.

A Convenção n. 161, ratificada em 1991, também exerce papel de destaque, versando sobre Serviços de Saúde no Trabalho:

Art. 1 – Para os fins da presente Convenção: a) a expressão ‘Serviços de Saúde no Trabalho’ designa um serviço investido de funções essencialmente preventivas e encarregado de aconselhar o empregador, os trabalhadores e seus representantes na empresa em apreço,

(15) BRASIL. *Anuário Estatístico da Previdência Social 2010*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=1162>> Acesso em: 20 abr. 2012.

(16) Neste sentido, palestra sobre as “repercussões sociais do acidente do trabalho” proferida pela médica e pesquisadora da Fundacentro, Maria Maeno, no Seminário de Prevenção de Acidentes de Trabalho ocorrido no TST em 20 e 21 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/exposicao>>. Acesso em: 3 fev. 2014.

(17) Neste sentido, palestra sobre as “repercussões previdenciárias do acidente do trabalho” proferida pelo presidente do INSS, Mauro Luciano Hauschild, no Seminário de Prevenção de Acidentes de Trabalho ocorrido no TST em 20 e 21 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/exposicao>> Acesso em: 3 fev. 2014.

(18) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p.155.

(19) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 388.

sobre: I) os requisitos necessários para estabelecer e manter um ambiente de trabalho seguro e salubre, de molde a favorecer uma saúde física e mental ótima em relação com o trabalho; II) a adaptação do trabalho às capacidades dos trabalhadores, levando em conta seu Estado de sanidade física e mental; b) a expressão 'representantes dos trabalhadores na empresa' designa as pessoas reconhecidas como tal em virtude da legislação ou da prática nacional.

Em 2006, a OIT aprovou a Convenção n. 187, com o objetivo central de promover a melhoria contínua da segurança e da saúde no trabalho. Ela visa à instituição de uma cultura de prevenção ininterrupta, de modo a reduzir sistematicamente as estatísticas acidentárias. Para tanto, o documento fixa ao país signatário uma linha básica de atuação:

- a) elaborar uma política nacional sobre segurança e saúde no trabalho e no meio ambiente do trabalho (art. 3); b) estabelecer, manter e desenvolver de forma progressiva, com reexame periódico, um sistema nacional de segurança e saúde no trabalho (art. 4); c) elaborar, aplicar, controlar e reexaminar periodicamente um programa nacional de segurança e saúde no trabalho (art. 5).⁽²⁰⁾

Mesmo sem a ratificação desta Convenção, o Brasil tem avançado nessa linha de atuação. A Portaria Interministerial n. 152/2008 instituiu a Comissão Tripartite de Saúde e Segurança no Trabalho, com o objetivo de revisar e ampliar a Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalhador (PNSST), propor o aperfeiçoamento do Sistema Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho e elaborar um Programa Nacional de Saúde e Segurança no Trabalho. Como resultado dessa iniciativa, a revisão da PNSST foi aprovada pelo Decreto 7.602, de 7.11.2011, com as seguintes diretrizes:

- a) inclusão de todos trabalhadores brasileiros no sistema nacional de promoção e proteção

da saúde; b) harmonização da legislação e a articulação das ações de promoção, proteção, prevenção, assistência, reabilitação e reparação da saúde do trabalhador; c) adoção de medidas especiais para atividades laborais de alto risco; d) estruturação de rede integrada de informações em saúde do trabalhador; e) promoção da implantação de sistemas e programas de gestão da segurança e saúde nos locais de trabalho; f) reestruturação da formação em saúde do trabalhador e em segurança no trabalho e o estímulo à capacitação e à educação continuada de trabalhadores; g) promoção de agenda integrada de estudos e pesquisas em segurança e saúde no trabalho.

No âmbito do ordenamento jurídico pátrio, a Constituição da República de 1988 (CR/88), marco de afirmação dos direitos fundamentais sociais, em seu art. 196, estabelece que a saúde é direito de todos, de acesso universal e igualitário (art. 6º), e dever do Estado. Nos termos do art. 197, as normas relativas à saúde são de ordem pública, na medida em que regulam um serviço público essencial⁽²¹⁾.

A CR/88 ainda assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. E o art. 200, em seu inciso VIII, atribui ao Sistema Único de Saúde o dever de colaborar na proteção do meio ambiente, compreendido o do trabalho.

A Norma Fundamental ainda consagra a prevenção como direito social fundamental nos termos do art. 7º, inciso XXII.

No plano infraconstitucional, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) contempla capítulo especialmente destinado às disposições sobre segurança e medicina do trabalho (Título I, Capítulo V, arts. 154 a 201).

Na CLT, há especificação de algumas ações que devem ser observadas pelo empregador, a fim de prevenir danos à saúde dos empregados, avaliar,

(20) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2010. p. 87.

(21) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2010. p. 108-109.

combater e conscientizar acerca dos riscos existentes no ambiente de trabalho, tais como: (i) realização de exames médicos de admissão, periódicos e de demissão; (ii) manutenção de Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT), órgão responsável pelas medidas administrativas de segurança e medicina do trabalho; (iii) instalação de uma Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), encarregada de coletar informações e propor modificações, realizar inspeções, sugerir treinamento de segurança e medicina, divulgar normas de segurança e saúde, trabalho desempenhado, algumas vezes, em conjunto com o SESMT; (iv) manutenção de Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO), elaborado por um médico do trabalho, que permite aferir a aptidão de saúde entre o empregado e a sua atividade funcional bem como manter essa aptidão no curso da relação de emprego.

Outro importante núcleo normativo sobre o tema está nas Normas Regulamentadoras da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, por delegação normativa expressa do art. 200 da CLT e outras leis ordinárias.

Dentre estas, podemos citar a Lei n. 8.213/91, que determinou, no § 1º do art. 19, que a empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador.

A Lei n. 6.938/81 dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente e, embora sem mencionar expressamente o meio ambiente do trabalho, ela estende sua proteção aos casos de degradação da qualidade ambiental que prejudique ou coloque em risco a saúde, a vida e a integridade física dos trabalhadores – o que decorre da interpretação conforme os arts. 225 e 200, inciso VIII, da CR/88, dispositivos que representaram grande avanço no tocante à proteção do meio ambiente em nosso país.

A exigibilidade do direito à saúde também é claramente depreendida dos arts. 2º e 3º da Lei n. 8.080/90, que dispõe sobre as condições para

sua promoção, proteção e recuperação, bem como sobre a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Segundo tais dispositivos, o Estado tem o dever de executar políticas públicas e oferecer condições de acesso universal e igualitário, mas o direito à saúde também tem eficácia entre particulares e pode ser exigido das pessoas, da família, das empresas e da sociedade, assim, a saúde do obreiro deve ser promovida no ambiente de trabalho.

Estruturadas nesses moldes, as normas concernentes à saúde e à segurança do trabalhador compõem um amplo sistema tendente à prevenção do risco e à promoção de condições dignas de trabalho, oferecendo base suficiente para a implementação do modelo preventivo dos riscos ambientais.

Diante deste farto tratamento legal, podemos observar a completude e rigor do sistema normativo; entretanto, o maior desafio que temos na atualidade é dar-lhe efetividade, ou seja, buscar o seu real cumprimento para que possa ser promovido um ambiente de trabalho seguro e saudável, fundado na premissa da prevenção.

O empregador deve abandonar sua postura desidiosa no que tange à observância das referidas normas. A monetização da saúde e segurança deve ceder lugar a um trabalho permanente, concertado e sério de análise do risco e adoção de medidas antecipatórias para se evitar a ocorrência do infortúnio⁽²²⁾, emergindo a prevenção como um investimento realizado pela empresa.

(22) Neste sentido, os autores Cléber Lúcio de Almeida (2003, p.14), segundo o qual “observe-se que a atribuição do direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho precede, no art. 7º da Constituição da República, o reconhecimento do direito ao seguro contra acidentes de trabalho e à indenização dos danos decorrentes de acidente de trabalho. Prevenir o dano é mais importante que repará-lo”, e Dallegrave Neto (2007) para quem a prevenção de infortúnios no trabalho encerra valor jurídico muito maior que a mera reparação do dano, vez que o respeito à dignidade do trabalhador pressupõe a preservação de sua saúde física e mental.

Assim, “o progresso ocorrido no direito material necessita de instrumentos processuais adequados e nova postura das partes, advogados, membros do Ministério Público e juízes, para não haver embaraço no caminho já pavimentado do direito à saúde”.⁽²³⁾

Neste contexto, desponta a ARA como instrumento com potencial para gerar uma nova postura por parte dos empregadores que, pressionados pelo aspecto econômico, passariam a cumprir as citadas normas de saúde e segurança.

Não há que se negar que já é possível observar uma incipiente mudança de mentalidade por parte das empresas⁽²⁴⁾, mas a jornada é árdua e ainda pressupõe muito trabalho, esforço e conscientização.

4. Ação regressiva acidentária

A ação regressiva acidentária é o instrumento pelo qual o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) busca o ressarcimento dos valores despendidos com prestações sociais acidentárias, nos casos de culpa das empresas quanto ao cumprimento das normas de segurança e saúde do trabalho.

Ela encontra amparo legal direto no art. 120 da Lei n. 8.213/91, que trata dos Planos de Benefícios da Previdência Social, segundo o qual “nos casos de negligência quanto às normas-padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis”.

(23) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2010. p. 416-417.

(24) Conforme ensina Sebastião Geraldo Oliveira (2009, p. 33), “pode-se observar uma crescente preocupação dos empresários com a questão da saúde e segurança do trabalhador. A pressão sindical, as repercussões negativas na mídia, as atuações do Ministério Público do Trabalho e da Inspeção do Ministério do Trabalho e, especialmente, as indenizações judiciais estão promovendo mudanças no gerenciamento desse tema [...]”.

Indiretamente fundamenta-se no art. 7º, XXXVIII, da CR/88, segundo o qual “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; [...] XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

A ARA tem como objetivo imediato o ressarcimento dos gastos do INSS com as prestações previdenciárias acidentárias e punir o empregador desidioso e como objetivo mediato a busca por uma mudança de paradigma focado na prevenção dos infortúnios laborais⁽²⁵⁾.

Ela é a ação cabível contra o empregador que agir com culpa na ocorrência de um acidente do trabalho, tendo a Procuradoria da Fazenda Nacional legitimidade ativa para propô-la. A ação regressiva “é fundada no direito de uma pessoa (direito de regresso) de haver de outrem importância por si despendida ou paga no cumprimento de uma obrigação, cuja responsabilidade direta e principal a ela pertencia”⁽²⁶⁾.

Interpretando o texto da lei previdenciária, podemos concluir que a propositura desta ação é uma obrigação do INSS e não uma faculdade, tendo como pressupostos a ocorrência de um acidente do trabalho por culpa do empregador e o pagamento de benefício previdenciário (pensão por morte, aposentadoria por invalidez, auxílio-doença, auxílio-acidente).

Ela se assemelha às ações de regresso movidas pelas seguradoras privadas que, uma vez

(25) Neste sentido, palestra sobre as “repercussões previdenciárias do acidente do trabalho” proferida pelo presidente do INSS, Mauro Luciano Hauschild, no Seminário de Prevenção de Acidentes de Trabalho ocorrido no TST em 20 e 21 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/exposicao>> Acesso em: 3 fev. 2014.

(26) DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 27.

paga a indenização, se sub-rogam nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano (arts. 776 e 934 do CC/02 e Súmula n. 188 do STF).

A justificativa da ação regressiva acidentária está atrelada à ideia de responsabilidade civil, segundo a qual, aquele que causar dano a alguém fica obrigado a reparar. Por meio da ação, imputa-se ao verdadeiro causador do dano o dever de ressarcir os prejuízos causados.

O empregador desidioso que, por negligência, deixa de observar as citadas normas de saúde e segurança deve suportar os gastos decorrentes do infortúnio, especificamente as prestações previdenciárias pagas ao trabalhador.

Por meio da Ação Regressiva Acidentária, o INSS busca reaver os gastos que teve com o pagamento de benefícios previdenciários ao segurado, daquele que, por culpa, causou o dano ao trabalhador.

4.1. Constitucionalidade da ARA

Sob a perspectiva da sua constitucionalidade⁽²⁷⁾, a ação regressiva acidentária é objeto de críticas, pois, segundo alguns doutrinadores, ela representaria um *bis in idem* para o empregador que já contribui para a Previdência, que tem por função exatamente cobrir os riscos de morte, doença e invalidez.

Antes de adentrarmos na discussão, vejamos como funciona o financiamento da Previdência por parte dos empregadores.

A contribuição previdenciária a cargo da empresa é, em regra, de 20% sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título.

Além desta cota, a empresa deve contribuir para o Seguro de Acidentes do Trabalho (SAT).

(27) De acordo com Pedro Lenza (2013, p. 272), o ato normativo que afrontar qualquer preceito ou princípio da Constituição deverá ser declarado inconstitucional, por possuir vício material. Há uma incompatibilidade de conteúdo entre a lei e a Constituição, traduzindo-se no confronto com regra ou princípio.

Trata-se de contribuição que visa financiar o pagamento da aposentadoria especial e dos benefícios decorrentes de acidentes do trabalho (benefícios acidentários).

Ao lado do SAT, a empresa ainda contribui com o adicional para aposentadoria especial, nos casos em que seus empregados (e avulsos) trabalhem expostos a agentes físicos, químicos ou biológicos prejudiciais à saúde ou integridade física e, por este motivo, aposentam-se após um lapso temporal menor que o padrão⁽²⁸⁾.

Estas duas contribuições passaram a ser denominadas como Grau de Incidência de Incapacidade Laborativa decorrente de Risco Ambiental do Trabalho (GILRAT) ou como Risco Ambiental do Trabalho (RAT).

De acordo com dados da Classificação Nacional de Atividade Econômica (CNAE), é identificado o risco de acidente do trabalho na atividade desempenhada preponderantemente pela empresa, que pode ser leve, médio ou grave. A partir deste enquadramento há a incidência da alíquota de 1%, 2% ou 3%⁽²⁹⁾.

Essa contribuição é devida por todas as empresas, por mais singela que seja a atividade que desenvolva.

A lei, entretanto, visando estimular as empresas a adotar uma postura preventiva e diminuir os acidentes do trabalho, prevê a redução em até 50% da alíquota. Paralelamente, prevê um aumento da mesma em até 100% para as empresas que tiveram altos índices de acidentalidade.

(28) O trabalhador exposto a atividades prejudiciais à sua saúde tem o direito de aposentar-se com menos tempo de contribuição, 15, 20 ou 25 anos. O empregador, a seu turno, deve pagar a contribuição adicional de 12%, 9% ou 6% conforme a atividade exercida pelo empregado e o tempo de contribuição para concessão da aposentadoria especial.

(29) Súmula n. 351 do STJ: A alíquota de contribuição para o Seguro de Acidente do Trabalho (SAT) é aferida pelo grau de risco desenvolvido em cada empresa, individualizada pelo seu CNPJ, ou pelo grau de risco da atividade preponderante quando houver apenas um registro.

A atuação concreta da empresa, apesar de não excluir o dever de contribuir, tem o condão de alterar a alíquota devida, para menos ou para mais.

O Fator Acidentário de Prevenção (FAP) foi criado com a intenção de estimular as empresas a investir em segurança do trabalho e prevenção de acidentes, bonificando o bom empregador e onerando o desidioso.

Ele é apurado com base nos índices de frequência, gravidade e custo dos acidentes do trabalho.

A frequência é avaliada por meio dos registros de acidente junto ao INSS pela CAT⁽³⁰⁾ ou NTEP⁽³¹⁾, a gravidade é auferida por meio da análise os benefícios previdenciários concedidos (pensão por morte, aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente) e o custo é medido pelos valores dos benefícios

de natureza acidentária pagos ou devidos pelo INSS.

A metodologia adotada pelo FAP busca bonificar aqueles empregadores que tenham feito um trabalho intenso nas melhorias ambientais em seus postos de trabalho, apresentando menores índices de acidentalidade e, ao mesmo tempo, aumentar a cobrança daquelas empresas que tenham apresentado índices superiores à média de seu setor econômico.

Ressalte-se que a lógica do FAP é a mesma da ARA, ou seja, imponho ônus financeiro maior ao empregador desidioso e menor ao diligente.

Por causa dessas contribuições devidas pela empresa, como ressaltado, alguns doutrinadores sustentam não ser cabível a Ação Regressiva Acidentária. O seguro quitado pelo empregador, por meio das suas contribuições sociais já cobriria, integralmente, os gastos experimentados pelo INSS com os sinistros laborais, independentemente de negligência ou não do empregador.

Argumentam que, se as empresas são responsáveis por pagar regressivamente os benefícios previdenciários, não deveriam contribuir para o SAT. Se ela paga por um seguro, este é o responsável pela cobertura dos riscos.

Outros doutrinadores defendem que a ação regressiva somente seria cabível na hipótese de dolo da empresa. De acordo com Marco Fridolin Santos, citado por Cirlene Luiza Zunnermann⁽³²⁾, o direito de regresso do INSS é cabível somente quando o dano é causado dolosamente pelo empregador, pois esse não se enquadra em nenhuma das categorias de risco, havendo violação do princípio da boa-fé.

Para o autor, a cobertura do dano sofrido pelo empregado, na hipótese de dolo do empregador, foge da lógica do seguro, sendo que a sub-rogação do INSS no benefício pago

(30) A sigla CAT significa Comunicação de Acidente do Trabalho. É um documento usado para comunicar o acidente ou doença de trabalho ao INSS. De acordo com o art. 22 da Lei n. 8.213/90, "a empresa deverá comunicar o acidente do trabalho à Previdência Social até o 1º (primeiro) dia útil seguinte ao da ocorrência e, em caso de morte, de imediato, à autoridade competente, sob pena de multa variável entre o limite mínimo e o limite máximo do salário de contribuição, sucessivamente aumentada nas reincidências, aplicada e cobrada pela Previdência Social. § 1º Da comunicação a que se refere este artigo receberão cópia fiel o acidentado ou seus dependentes, bem como o sindicato a que corresponda a sua categoria. § 2º Na falta de comunicação por parte da empresa, podem formalizá-la o próprio acidentado, seus dependentes, a entidade sindical competente, o médico que o assistiu ou qualquer autoridade pública, não prevalecendo nestes casos o prazo previsto neste artigo [...]".

(31) O NTEP (Nexo Técnico Epidemiológico), a partir do cruzamento das informações de código da Classificação Internacional de Doenças — CID-10 e de código da Classificação Nacional de Atividade Econômica — CNAE aponta a existência de uma relação entre a lesão ou agravo e a atividade desenvolvida pelo trabalhador. A indicação de NTEP está embasada em estudos científicos alinhados com os fundamentos da estatística e epidemiologia. A partir dessa referência, a medicina pericial do INSS ganha uma ferramenta auxiliar em suas análises para conclusão sobre a natureza da incapacidade ao trabalho apresentada, se de natureza previdenciária ou acidentária.

(32) ZEMMERMANN, Cirlene Luiza. *A ação regressiva acidentária como instrumento de tutela do meio ambiente de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

à vítima é uma fórmula que permite corrigir essa distorção, preservando-se o equilíbrio econômico-atuarial do SAT.

Já para outra parte da doutrina, posição que vem sendo adotada pelos Tribunais, a Ação Regressiva Acidentária não é inconstitucional. Ela, inclusive, vai ao encontro dos preceitos da nossa Constituição, conforme se passa a demonstrar.

Estatui o art. 1º, III e IV, da Carta Magna, que constituem fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa.

O trabalho, no art. 6º, é caracterizado como direito social fundamental e o art. 7º, XXII e XXVIII, consagra prioritariamente o direito à prevenção dos acidentes do trabalho.

A nossa Constituição, denominada de Cidadã, consagra a importância do trabalho, chegando a, com justiça, sobrepô-lo ao capital, quando, no art. 170, dispõe que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna”. No mesmo sentido, no art. 193, assevera que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Neste contexto, se o trabalho (digno) é fundamento da República Federativa do Brasil e direito fundamental social, prevalente na ordem social e econômica brasileira, tem-se que a subtração culposa (ou dolosa), no todo ou em parte, da capacidade para o trabalho do obreiro, da sua saúde ou vida, constitui grave ofensa a bem constitucionalmente tutelado, passível de sanção.

O primado do trabalho, consagrado na Norma Fundamental, bem como os princípios da dignidade humana e valor social do trabalho e os direitos à saúde e prevenção dos infortúnios justificam a constitucionalidade da Ação Regressiva Acidentária, ao lado do papel atribuído à Seguridade Social.

Esta, de acordo com os arts. 194 e 195 da CR/88, compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social e que será financiada por toda a sociedade. O art. 201 da CR/88 estabelece que a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória e atenderá, nos termos da lei, além das outras situações ali descritas, à cobertura dos eventos de doença, invalidez e morte.

Entretanto, esses eventos devem decorrer do risco natural da complexa moderna vida em sociedade e não causado por um ato de negligência.

O pagamento das contribuições previdenciárias pela empresa não lhe dá o direito de incúria no que tange ao cumprimento das citadas normas de saúde e segurança e na promoção de um ambiente de trabalho seguro e saudável.

Ainda, quer parecer que, em face da gravidade do problema dos acidentes do trabalho, a intenção é mesmo onerar a empresa para que ela adote outra postura, ou seja, uma postura de prevenção.

A ação regressiva, assim, exerce papel pedagógico, com potencial para estimular, pela via econômica, que o empregador evite a ocorrência dos infortúnios, não estando eivada por qualquer vício de inconstitucionalidade.

Ela, a despeito de ser instrumento legal de ressarcimento aos cofres da Previdência Social em relação a gastos com benefícios acidentários, é instrumento utilizado na busca da prevenção de novos acidentes quando afasta a impunidade daqueles que, desprezando seu dever instituído por lei, negligenciam a vida, a saúde e a integridade física e mental do trabalhador.

O posicionamento jurisprudencial referente à constitucionalidade da ação regressiva acidentária parece ser claro, podendo-se perceber

uma tendência dos Tribunais a firmar posicionamento no sentido de entender que não há qualquer afronta da ARA à Constituição.

4.2. ARA: procedimento e alguns dados sobre ações propostas

O INSS por meio da PGF tem legitimidade para ajuizar a ARA e, para tanto, conta com auxílio da Justiça do Trabalho e do Ministério do Trabalho e Emprego.

Aquela, nos termos da Recomendação Conjunta (TST/GP/CGJT)⁽³³⁾, deve encaminhar à Procuradoria cópia de sentenças e acórdãos que reconheçam conduta culposa do empregador em acidente do trabalho.

Já o Ministério, de acordo com a previsão do art. 341 do Decreto n. 3.048/1999, com base em informações fornecidas trimestralmente, pelo Ministério da Previdência Social relativas aos dados de acidentes e doenças do trabalho constantes das comunicações de acidente do trabalho registradas no período, encaminhará à Previdência Social os respectivos relatórios de análise dos infortúnios, apontando indícios de negligência do empregador quanto ao cumprimento das normas de segurança e saúde do trabalho, para que estas informações possam contribuir para a propositura de ações regressivas.

A PGF investiga a culpa pelo acidente do trabalho num expediente preparatório denominado Procedimento de Instrução Prévia (PIP).

Constatada a culpa, é proposta a ARA perante a Justiça Federal contra os responsáveis pela ocorrência do acidente do trabalho. Têm legitimidade passiva então, os empregadores, bem como os responsáveis solidários previstos em lei pelo pagamento dos créditos trabalhistas (a exemplo das empresas componentes de grupos econômicos).

De acordo com entendimento do STJ, em casos de acidentes do trabalho, incumbe à

empresa provar que observou as normas de segurança⁽³⁴⁾.

No que tange às ações ajuizadas, de acordo com dados do INSS, de 1991 a 2007, foram propostas 223, uma média anual de 14 demandas. De 2008 a 2010, foram ajuizadas 1.021 ações, uma média anual de 340.

Só nos quatro primeiros meses de 2011, foram ajuizadas 247 demandas, das quais 183 foram julgadas procedentes e representaram o reembolso de trinta e nove milhões de reais para o INSS. Das 64 sentenças de improcedência, 45 foram revertidas na segunda instância, o que representou um aproveitamento geral de 92%⁽³⁵⁾.

Desde 2007, há recomendação do Conselho Nacional da Previdência Social para que seja intensificada a propositura da referida ação regressiva, o que denota uma tendência.

4.3. A possibilidade de realização de acordo nas ARAs

Na esfera previdenciária, vige a regra da indisponibilidade que diz respeito ao interesse público e significa que:

[...] sendo interesses qualificados como próprios da coletividade — internos ao setor público —, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los — que é também um dever — na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*⁽³⁶⁾.

(34) Neste sentido palestra sobre as “repercussões previdenciárias do acidente do trabalho” proferida pelo presidente do INSS, Mauro Luciano Hauschild, no Seminário de Prevenção de Acidentes de Trabalho ocorrido no TST em 20 e 21 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/exposicao> Acesso em: 3 fev. 2014.

(35) *Idem*.

(36) VOLPI, Elon Kaleb Ribas. Conciliação na Justiça Federal. A indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia. *Revista da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*, ano I, n. 2, p. 148, 2011.

(33) A íntegra da recomendação pode ser lida em: <http://www.tst.jus.br/ASCS/arquivos/acoes_regressivas_2.pdf>.

O ente público, no caso o INSS, é titular de direito indisponível que não se submete à livre disposição do administrador, especificamente no que tange à conciliação, que dependeria de lei a autorizando.

Em matéria de Ação Regressiva Acidentária, há o referido permissivo. De acordo com a Portaria da AGU n. 06/2011, publicada no DOU em 7.1.2011, “os órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal ficam autorizados a realizar acordos ou transações nas ações regressivas acidentárias, para terminar o litígio, nos casos cuja expectativa de ressarcimento seja de até R\$ 1.000.000,00”.

Segundo esta portaria, o termo de acordo ou transação poderá dispor sobre o ressarcimento das parcelas vencidas e vincendas, juros, correção monetária, multa e honorários de sucumbência. Poderão, ainda, ser objeto do acordo ou transação obrigações acessórias relacionadas a medidas de saúde e segurança do trabalho que previnam futuros acidentes.

A norma se justifica no fato de que os acordos viabilizariam a diminuição de demandas judiciais, o descongestionamento do Judiciário, em especial, quando celebrados logo no início da demanda e a abreviação do tempo do processo.

5. Notas sobre a prevenção e um paralelo com a ARA

A nossa sociedade se baseia na cultura de monetização da saúde, segurança e integridade do trabalhador, por meio do pagamento de adicionais e indenizações. O trabalhador, na maioria das vezes, é visto como uma mera peça da engrenagem produtiva, que pode ser descartada ou trocada quando deixa de ser útil ou adequada.

Este padrão que ainda prevalece no nosso cotidiano vem sendo objeto de muitas críticas, pois, como ressaltado, estamos vivendo em um momento de transição, reflexão e quebra de paradigmas. Modelos, posturas e valores são abandonados e há uma busca, ainda não exaurida, por padrões diferentes.

O momento, também, é de busca de efetividade dos preceitos constitucionais, para que eles não sejam simples promessas não cumpridas ou um conjunto de normas meramente simbólicas.

O referido contexto pode ser visualizado na seara laboral, especificamente no que tange ao problema dos infortúnios laborais, com o qual há muito tempo convivemos. A busca hoje é por uma nova forma de tratar a saúde e segurança do trabalhador.

Se por um lado contamos com vasto aparato legal sobre o tema, por outro, estas normas necessitam de efetividade, pois o que se observa é a sua falta de cumprimento voluntário, reiterado e inescusável.

Ainda que possa haver argumentos no sentido de que essas disposições são muito rigorosas, minuciosas e de difícil de cumprimento (a exemplo do disposto nas NR's), tal fato não serve de escusa para sua não observância. É importante o desenvolvimento de um trabalho de revisão e atualização das referidas normas pelo Poder Público, conforme já vem acontecendo⁽³⁷⁾, mas, tal ação deve ocorrer paralelamente ao seu acatamento pelo destinatário.

Sob outra perspectiva, busca-se a disseminação da informação de que a maioria dos acidentes é passível de prevenção, cabendo ao empregador fazer uma análise aprofundada de seu processo produtivo, identificando os riscos que ele apresenta para traçar um programa permanente de ação que pressupõe a participação de todos os funcionários e dirigentes da empresa. Para tanto, deve contar com profissionais da área da segurança e medicina do trabalho. Nas palavras de Sebastião Geraldo de Oliveira:

A primeira atuação do empregador deve ter como objetivo eliminar totalmente os

(37) Neste sentido, afirmou o Procurador do Trabalho, Manoel Jorge e Silva Neto no Seminário de Prevenção de Acidentes de Trabalho ocorrido no TST em 20 e 21 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/exposicao>> Acesso em: 3 fev. 2014.

riscos à vida ou à saúde do trabalhador. Mas, quando isso não for viável tecnicamente a redução deverá ser a máxima possível e exequível de acordo com os conhecimentos da época. Dizendo de outra forma: a exposição aos agentes nocivos deverá ser a mínima possível e, mesmo assim, deverá reduzir progressivamente na direção de risco zero. A redução, portanto, deverá ser cada vez mais acentuada levando-se em conta os avanços tecnológicos, de modo que, o risco que hoje é considerado tolerável, no futuro poderá ser enquadrado como risco que deveria ser controlado ou eliminado, em razão de novos conhecimentos. Daí a qualificação ao princípio do risco mínimo regressivo. O empregador tem o dever de reduzir os riscos inerentes ao trabalho até onde for possível, em cada época, de modo que os danos sofridos pelo trabalhador por riscos que poderiam ser eliminados ou controlados ensejam a caracterização da conduta culposa do empregador, pela não observância do princípio do risco mínimo regressivo.⁽³⁸⁾

E, aqui, ressalte-se, não se pretende que o controle dos riscos e a manutenção da saúde e segurança se limitem ao uso de equipamentos de proteção individual, mas, fundamental e estruturalmente, devem ser utilizados os meios técnicos operacionais mais adequados ao controle e combate dos riscos com o auxílio de profissionais especializados e capacitados para tanto.

A prevenção deve ser compreendida como um investimento e não como um custo para a empresa, até porque a relação é dialética, ou seja, quanto melhores as condições de trabalho, quanto mais valorizado se sente o obreiro, quanto mais ele puder exercer seu labor diário com segurança e ver sua saúde mantida e não prejudicada, mais ele vai produzir e com mais

qualidade e quanto maior e melhor for sua produção, mais lucro terá o empregador.

Ademais, este trabalhador é essencial para a manutenção da empresa, pois, ao contrário do que um dia se profetizou, não houve o fim dos empregos pela dominação das máquinas e o obreiro de hoje é o consumidor de amanhã, ou seja, é ele quem sustenta o próprio sistema.

Neste sentido, interessante ressaltar o ensinamento de Mauricio Godinho Delgado⁽³⁹⁾, para quem o Direito do Trabalho (normas de saúde e segurança) tem como uma de suas funções manter o capitalismo, mas ele o humaniza. Este rol de normas tuitivas civiliza e impõe um patamar civilizatório mínimo ao capitalismo sem peias. Estes direitos são o mínimo para que se possa falar em dignidade do trabalhador e valor social do trabalho.

A postura patronal que se limita a almejar o lucro não é mais aceita na sociedade contemporânea, surgindo a figura da responsabilidade social empresarial como sinônimo de desenvolvimento econômico e justiça social. De acordo com Marcos Cesar Amador Alves:

As empresas fazem parte de uma sociedade. Estão, portanto, sujeitas a modificações exigidas nos meios sociais. A efetivação da responsabilidade social empresarial trata-se da expressão de um autêntico movimento de mudança, que demanda a ruptura concreta com a visão tradicional da empresa que cinge seus objetivos à obtenção de lucro, à função econômica.⁽⁴⁰⁾

A efetivação dos direitos fundamentais trabalhistas, a adoção de medidas preventivas capazes de promover um ambiente de trabalho decente, saudável e seguro e o respeito à dignidade do obreiro são pressupostos da responsabilidade social empresarial.

(38) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2011. p. 148.

(39) DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.

(40) ALVES, Marcos Cesar Amador. *Relação de trabalho responsável: responsabilidade social empresarial e afirmação dos direitos fundamentais do trabalho*. São Paulo: LTr, 201. p. 33.

De acordo com Süsssekind⁽⁴¹⁾, algumas empresas preferem pagar irrisórios adicionais que são economicamente mais vantajosos para a empresa do que investir na implantação de medidas que tornem o ambiente de trabalho mais seguro e saudável. Entretanto, esta postura, conforme amplamente defendido, não condiz mais com os anseios e exigências da sociedade contemporânea, devendo os empresários adotar uma nova postura diante do assunto. Sebastião Geraldo Oliveira assevera que:

Pode-se observar uma crescente preocupação dos empresários com a questão da saúde e segurança do trabalhador. A pressão sindical, as repercussões negativas na mídia, as atuações do Ministério Público do Trabalho e da Inspeção do Ministério do Trabalho e, especialmente, as indenizações judiciais estão promovendo mudanças no gerenciamento desse tema. Auditorias especializadas já mensuram o chamado “passivo patológico” das organizações, comprovando que o investimento na prevenção de acidentes e doenças reflete-se positivamente no balanço, com repercussão na avaliação mercantil da empresa.⁽⁴²⁾

Para que a gestão de prevenção seja compreendida como algo inerente à dinâmica empresarial e praticada diuturnamente, emerge a Ação Regressiva Acidentária, instrumento previsto na nossa legislação, com potencial transformador do quadro atual para que se chegue, no futuro próximo, a um novo padrão de tratamento da saúde e segurança do trabalhador.

A função pedagógica que pode ser desempenhada pela ARA deve ser ressaltada em relação à sua função punitivo-ressarcitória, sendo ela utilizada não como panaceia, mas como mais um meio na busca da concretização do direito

fundamental de prevenção dos acidentes do trabalho e doenças ocupacionais.

6. Conclusão

A necessidade cada vez mais imposta pela sociedade de adoção de condutas que concretizem os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho é uma realidade.

A postura patronal que se limita a auferir lucros e considerar seu empregado como algo descartável e facilmente substituível tem sido objeto de muita crítica.

Os acidentes do trabalho, problema com o qual convivemos desde longa data, carece de um novo olhar por parte dos atores sociais.

É necessário que se pense em uma mudança de paradigma, da monetização da saúde, vida e integridade do trabalhador para a adoção de uma gestão de prevenção, que abranja um conjunto concertado e permanente de ações de identificação do risco da atividade e criação de políticas para eliminá-los ou, ao menos, minimizá-los.

A prevenção deve ser compreendida como um investimento e não como um ônus, até porque o cuidado com a saúde e integridade do obreiro reflete no seu desempenho profissional e, em última análise, nos ganhos da empresa.

Neste contexto, até que a prevenção passe a ser algo inerente à dinâmica empresarial, identificamos o potencial transformador da Ação Regressiva Acidentária.

Ante a falta de cumprimento das normas de saúde e segurança — integrantes de um vasto conjunto de leis que carecem de efetividade — que é móvel da maioria dos acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, deve responder o empregador desidiioso.

A ARA não cumpre somente o papel punitivo-ressarcitório, mas vai além, e tem grande potencial pedagógico, fazendo com que o aspecto econômico, porque muito importante para a empresa, atue como instrumento de mudança de postura. Esta lógica pode ser

(41) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*. v. II. 22. ed. atual. por Arnaldo Süsssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005.

(42) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2009. p. 33.

identificada em diversas situações, a exemplo do que acontece com o FAP.

Neste contexto, entendemos que a referida ação, constitucional porque em harmonia com os princípios da Norma Fundamental, deve continuar sendo utilizada contra os empregadores renitentes aos novos parâmetros e valores concernentes à saúde e segurança, parte integrante do ambiente do trabalho que deve ser equilibrado, saudável e protegido.

7. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Responsabilidade civil do empregador e acidente de trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ALVES, Marcos Cesar Amador. *Relação de trabalho responsável: responsabilidade social empresarial e afirmação dos direitos fundamentais do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. *Revista Sequência*, n. 57, p. 131-152, dez. 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 10 fev. 2014.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 15 fev. 2014.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 15 fev. 2014.

BRASIL. *Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm> Acesso em: 11 fev. 2014.

BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/seminario-2011>> Acesso em: 11 fev. 2014.

BRASIL. *Anuário Estatístico da Previdência Social 2010*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=1162>> Acesso em: 10 fev. 2014.

BRASIL. *Portaria da AGU n. 06/2011*. Disponível em: <http://www.fsindical.com.br/wp-content/uploads/2011/01/A_R_A.pdf> Acesso em: 15 fev. 2014.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF-Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2009.

_____. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2010.

_____. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2011.

RIFIKIM, Jeremy. *O fim dos empregos: o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo*. Makron Books, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Instituições de Direito do Trabalho*. v. II. 22. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005.

VOLPI, Elon Kaleb Ribas. Conciliação na Justiça Federal. A indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia. *Revista da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*, ano I, n. 2, p. 139-164, 2011.

ZEMMERMANN, Cirlene Luiza. *A ação regressiva acidentária como instrumento de tutela do meio ambiente de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

Poder familiar *versus* proselitismo religioso do empregado doméstico: qual o desfecho constitucionalmente adequado?

Aloisio Cristovam dos Santos Junior^(*)

Resumo:

- ▶ Como decorrência do poder familiar, aos pais se reserva o direito de educar os filhos em coerência com as próprias convicções em matéria religiosa. A liberdade religiosa do empregado doméstico tem enorme potencial para colidir com o poder familiar, especialmente quando se expressa por meio do proselitismo. Discute-se no presente artigo qual a resposta constitucional adequada para tal colisão.

Palavras-chave:

- ▶ Liberdade religiosa — Empregado doméstico — Poder familiar — Colisão de direitos fundamentais.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Relação de emprego do doméstico: a arena do combate
- ▶ 3. Os contendores: identificando os interesses colidentes
 - ▶ 3.1. O proselitismo religioso
 - ▶ 3.2. O poder familiar
- ▶ 4. As regras do combate: a metódica para a solução da colisão
- ▶ 5. O desfecho da luta: qual interesse deve prevalecer?
- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências bibliográficas

(*) Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Constitucional do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia. Juiz do Trabalho da 5ª Região. Ex-Promotor de Justiça e Ex-Procurador do Estado da Bahia. Bolsista da CAPES em programa de estágio doutoral na Universidade de Coimbra.

Abstract:

- ▶ As a result of family power, parents reserves the right to educate their children in keeping with their own convictions in religious matters. The religion freedom of the household employee has enormous potential to collide with the family power, especially when expressed through proselytizing. This article discusses about the proper constitutional response to such a collision.

Key-words:

- ▶ Religious freedom — Domestic employee — Parental responsibility — Conflicts between Fundamental Rights.

Summary:

- ▶ 1. Introduction
- ▶ 2. Household employment: combat arena
- ▶ 3. The fighters: identifying the interests colliding
 - ▶ 3.1. The religious proselytism
 - ▶ 3.2. Parental responsibility
- ▶ 4. Rules of combat: a methodical for the solution of conflict
- ▶ 5. The outcome of the fight: what interest must prevail?
- ▶ 6. Final
- ▶ 7. References

1. Introdução

Independentemente do ambiente no qual se manifeste, o proselitismo religioso é a mais resistida dentre todas as posições jurídicas que compõem o acervo do direito fundamental completo da liberdade religiosa⁽¹⁾ e provavelmente aquela com maior potencial para gerar tensões nos relacionamentos intersubjetivos. Não poderia ser diferente, portanto, no ambiente

onde se desenvolvem as relações laborais. Ao contrário, não é exagerado dizer que de todos os conflitos que podem se apresentar no ambiente de trabalho tendo como pano de fundo o fator religioso, aqueles motivados pelo proselitismo, se não são os que ocorrem com maior frequência⁽²⁾, certamente, são os mais desafiadores.

No entanto, não é possível sustentar como regra, pelo menos no ordenamento jurídico brasileiro, que o empregador tenha a prerrogativa de suprimir a expressão religiosa no ambiente de trabalho. Conspiram contra o reconhecimento de tal prerrogativa: a) a função social da propriedade, que impõe que

(1) A expressão “direito fundamental completo” é extraída de Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 248-249), na tradução de Virgílio Afonso da Silva, correspondendo a um feixe de posições jurídicas atribuídas a uma disposição de direito fundamental. Para uma melhor compreensão da amplitude da liberdade religiosa, vale consultar WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 72-77, que apresenta um extenso catálogo que contempla mais de setenta posições jusfundamentais.

(2) Acredita-se que os casos de discriminação religiosa sejam mais numerosos que os conflitos relacionados especificamente com o proselitismo religioso, se bem que, muitas vezes, haja um entrelaçamento de ambos os problemas.

a atividade empresarial favoreça o bem-estar dos trabalhadores, o que inclui a promoção dos seus direitos fundamentais, dentre os quais a liberdade religiosa; b) a ideologia constitucional brasileira, tendencialmente favorável à expressão religiosa⁽³⁾; c) o respeito à autonomia e à dignidade do trabalhador crente. Em verdade, o direito de expressar a religiosidade no ambiente de trabalho, inclusive por meio do proselitismo, deve ser, em princípio, resguardado⁽⁴⁾, conquanto inteiramente cabível que se lhe ponham restrições de modo a que não seja exercido de forma abusiva⁽⁵⁾.

Na relação de trabalho doméstico, contudo, por conta de certas peculiaridades e notadamente pelo ambiente onde se desenvolve, o

proselitismo religioso levanta alguns problemas que desafiam um tratamento diferenciado, na medida em que há interesses em jogo que não se reduzem à atividade econômica e se acham ausentes nas outras espécies de contrato de trabalho⁽⁶⁾. Avulta, dentre esses interesses, o poder familiar.

Não é difícil imaginar situações de tensão ou mesmo de conflito aberto entre o poder familiar dos pais e a liberdade religiosa do empregado doméstico. O esforço proselitista do empregado doméstico dirigido às crianças do núcleo familiar para o qual presta serviços pode constituir uma ameaça à harmonia familiar e um problema desafiador, especialmente se veiculado por meio de ações sutis (contar histórias infantis, entoar cânticos religiosos etc.). A questão se reveste de maior complexidade nos casos em que os serviços domésticos prestados são os de babá. A liberdade religiosa do empregado, *in casu*, tem enorme potencial para esbarrar no poder familiar.

O presente texto, apropriando-se da metáfora do combate entre gladiadores, pretende refletir sobre como deve ser resolvida a colisão entre a liberdade religiosa do empregado doméstico, especificamente quando se manifesta por meio do proselitismo religioso, e o poder familiar dos pais. A abordagem inicia-se com a visualização da arena do conflito (a relação

(3) Sobre o modelo ideológico da Constituição Federal no trato com o fenômeno religioso, cf. de nossa autoria, o artigo "O modelo brasileiro de estado laico e sua repercussão na hermenêutica do direito fundamental à liberdade religiosa". In: *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*. v. 11, 2011, Madrid, España. p. 93-134.

(4) Em sentido contrário, cf. o respeitável pronunciamento de Manoel Jorge e Silva Neto, que não admite a garantia do proselitismo religioso no ambiente de trabalho. Nas suas palavras, "A heterogeneidade latente no corpo de trabalhadores abre seríssimo precedente se se possibilitar a empregado faça proselitismo de uma religião dentro da empresa, já que muitos colegas podem eventualmente ter feito a opção — ou mesmo não ter consumado escolha qualquer, o que é garantido pela Constituição, como vimos —, criando-se, assim, constrangimentos com imprevisíveis consequências, quer em virtude de a defesa de concepção religiosa perante quem já abraçou outro segmento significar grave ofensa à liberdade de crença, quer porque o trabalhador agnóstico pode não aceitar de modo passivo a investida do crente" (*Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 158). Pelas razões expostas, não nos parece, *data venia*, que seja essa a resposta constitucionalmente mais adequada ao problema, notadamente porque não apenas a expressão religiosa tem o condão de criar constrangimentos no ambiente de trabalho. As opiniões políticas, o proselitismo sindical e as manifestações de paixões futebolísticas, dentre outras, trazem consigo o mesmo risco.

(5) Para uma análise mais aprofundada e pormenorizada da questão, cf. SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. *Liberdade religiosa e contrato de trabalho: a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

(6) Há que se observar que a noção de atividade econômica, no contexto do direito do trabalho, não deve ser entendida apenas na acepção restrita da busca pela obtenção do lucro, mas na acepção ampla de atividade voltada para a produção de bens e serviços, sejam eles materiais ou espirituais, que atendam às necessidades e aos desejos humanos. Nas palavras de Edilton Meirelles (*Grupo econômico trabalhista*. São Paulo: LTr, 2002. p. 160), "todo e qualquer ente que produza serviço ou bens para satisfação de uma necessidade humana (em sentido amplo) exerce uma atividade econômica em seu sentido mais amplo. Nesse caminho, exerce atividade econômica até uma instituição religiosa, que, para suprir as necessidades espirituais e/ou morais dos seus fiéis, executa um serviço (o conforto espiritual, a busca da paz interna, etc.), serviços estes, aliás, que se aproximam, em alguns aspectos, daqueles oferecidos pelos profissionais da psicologia ou pelas associações de assistência social".

empregatícia doméstica), passa pela identificação dos interesses colidentes e, por fim, após uma breve digressão sobre a metódica da solução da colisão, propõe uma resposta que se pretende constitucionalmente adequada ao problema.

2. Relação de emprego do doméstico: a arena do combate

Nos termos do art. 1º da Lei n. 5.859, de 11 de dezembro 1972 (Estatuto do Trabalhador Doméstico), empregado doméstico é aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas.

Os traços que distinguem a relação de emprego doméstico das demais relações de emprego são os seguintes: a) os serviços são prestados unicamente para pessoa ou família; b) os serviços são realizados no âmbito residencial de pessoa ou família; c) a atividade desenvolvida não possui fins lucrativos.

O destinatário do serviço doméstico será sempre uma pessoa física ou agrupamento familiar de pessoas físicas, unidas por laços de parentesco ou de afinidade⁽⁷⁾, de modo que a pessoa jurídica jamais deterá a condição de empregador doméstico.

O empregado doméstico presta seus serviços no âmbito residencial de pessoa física ou de família. A noção de “âmbito residencial”, porém, não está circunscrita ao prédio onde o empregador doméstico reside, mas à esfera na qual as atividades familiares são desenvolvidas, daí por que, a par dos serviços prestados por mordomos, governantas, cozinheiras, arrumadeiras e babás, tem-se também como doméstico o trabalho prestado pelo motorista particular, pelo jardineiro, pelo piscineiro e pelo caseiro.

Os serviços prestados pelo empregado doméstico beneficiam o núcleo familiar sem

gerar qualquer lucratividade para os seus destinatários, vale dizer, atendem a interesses pessoais do tomador ou de sua família e não a interesses econômicos específicos de produção e circulação de bens ou serviços.

Do quadro esboçado se conclui que a relação de trabalho doméstico implica uma especial fidúcia com respeito à figura do empregado, mais acentuada que a exigida numa relação de emprego comum, notadamente por causa do ambiente onde os serviços são prestados e da natureza desses serviços, que são estritamente pessoais⁽⁸⁾. Neste sentido, é que Sebastião Valeriano chega a afirmar que:

A relação de trabalho doméstico é uma relação muito particular. Trata-se de uma relação quase familiar, em que o empregado participa muito diretamente da intimidade da família. O cargo exercido pelo doméstico é de confiança, pois a função está intimamente ligada ao conceito de intimidade familiar.⁽⁹⁾

A relação de trabalho doméstico, por suas peculiaridades, já levanta problemas cuja solução não pode ser facilmente resolvida com o recurso aos mesmos argumentos utilizados para dirimir conflitos que envolvem as outras espécies de relação de emprego. Isso é particularmente visível nas questões que envolvem o exercício da liberdade religiosa. Neste âmbito, tanto é comum que o empregador doméstico praticante de algum credo funcionalize o comportamento pessoal e familiar em torno de certos valores morais de matriz religiosa aos quais pretende que a conduta do empregado se ajuste, como é comum que o empregado religioso procure, no ambiente familiar do seu empregador, fazer valer as suas convicções religiosas, eventualmente contrárias às do seu patrão.

(8) Neste sentido, DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 367.

(9) VALERIANO, Sebastião Saulo. *Trabalhador doméstico*. São Paulo: Editora de Direito, 1998. p. 116-117.

(7) MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 162.

3. Os contendores: identificando os interesses conflitantes

3.1. O proselitismo religioso

O termo *proselitismo* tem origem etimológica na palavra grega *proshluto*v (proselutos) que significa literalmente *recém-chegado* e, entre os judeus, identificava alguém que veio de uma religião pagã para o judaísmo⁽¹⁰⁾. A conotação da palavra é, portanto, originariamente religiosa, posto que hoje se tenha tornado comum falar em outras espécies de proselitismo, dentre os quais o proselitismo político e o sindical.

À luz da raiz histórica da palavra, compreende-se proselitismo como a atividade que o crente desenvolve ao difundir, por quaisquer meios, as ideias e crenças que professa com o objetivo de conquistar novos adeptos à sua religião⁽¹¹⁾.

A manifestação mais antiga e mais usual de proselitismo é a oral⁽¹²⁾. Todavia, o proselitismo pode ser praticado na forma escrita e por meio de símbolos e gestos⁽¹³⁾. A evolução

tecnológica, ademais, permite o proselitismo a distância, com destaque para a utilização de meios de comunicação de massa, como evidenciam os inúmeros programas religiosos apresentados diariamente em emissoras de rádio e de TV do Brasil. As páginas da internet e a correspondência eletrônica também têm sido largamente usadas com essa finalidade.

Há que se reter, em suma, que “proselitismo religioso” é uma expressão que identifica toda e qualquer ação promovida por um crente, independentemente da forma pela qual se manifeste, com o desiderato de obter a conversão de outrem à sua fé religiosa.

A importância do direito subjetivo ao proselitismo religioso na ordem constitucional brasileira é inquestionável. Radica tanto na compreensão de que o tratamento dado à liberdade religiosa pelo texto constitucional é flagrantemente refratário a restrições à exteriorização da fé quanto na identificação da divulgação das ideias religiosas com o núcleo essencial da liberdade de manifestação de pensamento⁽¹⁴⁾, sendo ambas as *liberdades* essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade.

A nossa Constituição adota um modelo de laicidade caracterizado por uma significativa abertura para a expressão religiosa no espaço público, aqui entendido como “o campo de manifestação e de expressão da sociedade”⁽¹⁵⁾. Com efeito, desde a referência a Deus no seu

(10) A palavra foi utilizada por Jesus Cristo, ao condenar com veemência o comportamento dos fariseus que, embora se esforçassem para conquistar adeptos à fé judaica, punham sobre o recém-chegado uma carga de deveres religiosos que nem eles próprios seriam capazes de suportar. “Ai de vós, escribas e fariseus, hipócritas, porque rodeais o mar e a terra para fazer um prosélito; e, uma vez feito, o tornais filho do inferno duas vezes mais do que vós!” (Mt 23:15)

(11) Sobre a definição de proselitismo, inclusive chamando a atenção para a conotação pejorativa e o preconceito que pode estar associado ao termo, cf. GUERREIRO, Sara. *As fronteiras da tolerância — Liberdade religiosa e proselitismo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Almedina, 2005. p. 177.

(12) Os cristãos conferem especial valor à forma oral de proselitismo, diante do ensino paulino de que “a fé vem pela pregação, e a pregação, pela palavra de Cristo” (Rm 10:17). No cristianismo, o proselitismo é frequentemente denominado de “evangelização”.

(13) No dizer de RIVERO, Jean e MOUTOUCH, Hugues (*Liberdades públicas*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 524), o proselitismo assumiu historicamente diversas formas, “desde a intolerância ou mesmo a conquista até o testemunho silencioso e o martírio”. Já no que tange ao alcance subjetivo do proselitismo, Paulo Ferreira da Cunha (*A Constituição viva:*

cidadania e direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 147-148) distingue três formas pelos quais se reveste: “O mediático e de uma única e centralizada fonte para uma pluralidade de alvos anônimos; o massivo, mas directo, plural na emissão (missionária) como que porta a porta; e o elitista, que visa apenas certos sectores sociais (como os ricos, os pobres, ou os intelectuais).”

(14) Cf. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 225, 1996).

(15) Neste sentido, PIAULT, Marc Henri. A questão do sentido: por um caminho incerto entre crer e saber. In: BIRMAN, Patrícia (Org.). *Religião e espaço público*. São Paulo: Attar, 2003. p. 365.

preâmbulo⁽¹⁶⁾. o texto constitucional aponta para a compreensão de que o Estado brasileiro nutre indisfarçável simpatia pelo fenômeno religioso, ao qual, por meio de diversas disposições constitucionais, tributa respeito e valorização.

A compreensão de que o modelo de laicidade do Estado brasileiro é do tipo tendente ao favorecimento da expressão religiosa — até mesmo, em alguns casos, no âmbito estatal — é, assim, a primeira sinalização de que a liberdade religiosa, no nosso ordenamento constitucional, compreende no seu feixe de posições jurídicas a prática do proselitismo.

Há que se tomar em consideração que a expressão religiosa é um valor que integra o nosso sistema jurídico⁽¹⁷⁾. Trata-se de um viés

hermenêutico que não pode ser menoscabado, sobretudo a partir da constatação de que o Direito tem que ser interpretado sistematicamente, compreendendo princípios, regras e valores⁽¹⁸⁾.

Sob tal perspectiva, a interpretação sistemática do preceito constitucional que assegura a inviolabilidade da liberdade de crença (art. 5º, VI) já conduziria à conclusão de que o proselitismo jurídico corporifica um direito subjetivo contemplado no acervo de posições jurídicas do direito fundamental completo da liberdade religiosa. Isso porque a referência à liberdade de crença não pode ser compreendida apenas como se circunscrevesse ao foro íntimo do indivíduo, até mesmo porque a crença não externada nem mesmo é passível de controle pelo direito, que só se interessa por comportamentos sociais.

A liberdade de crença de que cogita o constituinte, por óbvio, é a liberdade de manifestar a crença, de exteriorizá-la. Ademais, a liberdade de crença compreende também a liberdade de mudar de religião⁽¹⁹⁾, uma faculdade que só se justifica na medida em que são afastados os eventuais óbices à livre divulgação das ideias religiosas⁽²⁰⁾.

Por outro lado, a fundamentalidade do direito subjetivo ao proselitismo religioso radica

(16) Vale registrar que ao julgar Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pelo Partido Social Liberal, que sustentava que o preâmbulo da Constituição do Estado do Acre deveria reproduzir a invocação da proteção de Deus, o Supremo Tribunal Federal negou força normativa ao Preâmbulo da Constituição Federal, nos seguintes termos: “I – Normas Centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas ou não, incidirão sobre a ordem local. II – Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa.” (ADI n. 2.076, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 8.8.2003.) No entanto, quando o STF na mesma decisão afirma que o preâmbulo da Constituição “não se situa no âmbito do direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte”, torna claro que, ainda que se lhe negue o caráter de norma central, o seu conteúdo tem implicações hermenêuticas, na medida em que evidencia uma indisfarçável simpatia do Estado brasileiro pelo fato religioso, o que, aliás, vai ser confirmado em diversos dispositivos constitucionais com força normativa.

(17) No dizer de Paulo Gonet Branco (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 513), “o reconhecimento da liberdade religiosa pela Constituição denota haver o sistema jurídico tomado a religiosidade como um bem em si mesmo, como um valor a ser preservado e fomentado. Afinal, as normas jusfundamentais apontam para valores tidos como capitais para a coletividade, que devem não somente ser conservados e protegidos, como também promovidos e estimulados”.

(18) Sobre o assunto, vale recolher o ensinamento de Juarez Freitas (*A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 61), que define o sistema jurídico como “uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição”.

(19) Neste sentido, José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 249).

(20) É o que afirma Jônatas Machado (op. cit., p. 225), para quem a “liberdade religiosa compreende um direito à divulgação das convicções religiosas (*recht auf Äusserung religiöser Überzeugung*), sem a protecção do qual a liberdade de mudar de religião não faz muito sentido”.

também na relação indissociável que há entre tal prática e a liberdade de manifestação do pensamento⁽²¹⁾ consagrada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 220 da Constituição Federal⁽²²⁾. Observa-se aí, portanto, um caso típico de concorrência de direitos fundamentais.

Há que se entender que o pensamento, como ensinam Jean Rivero e Hugues Moutouch:

abrange tanto a apropriação das ideias prontas quanto a busca pessoal e a criação original, e isso em todos os campos, arte, ciência, moral, filosofia, religião e sob todas as formas, desde o grito elementar que traduz o entusiasmo ou a hostilidade até a obra longamente amadurecida e elaborada.⁽²³⁾

Neste sentido, é inegável que a difusão das crenças constitui corolário da liberdade de manifestação do pensamento, não diferindo essencialmente do direito que qualquer cidadão possui de externar as suas opiniões políticas ou ideológicas⁽²⁴⁾, vale dizer, de se expressar livremente sobre qualquer assunto.

A conspícua estreiteza da conexão entre a liberdade de pensamento e a liberdade religiosa, inclusive, tornou inevitável que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 tratasse de ambas no mesmo artigo:

Artigo XVIII – Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância isolada ou coletivamente, em público ou em particular.⁽²⁵⁾

Como facilmente se percebe, portanto, a liberdade religiosa, sobretudo quando se expressa como liberdade de comunicar as ideias religiosas, está visceralmente imbricada com a liberdade de manifestação do pensamento. Se assim o é, não se pode negar ao proselitismo religioso ao menos a mesma proteção jurídica conferida às demais manifestações da liberdade de pensamento, ou seja, àquelas que se referem à expressão de opiniões e ideias outras que não as religiosas, como as políticas, científicas ou filosóficas.

3.2. O poder familiar

Nos termos do art. 229, da Constituição Federal, e do art. 1.630 do Código Civil, os filhos, enquanto menores, estão sujeitos ao poder familiar, outrora denominado de pátrio poder⁽²⁶⁾, atribuído aos pais.

são aceitas em qualquer campo (científico, político etc.) como algo saudável e democrático. Quando se trata de divergência no campo religioso, porém, há uma enorme resistência a considerá-la democrática, havendo muita gente que acredita que o ideal é que todos tenham a mesma crença (ou não tenham crença religiosa alguma, como sugere John Lennon na letra da música Imagine: *Imagine there's no countries/ It isn't hard to do/Nothing to kill or die for/And no religion too*).

(21) Utiliza-se aqui a terminologia adotada pelo constituinte brasileiro (art. 5º, IV), mas não se desconhece que a liberdade de manifestação de pensamento pode ser alcunhada como liberdade de opinião, como parece preferido por franceses, ou como liberdade de expressão, havendo quem distinga e quem identifique os significados de cada uma dessas expressões.

(22) Art. 5º, IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

(23) RIVERO, Jean; MOUTOUCH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 499.

(24) Dissertando sobre a liberdade de opinião, que na doutrina francesa corresponde ao que aqui chamamos de liberdade de manifestação do pensamento, Jacques Robert (*apud* ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das liberdades fundamentais*. Tradução Carlos Souza. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 485) define-a como a liberdade de cada indivíduo de adotar, em qualquer domínio, a atitude intelectual de sua escolha, quer se trate de uma atitude interior, de um pensamento íntimo ou de uma tomada de posição pública. Em suma, liberdade para cada homem de pensar e de dizer o que ele acredita ser verdadeiro. Curiosamente, as diferenças de opinião

(25) Conforme reproduzido por Fábio Konder Comparato (*A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 234).

(26) Como observa Maria Berenice Dias (*Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 376), com arrimo nas lições de Silvio Rodrigues, “A expressão ‘poder familiar’ é nova. Corresponde ao que antes era chamado de

De acordo com as lições de Rodolfo Pamplona e Pablo Stolzer, o poder familiar pode ser conceituado como “o plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes”⁽²⁷⁾.

O exercício desse múnus, que configura poder-função, implica uma série de competências listadas principalmente no art. 1.634 do Código Civil Brasileiro, que traz como direito-dever, dentre outros, o de dirigir-lhes a criação e a educação, prerrogativa cuja existência somente se justifica “sob a ótica de proteção do interesse existencial do próprio menor”⁽²⁸⁾.

Como decorrência do poder familiar, aos pais se reserva o direito de educar os filhos em coerência com as próprias convicções em matéria religiosa. Tal faculdade, aliás, é reconhecida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois a *Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções*, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 25 de novembro de 1981, estabelece no art. 5º, § 1º, que “os pais, ou no caso os tutores legais de uma criança terão o direito de organizar sua vida familiar conforme sua religião ou suas convicções e devem levar em conta a educação moral em que acreditem e queiram educar suas crianças”.

4. As regras do combate: a metódica para a solução da colisão

Identificados os interesses conflitantes, a pergunta sobre qual deles deve prevalecer no caso concreto reclama uma breve digressão

pátrio poder, termo que remonta ao direito romano: *pater potestas* — direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos.”

(27) PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. 6: Direito de Família — As Famílias em Perspectiva Constitucional. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 592.

(28) *Ibidem*, p. 593.

sobre o método disponível para a solução da colisão.

A ponderação, às vezes apelidada de sopesamento ou balanceamento, dentre outros termos utilizados para designar o mesmo fenômeno, tem se consolidado como um mecanismo hábil para a resolução de colisões de direitos fundamentais, permitindo que se dê a cada caso concreto uma resposta juridicamente adequada. É por seu intermédio que o princípio da concordância prática se realiza. A técnica, como explica Ingo Sarlet, “surge a partir da insuficiência da subsunção como técnica de aplicação do Direito quando da resolução de determinados problemas jurídico-constitucionais, em especial de casos concretos”⁽²⁹⁾.

Com efeito, embora ainda continue a desempenhar um papel fundamental para a dinâmica do direito, diante de sua lógica unidirecional (premissa maior => premissa menor => conclusão), a subsunção somente funciona quando o que está em jogo é a aplicação de uma única norma. Não se afigura, assim, um raciocínio adequado para lidar com as situações que envolvam as colisões de princípios ou de direitos fundamentais, nas quais mais de uma norma reivindica sua aplicação aos mesmos fatos⁽³⁰⁾.

Luís Carlos Barroso descreve a ponderação como um processo que se desenvolve em três etapas. Na primeira etapa, cabe ao intérprete identificar no sistema as normas relevantes para a solução do caso e os eventuais conflitos entre elas. Na segunda etapa, incumbe-se-lhe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Na terceira etapa, dedicada à decisão do conflito, os diferentes grupos de normas e a

(29) SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel Francisco; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 211.

(30) BARROSO, Luiz Carlos. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 333.

repercussão dos fatos são examinados conjuntamente, de modo a averiguar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em jogo e, portanto, o grupo de normas que deve prevalecer no caso, decidindo-se, em seguida, a intensidade com que o grupo de normas preponderante — e a solução por ele indicada — poderá afetar as demais normas⁽³¹⁾.

Advirta-se, porém, que a ponderação é uma técnica que, na dogmática constitucional, tem como destinação a concordância prática de bens jurídicos em conflito, mas sem uma estrutura e sem critérios materiais seria de pouca serventia para a aplicação do direito. Daí por que a doutrina costuma estruturá-la com os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade⁽³²⁾.

5. O desfecho da luta: qual interesse deve prevalecer?

Visualizados a arena, os contendores e as regras do combate, passa-se agora à tentativa de vaticinar o desfecho do conflito. Em suma, responder à seguinte pergunta: qual interesse deve prevalecer numa eventual colisão entre o poder familiar e a liberdade religiosa do empregado?

Sustenta-se aqui que é inevitável a prevalência do poder familiar. Em verdade, este parece um dos raros casos em que a vedação total ao exercício de proselitismo religioso no ambiente de trabalho parece encontrar uma justificativa razoável. Mais do que isso, a prerrogativa que

os pais têm de criar os filhos segundo as suas crenças religiosas autoriza até mesmo a recusa à contratação de trabalhador doméstico (*baby sitter*) que não partilhe das mesmas convicções.

Não se pode considerar tal seletividade como uma discriminação desarrazoada, pois o poder familiar é atribuído aos pais no interesse dos próprios filhos. Os pais, mais do que o Estado, sabem o que é de interesse dos filhos. Ademais, as ligações afetivas entre pais e filhos devem falar mais alto em qualquer situação na qual o interesse destes esteja em jogo, uma vez que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (art. 226, Constituição Federal).

A especial atenção que o ordenamento estatal atribui à família, como *cellula mater* da sociedade, justifica a precedência *prima facie* do poder familiar no confronto com a liberdade religiosa positiva do empregado em todas as situações que envolvam a educação e a criação dos filhos menores. Nem mesmo a tolerância, por certo tempo, da prática proselitista do empregado poderá torná-la uma faculdade incorporada ao contrato de trabalho do obreiro, uma vez que a todo o tempo os pais têm o direito de avaliar o comportamento e as reações de seus filhos menores, adotando novas posturas que julguem mais adequadas à formação do seu caráter e ao desenvolvimento de sua personalidade. A desobediência do empregado doméstico, neste caso, poderá vir a redundar até mesmo no reconhecimento da justa causa prevista na alínea “h” do art. 482 consolidado, que, nos termos do preceituado no art. 6º-A, § 2º, da Lei n. 5.589, de 11 de dezembro de 1972, aplica-se ao trabalhador doméstico. A aplicação da punição máxima, contudo, somente se justifica diante da resiliência do empregado doméstico, vale dizer, da sua insistência em prosseguir na prática proselitista, parecendo irrazoável que se promova a dispensa por justa causa quando se tratar de um caso isolado ou sem que antes o trabalhador seja admoestado, verbalmente ou por escrito, ou que lhe seja

(31) *Ibidem*, p. 333-334. Também Humberto Ávila (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 144-145), com base na doutrina alemã, enxerga na ponderação três etapas: a preparação da ponderação (*Abwägungsvorbereitung*), na qual são analisados todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível; a realização da ponderação (*Abwägung*), em que se vai fundamentar a relação estabelecida entre os elementos objetos do sopesamento; a reconstrução da ponderação (*Rekonstruktion der Abwägung*), na qual são formuladas as regras de relação, inclusive de primazia entre os elementos objeto do sopesamento.

(32) *Ibidem*, p. 143.

aplicada a pena de suspensão. O princípio da proteção do hipossuficiente é que justifica que se exija que o empregador adote tais cautelas. Se num incidente isolado o empregado adotar uma postura proselitista que o empregador julgue contrária ao poder familiar e não queira de forma alguma tolerá-la, bastará que exercite o direito potestativo de dispensar o empregado⁽³³⁾. Puni-lo com justa causa nessa circunstância configura nitidamente um rigor excessivo.

6. Considerações finais

Buscou-se aqui apresentar uma resposta constitucionalmente adequada ao específico problema da colisão entre a liberdade religiosa do empregado, manifestada pelo proselitismo, e o poder familiar dos pais, adotando-se uma ponderação de interesses fundada na razoabilidade.

Por conta do ambiente onde se desenvolve o trabalho doméstico, a prevalência do poder familiar, *in casu*, parece razoavelmente justificada pela proteção especial que a Constituição brasileira confere à família, bem como pela tutela constitucional da intimidade e da vida privada do empregador.

Quiçá se deva reconhecer mesmo ao empregador doméstico a liberdade de selecionar os seus empregados com base em critérios religiosos, mesmo quando não esteja em jogo o poder familiar, ou seja, ainda quando o empregador não possua filhos, considerando-se que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador” (art. 5º, XI). Se a casa é a última cidadela de proteção da intimidade e da vida privada do indivíduo, nem mesmo sendo lícito

a uma autoridade pública nela ingressar sem a autorização do morador, salvo a hipótese de flagrante delito ou desastre, não parece irrazoável concluir que o empregador doméstico deve ter uma liberdade de contratar mais ampla que o empregador comum⁽³⁴⁾.

De qualquer modo, parece fora de dúvida que quando está em jogo o poder familiar, não há como negar-lhe a prevalência quando de uma eventual colisão com a liberdade religiosa do empregado quando esta se manifesta por meio do proselitismo.

7. Referências bibliográficas

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

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luiz Carlos. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BÍBLIA DE ESTUDO DE GENEBRA. São Paulo e Barueri, Cultura Cristã e Sociedade Bíblica do Brasil, 1999.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

(33) Afirmação feita com base na doutrina e na jurisprudência majoritárias, que não impõem ao empregador o dever de motivar a dispensa, entendimento que vem paulatinamente sofrendo modificações, como na recente decisão do STF no RE 589.998 no tocante aos empregados públicos. Nesse caso, a dispensa, para a corrente contrária, poderia fundar-se em razões técnicas.

(34) Não parece aqui um recuo injustificado da liberdade religiosa do trabalhador, mas o resultado de uma ponderação na qual, em função do ambiente onde os serviços são prestados, se atribui concretamente maior valor à proteção da intimidade do empregador, uma solução que de certo modo privilegia a boa-fé, na medida em que evita que o empregador dissimule o real motivo da não contratação.

- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GUERREIRO, Sara. *As fronteiras da tolerância — Liberdade religiosa e proselitismo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Almedina, 2005.
- ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das liberdades fundamentais*. Tradução Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MEIRELES, Edilton. *Grupo econômico trabalhista*. São Paulo: LTr, 2002.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. 6: Direito de Família — As Famílias em Perspectiva Constitucional). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PIAULT, Marc Henri. A questão do sentido: por um caminho incerto entre crer e saber. In: BIRMAN, Patrícia (Org.). *Religião e espaço público*. São Paulo: Attar, 2003.
- RIVERO, Jean; MOUTOUCH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. *Liberdade religiosa e contrato de trabalho: a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2013.
- . O modelo brasileiro de estado laico e sua repercussão na hermenêutica do direito fundamental à liberdade religiosa. *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*. Madrid, Espanha. v. 11, p. 93-134, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel Francisco; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- VALERIANO, Sebastião Saulo. *Trabalhador doméstico*. São Paulo: Editora de Direito, 1998.
- WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Jornada de trabalho e o direito à limitação: desencontros entre a Constituição e a legislação infraconstitucional⁽¹⁾

Laryssa Marcelino da Silva^(*)

Resumo:

- Este estudo problematiza o princípio normativo da proteção trabalhista na perspectiva da limitação de jornada. Apresenta um recorte histórico das primeiras normas atinentes à limitação de jornada bem como a aplicação das previsões constitucional e infraconstitucional sobre o tema, em especial, a discrepância existente entre o constitucionalmente previsto e a rede de desproteção provocada pelo art. 62 da CLT, que afasta a obrigatoriedade de controle de jornada de uma parcela de trabalhadores. Induz a reflexão sobre as implicações que a ausência de limitação de jornada exerce sobre os trabalhadores e ressalta a dinâmica da discussão entre os juristas acerca da aplicação do limite constitucional de 44 horas semanais de trabalho. Ainda, sobre a ausência da limitação de jornada, traz também a reflexão a respeito da importância do direito ao lazer e à desconexão do trabalho. Por meio da revisão bibliográfica, o trabalho evidencia que o direito à limitação de jornada reflete na qualidade de vida do trabalhador e, como questão de saúde pública, implica diretamente na observância do fundamento da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave:

- Princípio da proteção — Limitação de jornada — Recepção do art. 62 da CLT.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Sobrejornada ilimitada: desencontros entre a Constituição e a legislação infraconstitucional e o desrespeito do direito ao lazer
 - 2.1. A exclusão do direito à limitação de jornada promovido pelo art. 62 da CLT

(1) Artigo originário do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em março de 2014 como requisito parcial à conclusão do Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito do Trabalho e Processo da Faculdade Católica Dom Orione em Araguaína-TO.

(*) Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Católica Dom Orione em Araguaína-TO.

- ▶ 2.2. Posicionamento jurisprudencial relativo à desproteção promovida pelo art. 62 da CLT quanto ao direito à limitação de jornada
- ▶ 2.3. O caso dos motoristas de caminhão. Alterações do paradigma de trabalhadores externos e as persistências na prática judiciária após a edição da Lei n. 12.619/2012
- ▶ 2.4. O teletrabalho e o controle de jornada. A experiência da Administração Pública
- ▶ 2.5. A nova proposta de leitura do art. 62 da CLT em conformidade com a visão humanística da Constituição Federal
- ▶ 2.6. O direito ao lazer e à desconexão do trabalho. Incongruências na supressão do controle de jornada
- ▶ 3. Considerações finais
- ▶ 4. Referências bibliográficas

1. Introdução

O direito à limitação da jornada de trabalho consiste em uma permanente preocupação dos trabalhadores e da sociedade. Verifica-se no decorrer da história que a regulamentação da jornada de trabalho passou por diversas modificações, das dezesseis horas diárias previstas na época da Revolução Industrial ao atual limite de oito horas por dia definido pelo art. 7º, XIII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

É certo que o tema continua sendo alvo de debates na esfera política, havendo inclusive uma Proposta de Emenda Constitucional, a de n. 231, que se encontra aguardando apreciação plenária no Congresso Nacional, a qual pretende reduzir o limite da jornada semanal a 40 horas e incrementar o adicional de horas extras mínimo para 75%⁽²⁾.

Por outro lado, o art. 62 da CLT exclui do âmbito da proteção do Capítulo II, que trata da jornada de trabalho, uma horda de trabalhadores cada vez maior. A suposta incompatibilidade

de controle de jornada atribuída aos trabalhadores externos e aos ocupantes de cargos de gestão implica no elastecimento frequente da jornada de trabalho, privando esses empregados do direito de se desconectar do trabalho como aponta o doutrinador Souto Maior no artigo Do direito à desconexão do trabalho⁽³⁾.

Por outro lado, é sabido que conforme disposto no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, para ser considerado empregado, ou seja, ter reconhecido o vínculo empregatício é necessário atender aos requisitos da subordinação, onerosidade, não eventualidade e pessoalidade. Evidente, portanto, que para ser considerado empregado é preciso ser uma pessoa natural, que como tal possui família, vida social e desenvolve outras atividades que não apenas o trabalho.

Nesse contexto, o legislador constituinte ordinário de 1988, diferente daqueles que o antecederam, dispôs os direitos sociais na parte inicial do texto, destacando-os em primeiro plano como direito fundamental, numa atitude que evidencia o amadurecimento dos conceitos atinentes à dignidade da pessoa humana.

(2) ALVES, Rafael César. Redução da jornada de trabalho de 44 para 40 horas semanais: análise à luz da proposta de Emenda à Constituição n. 231/1995. *AN/MA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*, Curitiba, ano III, n. 7, p. 220-243, jan./jun. 2012, ISSN 2175-7119. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima7/11-Artigo-Rafael-Cesar-Alves.pdf>> Acesso em: 26 fev. 2014.

(3) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 23, p. 1, 2003. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev23Art17.pdf> Acesso em: 23 fev. 2014.

Assim, com o objetivo de preservar a vida e a saúde do trabalhador, a Carta da República prevê no art. 7º, inciso XIII, o direito à jornada de trabalho *não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultadas a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho*. Havendo prorrogação da jornada, resta assegurado ao trabalhador o recebimento de um adicional superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal, na forma do inciso XVI, do mesmo art. 7º da Constituição Federal⁽⁴⁾.

A inserção da limitação de jornada dentro dos direitos e garantias fundamentais, constituída como cláusula pétrea nos termos do art. 60, IV, da CF, revela tamanha importância para a consecução dos seus preceitos e a preservação da dignidade da pessoa humana.

Além de ser uma proteção constitucional, a limitação de jornada consiste em uma das características do trabalho decente, que conforme conceito proposto pela Organização Internacional do Trabalho significa “*um trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna*”⁽⁵⁾, pois ao trabalhador, como pessoa natural e destinatário de direitos e garantias fundamentais, também deve ser conferido não só o direito, mas a observância de sua necessidade vital de convivência familiar e social bem como a disponibilização de tempo para aprimoramento

moral, intelectual e social, além das atividades de lazer.

2. Sobrejornada ilimitada: desencontros entre a Constituição e a legislação infraconstitucional e o desrespeito do direito ao lazer

2.1. A exclusão do direito à limitação de jornada promovido pelo art. 62 da CLT

Apesar da importância do trabalho para o ser humano, não há justificativa para que o trabalhador se sujeite a trabalhar o maior tempo possível ou por quanto tempo deseje. Inclusive, desde 1948, na *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, existe a previsão de que “todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”⁽⁶⁾.

A Constituição de 1934 foi a primeira a impor limitação à jornada dos trabalhadores. Contudo, faz-se imperioso lembrar que a definição de jornada máxima de trabalho e os demais direitos assegurados naquela Carta não consistiram em um presente do então presidente Getúlio Vargas, mas, em verdade, constituíram o fruto de movimentos sindicais e de uma complexa articulação política em um misto de autointeresse do Estado e a pressão exercida pelos trabalhadores⁽⁷⁾.

A Constituição de 1967/69 assegurava aos trabalhadores a jornada diária limitada a oito horas com intervalo para descanso, salvo os casos especialmente previstos (art. 165, VI), assim como a Constituição de 1946 (art. 157, V) assumia a possibilidade de prorrogação de

(4) OLIVEIRA, Murilo Kerche de. A limitação constitucional da jornada de trabalho como forma de efetivação do direito fundamental de proteção à vida e saúde do servidor público estatutário comissionado. *Anais Simpósio Internacional de Direito: dimensões materiais e eficácias dos direitos fundamentais*. II Simpósio Internacional Brasil-Espanha, realizado em 30 de março de 2012, na Universidade do Oeste de Santa Catarina, Unoesc, p. 395-410.

(5) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Agenda Nacional de Trabalho Decente. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/pub/agenda_nacional_trabalho_decente_298.pdf> Acesso em: jan. 2014.

(6) OLIVEIRA, Murilo Kerche de. A limitação constitucional da jornada de trabalho como forma de efetivação do direito fundamental de proteção à vida e saúde do servidor público estatutário comissionado. *Anais Simpósio Internacional de Direito: dimensões materiais e eficácias dos direitos fundamentais*. II Simpósio Internacional Brasil-Espanha, realizado em 30 de março de 2012, na Universidade do Oeste de Santa Catarina, Unoesc, p. 400.

(7) COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *O direito do trabalho flexibilizado por FHC e Lula*. São Paulo: LTr, 2009. p. 38-39.

jornada em casos e condições excepcionais que fossem previstas em lei⁽⁸⁾.

A Carta Cidadã de 1988 ampliou a tutela trabalhista, dedicando aos trabalhadores alguns artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e todo o Capítulo II intitulado dos direitos sociais, dando grande ênfase aos direitos individuais e também aos coletivos⁽⁹⁾.

Destaque-se que a Constituição Federal, logo em seu art. 1º dispõe como fundamento a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, conforme os incisos III e IV do referido artigo⁽¹⁰⁾. Esse destaque aos direitos sociais reflete a mudança de paradigma da sociedade e da concepção da democracia.

Vale ressaltar que Ingo Wolfgang Sarlet aponta que a Lei Maior de 1988 foi “*inequivocamente (para alguns em demasia!) amiga dos direitos sociais*”, mas adverte que essa modernidade insculpida no bojo do texto constitucional além de não ter sido totalmente implementada, foi alvo de sérias críticas e debates acirrados no mundo jurídico, inclusive, apontavam ilegitimidade da constituinte de 1987 como subterfúgio para uma grave revisão do texto constitucional, com exclusão de direitos destinados aos trabalhadores⁽¹¹⁾.

Note-se que, durante mais de quatro décadas o contexto normativo expressava que a

regra geral de horários era definida no plano constitucional e os regimes especiais eram previstos no plano infraconstitucional, ou seja, por lei⁽¹²⁾.

Busca-se, atualmente, a interpretação de que o incremento da jornada de trabalho só é autorizado em razão de força maior, tida como acontecimento imprevisível para o qual o empregador não concorreu direta ou indiretamente; recuperação do tempo perdido em virtude de força maior ou causas acidentais; conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízos manifestos ao empregador em razão de sua natureza⁽¹³⁾.

Além dos motivos acima, a CLT autoriza a prorrogação de jornada nos casos em que houver acordo ou convenção coletiva, sempre limitada em duas horas extraordinárias por dia. Também estipula a observância do acréscimo mínimo de 50% sobre o valor da hora normal, conforme art. 59 do citado diploma legal⁽¹⁴⁾.

Sabe-se que, uma vez reconhecida a habitualidade da prestação das horas extraordinárias, sobressai a obrigação de integrá-las para cálculo das verbas rescisórias. Acontece que, ainda que não houvesse exceção ao controle de jornada, a extrapolação corriqueira do limite de 44 horas semanais acaba por contrariar os princípios do pleno emprego e do trabalho decente, pois o empregador se exime de contratar outros trabalhadores para suprir a demanda de produção. Por outro lado, a possibilidade de tornar o labor extraordinário habitual acaba por desatender o objetivo da ordem de limitação de jornada prevista na Constituição Federal⁽¹⁵⁾.

Note-se que o direito do trabalhador à limitação de jornada de trabalho tem vital

(8) PORTO, Noemia. A Garantia Fundamental da Limitação da Jornada: Entre a Constituição e o art. 62 da CLT. *Rev. TST*, Brasília, v. 75, n. 2, p. 69, abr./jun. 2009.

(9) SAEGUSA, Cláudia Zaneti. *A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 28.

(10) BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 25 fev. 2014.

(11) SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais*: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf> Acesso em: 23 jan. 2014.

(12) PORTO, Noemia. A Garantia Fundamental da Limitação da Jornada: Entre a Constituição e o art. 62 da CLT. *Rev. TST*, Brasília, v. 75, n. 2, p. 69, abr./jun. 2009.

(13) BARROS. Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 523.

(14) *Ibidem*, p. 525.

(15) *Ibidem*, p. 523.

importância, sendo que o traslado dos direitos sociais anteriormente dispostos na Constituição no título Da Ordem Econômica e Social e agora previstos no capítulo Dos Direitos e Garantias Individuais, alocado, inclusive, antes das questões relativas à organização do Estado, reflete o anseio do constituinte na consolidação e efetivação do fundamento norteador de toda a Carta Cidadã, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, a legislação infraconstitucional, por alguns instantes, parece caminhar em outro sentido, pois se verifica, por exemplo, que o art. 62 da CLT promoveu a exclusão do controle de jornada dos trabalhadores externos e detentores de cargos de gestão⁽¹⁶⁾. Frise-se que a não sujeição ao controle de jornada implica na esfera prática dizer que o trabalhador não tem direito aos acréscimos remuneratórios em caso de extrapolação da jornada de 44 horas semanais.

A redação anterior do art. 62 da CLT dispunha o seguinte:

Art. 62 – Não se compreendem no regime deste Capítulo:

- a) os vendedores praticistas, os viajantes e os que exercerem, em geral, funções de serviço externo não subordinado a horário, devendo tal condição ser, explicitamente, referida na carteira profissional e no livro de registro de empregados, ficando-lhes de qualquer modo assegurado o repouso semanal;
- b) os gerentes, assim considerados os que investidos de mandato, em forma legal, exercam encargos de gestão, e, pelo padrão mais elevado de vencimentos, só diferenciem aos demais empregados, ficando-lhes, entretanto, assegurado o descanso semanal;
- c) os que trabalham nos serviços de estiva e nos de capatazia nos portos sujeitos a regime especial.

Nota-se de logo que a redação do artigo, de modo restrito e específico, elencou as categorias

de trabalhadores atingidas pela exclusão do controle de jornada.

Vejamos a nova redação do artigo mencionado, cuja modificação se deu por meio da Lei n. 8.966, de 27 de dezembro de 1994:

Art. 62 – Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I – os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

II – os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

Parágrafo único – O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).

A atual redação, por outro lado, adotou termos genéricos ao dispor “atividade externa incompatível com a fixação de horário” ou ainda ao equiparar chefes de departamento e filial aos gerentes e ocupantes de cargo de gestão. Ao excluir a obrigatoriedade de investidura de mandato legal do empregador, acabou por incluir na regra de desproteção um aporte maior de trabalhadores.

No caso dos trabalhadores externos, previsto no inciso I do art. 62 do diploma celetista, a inquietação dos juízes reside na pergunta: “O(a) empregado tinha controle de jornada?” A resposta a este questionamento significa excluir ou não o trabalhador da proteção relativa à limitação de jornada⁽¹⁷⁾.

(17) LOPES, M. S. O tempo e o art. 62 da CLT: impressões do cotidiano. *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, v. 76, p. 72-79, 2012. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.trt9.jus.br%2Finternet_base%2Farquivo_download.do%3Fevento%3DBaixar%26idArquivoAnexoadoPlc%3D2316161&ei=7cM4U_qfEoHsATrqoC4CQ&usq=A>

(16) PORTO, Noemia. A Garantia Fundamental da Limitação da Jornada: Entre a Constituição e o art. 62 da CLT. *Rev. TST*, Brasília, v. 75, n. 2, p. 69, 0 abr./jun. 2009.

Na opinião da Exma. Sra. Desembargadora do Trabalho Mônica Sette Lopes, a impossibilidade de controle de jornada a que se refere o art. 62, I, da CLT, no que tange aos trabalhadores externos, de fato, pode significar que o empregado esteja disponível ao empregador por um período inferior às 8 horas diárias, entretanto, a referida regra não autoriza que ao empregado seja atribuído o dever de cumprir um regime superior ao limite de oito horas em razão das tarefas que lhe são impostas ao longo do dia⁽¹⁸⁾.

A autora ressalta, ainda, que é necessário observar o como o empregado externo trabalha, se observa rotas, metas e como as atribuições do empregado se inserem na organização do empreendimento⁽¹⁹⁾, ou seja, se as atividades desenvolvidas pelo empregado possuem o grau de previsibilidade que possibilite ao empregador a expectativa de cumprimento da tarefa num determinado espaço de tempo.

A magistrada relembra que a premissa do art. 62, I, da CLT, não é a de que o empregado externo deva trabalhar mais que 8 horas diárias, mas que, por estar distante da visibilidade da empresa, poderia trabalhar menos que a jornada contratada. Para ela, a inviabilidade de controle permitiria que o empregado usufrísse de uma liberdade tal que o modo de conduzir as tarefas que lhe foram designadas possibilitaria estar disponível ao empregador por menos tempo⁽²⁰⁾.

No caso disposto no inciso II, insta salientar que, ainda que possua mandato de gestão, o ocupante do cargo de gerente ou diretor continua a ser empregado, porquanto, permanece subordinado a seu empregador embora possa ter grande influência na administração do empreendimento, sua relação empregatícia pode

vir a modificar-se ou extinguir-se a depender do arbítrio do empregador⁽²¹⁾.

Essa relação fica ainda mais visível quando se trata dos chefes de departamento ou filial, pois estes têm poder de mando ainda mais restrito, estando vinculados aos seus superiores hierárquicos⁽²²⁾.

O doutrinador Amauri Mascaro Nascimento (2010, *apud* SERAFINI, L. 2011), com muita propriedade, explicita que os detentores de cargos de gestão são típicos empregados, sendo que apenas a desproteção consequente da aplicação do art. 62 da CLT os diferenciam dos demais empregados, conforme se vê abaixo:

O empregado exercente de cargo de confiança só pode ser considerado um tipo especial de empregado num ponto, a restrição de direitos trabalhistas que sofre, no mais em nada diferindo do empregado comum, a não ser, também, pelas vantagens econômicas inerentes ao cargo.⁽²³⁾

Como sabido, o poder de mando, ou seja, a possibilidade de admitir, dispensar, organizar, direcionar e aplicar sanções aos subordinados é utilizado corriqueiramente pelos magistrados para definir se o empregado se encaixa na exclusão de controle de jornada disposta no art. 62, II, da CLT, como se isso fosse suficiente para retirar do empregado o seu direito ao descanso.

Para Mônica Sette Lopes:

A culpa disto é a generalização, a pasteurização dos entendimentos e de certa forma a rapidez com a qual a doutrina é obrigada a tratar dos detalhes: se a lei não é capaz de descrevê-los ou produzi-los, a doutrina tampouco os especifica se não adentrar do

FQjCNHTiAKQUHMw_3f1N97CzepYCGNPmA&sig2=nCgZmgd8QnP_zEf5ZWWh3PA&bvm=bv.63808443,d.cWc&cad=rja> Acesso em: mar. 2014.

(18) *Ibidem*, p. 76.

(19) *Ibidem*, p. 76.

(20) LOPES, M. S., *op. cit.*, p. 77.

(21) SERAFINI, L. A *(in)constitucionalidade do inciso I do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho face aos postulados da proteção no direito trabalhista*. PERSPECTIVA, Erechim. v. 35, n. 130, jun. 2011, p. 169. Disponível em: <http://www.uricer.edu.br/new/site/pdfs/perspectiva/130_179.pdf> Acesso em: março 2014.

(22) *Ibidem*, p. 169.

(23) *Ibidem*, p. 169.

campo minado e obumbrado que é o da prática e da concreção.⁽²⁴⁾

Dessa forma, para verificar se o empregado realmente exerce atividade incompatível com o controle de horário, seja por se tratar de atividade externa, seja pelo exercício de poder de gestão, deve-se estar atento à forma de inserção da atividade desenvolvida na organização da empresa.

2.2. Posicionamento jurisprudencial relativo à desproteção promovida pelo art. 62 da CLT quanto ao direito à limitação de jornada

A alteração redacional da Constituição de 1988 em relação às constituições que a antecederam, em especial quanto à alocação dos direitos sociais como direito fundamental, reflete o progresso moral da sociedade, por serem reconhecidos. Murilo Kerche de Oliveira, por exemplo, entende que são “direitos inerentes à pessoa humana, preexistentes ao ordenamento jurídico, visto que decorrem da própria natureza do homem, portanto, são indispensáveis e necessários para assegurar a todos uma existência livre, digna e igualitária”⁽²⁵⁾.

Embora tenha havido mudanças da redação e da organização dos artigos na Carta Cidadã, as práticas judiciárias e legislativas não incorporaram, pelo menos não de forma imediata, a nova pragmática constitucional, qual seja, a democrática de direito conforme art. 1º da CF/1988.⁽²⁶⁾

Como dito antes, os direitos sociais, na Carta Magna de 1988, foram concebidos como

direitos fundamentais. Saliente-se que para José Afonso da Silva a expressão “direitos fundamentais” significa:

[...] situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive, ou seja, é um direito fundamental do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.⁽²⁷⁾

Apesar disso, em razão da visão ainda comprometida com antigos valores, a prática judiciária considerou as exclusões previstas no art. 62 da CLT como compatíveis à nova ordem constitucional, entendendo ser possível afastar algumas categorias de trabalhadores da proteção instituída sobre o limite de jornada. Como visto alhures, sobreveio, ainda, a reforma legislativa em 1994, que expandiu a desproteção aos trabalhadores ao incorporar na zona de exclusão outras categorias anteriormente protegidas⁽²⁸⁾.

No caso do art. 62 da CLT, além daqueles que exercem o trabalho externo e supostamente não estão sob o controle e supervisão de jornada do empregador, também não estão sujeitos ao controle de jornada os cargos de gerente e supervisores de departamento ou filial bem como seus equivalentes.

Acontece que os empregados que se enquadram no art. 62, II, da CLT, ou seja, aqueles que ocupam cargo de gestão ou cargo de confiança ainda que com a percepção de gratificação de

(24) LOPES, M. S., *op. cit.*, p. 77.

(25) OLIVEIRA, Murilo Kerche de. A limitação constitucional da jornada de trabalho como forma de efetivação do direito fundamental de proteção à vida e saúde do servidor público estatutário comissionado. Anais Simpósio Internacional de Direito: dimensões materiais e eficácias dos direitos fundamentais. II Simpósio Internacional Brasil-Espanha, realizado em 30 de março de 2012, na Universidade do Oeste de Santa Catarina, Unoesc, p. 402.

(26) PORTO, Noemia. A Garantia Fundamental da Limitação da Jornada: Entre a Constituição e o art. 62 da CLT. *Rev. TST*, Brasília, v. 75, n. 2, p. 70, abr./jun. 2009.

(27) SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 182 *apud* OLIVEIRA, Murilo Kerche de. A limitação constitucional da jornada de trabalho como forma de efetivação do direito fundamental de proteção à vida e saúde do servidor público estatutário comissionado. Anais Simpósio Internacional de Direito: dimensões materiais e eficácias dos direitos fundamentais. II Simpósio Internacional Brasil-Espanha, realizado em 30 de março de 2012, na Universidade do Oeste de Santa Catarina, Unoesc, p. 402.

(28) PORTO, Noemia. A Garantia Fundamental da Limitação da Jornada: Entre a Constituição e o art. 62 da CLT. *Rev. TST*, Brasília, v. 75, n. 2, p. 70, abr./jun. 2009.

função, são típicos empregados conforme art. 2º da CLT, pois são pessoas físicas que prestam serviços remunerados, de modo não eventual, com subordinação e pessoalidade.

Conforme pertinente observação de Jorge Luiz Souto Maior, muitos desses empregados são vítimas de jornadas excessivas, pois em razão da especificidade de suas funções acabam por ficar à disposição do empregador sete dias por semana e 24 horas por dia graças à utilização dos meios de comunicação modernos, como celulares, *pager*, *notebooks* etc. Além disso, a ameaça de desemprego os obriga a constante treinamento e capacitação, pois a desocupação temporária nesses casos “*representa a interrupção de uma trajetória de carreira, vista como plano de vida, implicando crise de identidade, humilhação, sentimento de culpa e deslocamento social*”⁽²⁹⁾.

Entretanto, tal visão ainda não é adotada majoritariamente pela doutrina, sendo certo que a maioria dos juristas não compartilha deste posicionamento, pois defendem a plena recepção do referido artigo pelo texto constitucional.

Por exemplo, a fala de Sergio Pinto Martins: Poder-se-ia dizer que o art. 62 da CLT seria inconstitucional, pois o inciso XIII do art. 7º da Constituição estabelece que o empregado deve trabalhar oito horas diárias e 44 semanais. Entretanto, o art. 62 da CLT não está mencionando que o empregado deva trabalhar mais do que a jornada especificada na Constituição, apenas que aquelas pessoas que não têm controle de horário ou os gerentes, de modo geral, deixam de ter direito a horas extras, pois [...] o empregado faz o horário que quer, [...] a seu critério. Neste último caso, verifica-se que o poder de direção do empregador é muito menor, e em muitos casos é o empregado que determina muitas coisas, justamente

por ter encargo de gestão. Assim, não têm tais pessoas direito a horas extras e não é inconstitucional o art. 62 da CLT⁽³⁰⁾.

Segundo Carolina Carneiro de Abreu, a doutrina majoritária entende pela recepção do art. 62 da CLT pelo texto constitucional porque a redação do art. 7º, XIII, determinou a limitação de duração de trabalho normal em oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, sendo, nessa ótica, admissível que determinados trabalhos não sejam sujeitos à limitação de jornada, pois o adjetivo normal está caracterizando o substantivo trabalho e não o substantivo duração. Outro argumento utilizado é que algumas atividades são incompatíveis com o controle de jornada em razão de sua especificidade, não sendo possível ao legislador incumbir o empregador deste desafio⁽³¹⁾.

O Tribunal Superior do Trabalho acompanha o entendimento de que houve plena recepção do art. 62 da CLT pelo texto constitucional. Exemplo:

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. GERENTE GERAL DE AGÊNCIA. RECEPÇÃO DO ART. 62, II, DA CLT. Do quadro fático descrito na decisão recorrida, constata-se que o indeferimento do pedido de pagamento de horas extras decorreu do exame da prova produzida, capaz de comprovar que o reclamante era de fato o gerente geral da agência e que, portanto, enquadra-se no disposto no art. 62, II, da CLT. Consignou o Regional que: as atribuições desenvolvidas pelo recorrente

(29) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho: a relação de emprego*, vol II. São Paulo: LTr, 2008. p. 200.

(30) MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 487, *apud* SERAFINI, L. A. (in)constitucionalidade do inciso I do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho face aos postulados da proteção no direito trabalhista. PERSPECTIVA, Erechim. v. 35, n. 130, jun. 2011, p. 169. Disponível em: <http://www.uricer.edu.br/new/site/pdfs/perspectiva/130_179.pdf> Acesso em: mar. 2014.

(31) ABREU, Carolina Carneiro de. *Direito ao lazer como limite à jornada de trabalho dos empregados exercentes de cargos de confiança: da (in)constitucionalidade do art. 62, II, da CLT*. 2013. 54f. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2013.

decorriam de grande fíducia, ele não tinha obrigatoriedade de registrar a sua jornada e recebia remuneração superior a 40% do salário efetivo. Decisão em consonância com a Súmula n. 287 desta Corte. Não procede, outrossim, a alegação de inconstitucionalidade do art. 62, II, da CLT, pois o referido preceito de lei tem plena vigência e regula situação específica, excepcional à regra geral prevista no art. 7º, XIII, da Constituição Federal. Precedentes. Arestos inservíveis, nos termos do art. 896 da CLT. Recurso de revista não conhecido.⁽³²⁾

Outro exemplo foi o decidido no Processo TST-RR n. 400.267/1997:

INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62, II, DA CLT. VIA DE EXCEÇÃO OU DEFESA. INOCORRÊNCIA. O art. 62, II, da CLT não obriga os gerentes a extrapolarem a jornada diária declínada pelo inciso XIII do art. 7º constitucional, mas apenas lhes retira o direito de receber horas extras, já que, acometidos de encargos de gestão, podem determinar seu próprio horário, não se submetendo ao poder diretivo do Empregador. De outra parte, a Lei Fundamental trata apenas genericamente da jornada de trabalho, não impedindo a legislação infraconstitucional federal de regulamentar especificamente o tema (CF, 22, I). Não há que se cogitar, portanto, da inconstitucionalidade do citado preceito consolidado, recepcionado em forma e conteúdo pela atual Constituição. (Processo TST-RR n. 400267/1997 (Ac. 2ª Turma), 9ª Região. Rel. Juiz Convocado Marcio Ribeiro do Vale, in DJ de 7.12.2000.)⁽³³⁾

(32) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo n. TST-RR-8900-51.2012.5.17.0131. Relatora Ministra Dora Maria da Costa. Brasília, 20 de novembro de 2013, 8ª Turma. Data de publicação 22 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%208900-51.2012.5.17.0131&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAANGMAAG&dataPublicacao=22/11/2013&query=%27inconstitucionalidade%20do%20art.%2062%27>> Acesso em: 25 fev. 2014.

(33) SERAFINI. L. A. *(in)constitucionalidade do inciso I do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho face aos postulados da proteção no direito trabalhista*. PERSPECTIVA, Erechim. v.35, n.130, jun. 2011, p. 170. Disponível em: <<http://www.uricer.edu.br/new/site/>

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou quanto ao tema no julgamento do Recurso Extraordinário n. 563.851, cuja decisão pela lavra do Ministro Cezar Peluso, estabelece que o art. 62 da CLT não fixou jornada de trabalho superior àquela prevista no art. 7º, XIII, da Constituição Federal, mas disciplinou as situações em que, em razão das especificidades da atividade, o controle de jornada não se mostra possível bem como os empregados que em razão do cargo de gestão exercido não se submetem ao controle de jornada dos demais empregados. A decisão restou assim ementada:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Cargo de gestão. Ausência de controle da jornada de trabalho. Possibilidade. Art. 62, II, da CLT. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Não afronta o art. 7º, XIII, da Constituição da República, a decisão que excepciona os ocupantes de cargos de gestão do controle de jornada de trabalho.⁽³⁴⁾

Souto Maior, em sua crítica ao art. 62, II, da CLT, parte da premissa de que, se aplicado em sua letra fria, a redação do referido artigo veda, inclusive, o direito ao repouso semanal remunerado (art. 67 da CLT), pois ao excluir, de modo expresse, os que exercem cargo de confiança e trabalhadores externos do âmbito de proteção do Capítulo II da CLT, também o fez em face do art. 67 da CLT, parte integrante do referido capítulo⁽³⁵⁾.

Todavia, esclarece-se que esse não é o entendimento dos tribunais, como se verifica na decisão abaixo:

TRABALHO EM DOMINGOS E FERIADOS.
HORAS EXTRAS. COMPATIBILIDADE

pdfs/perspectiva/130_179.pdf> Acesso em: mar. 2014.

(34) BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 563.851, relator Ministro Cezar Peluso, Brasília, 26 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 26 fev. 2014.

(35) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 23, p. 8, 2003. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev23Art17.pdf> Acesso em: 23 fev. 2014.

COM O TRABALHO EXTERNO. No art. 7º, inciso XV, da Constituição Federal, é assegurado a todos os trabalhadores o direito ao repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos. Não foi excepcionado nenhum tipo de trabalho. Por sua vez, no art. 62, inciso I, da CLT, ao ser excluído o pagamento de trabalho extraordinário para os empregados não sujeitos a controle de horário, não houve previsão de subtrair do empregado o direito ao repouso semanal remunerado. É certo, portanto, que, mesmo que se trate de trabalhador sujeito a trabalho externo e sem efetivo controle de jornada, faz ele jus ao descanso aos domingos e feriados, como todos os demais trabalhadores. Assim, a Corte regional, ao entender de forma diversa, de ser incompatível o trabalho externo e o repouso semanal remunerado, incorreu em frontal violação do art. 7º, inciso XV, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido.⁽³⁶⁾

Assim, nota-se que a intenção do legislador, conforme reconhecido pelo TST, não foi a de excluir completamente o direito aos descansos legais dos empregados descritos no art. 62 da CLT.

Frise-se que, no entender de Mauricio Godinho Delgado, a incompatibilidade da atividade desses trabalhadores e controle de jornada, corresponde à mera presunção jurídica e não regra legal discriminatória, admitindo-se, acaso produzida prova, a cargo do empregado, da efetiva fiscalização e controle de jornada, com limites precisos quanto à jornada cumprida, incidem as regras clássicas de controle de jornada⁽³⁷⁾.

(36) BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho Processo: 1735-29.2010.5.09.0071, relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Brasília, 7 de agosto de 2013, 2ª Turma, Data de Publicação: 19/02/2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201735-29.2010.5.09.0071&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJiBAAD&dataPublicacao=16/08/2013&query=%27inconstitucionalidade%20do%20art.%2062%27>>.

(37) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 877.

2.3. O caso dos motoristas de caminhão. Alterações do paradigma de trabalhadores externos e as persistências na prática judiciária após a edição da Lei n. 12.619/2012

Como cediço, vendedores externos, motoristas, entregadores, enfim, uma vasta quantidade de empregados encontram-se marginalizados no que concerne ao direito à limitação de jornada e, por conseguinte, não possuem o direito a receber a contraprestação pecuniária em caso de elástico da jornada contratada.

Notadamente os motoristas foram contemplados com recente alteração legislativa, na qual a jornada de trabalho foi limitada aos ditames constitucionais do art. 7º, XIII, asseguradas as modificações advindas de negociação coletiva de trabalho, sendo certo que a regulamentação dos intervalos de descanso foi o principal fator de polêmica.

A Lei n. 12.619/2012 modificou a CLT assegurando aos motoristas profissionais o intervalo mínimo intrajornada de 1 hora e intervalo de repouso de 11 horas a cada 24 horas de trabalho, além de repouso semanal mínimo de 35 horas. Nos casos de viagens de longa distância, ou seja, quando o motorista se afasta da matriz ou filial da empresa por mais de 24 horas, deverá ser observado o intervalo mínimo de 30 minutos a cada 4 horas ininterruptas de trabalho além do intervalo de uma hora para refeição, podendo este coincidir com o intervalo anteriormente descrito.

Dispõe ainda a obrigatoriedade de repouso diário do motorista com o veículo estacionado. O tempo de repouso poderá ser usufruído dentro da cabina do veículo ou em alojamento fornecido pelo empregador, contratante, embarcador ou hotel. A obrigatoriedade fica dispensada em caso de trabalho realizado em dupla, conforme previsão do § 6º do art. 235-E da CLT.

Muito se tem discutido na jurisprudência acerca da necessidade de controle de jornada dos trabalhadores externos, em especial, os motoristas carreteiros, pois além das repercussões já vistas como perda do convívio familiar e supressão do direito ao lazer, as jornadas exaustivas contribuíram para o aumento das mortes nas estradas em razão dos acidentes automobilísticos.

Um exemplo disso pode ser verificado na Ação Civil Pública n. 0000160-02.2011.5.10.0013 movida pelo Ministério Público do Trabalho, na qual a Exma. Sra. Juíza do Trabalho Ana Beatriz do Amaral Cid Ornelas, antes mesmo da aprovação e sanção da Lei n. 12.619/2011, reconheceu que “a *prolongação da jornada de trabalho acarreta o desgaste físico e tem como consequência a perda da atenção e a elevação do número de acidentes de trânsito, comprometendo a vida de todos os cidadãos que fazem uso das rodovias e estradas nacionais*”. Destacou também que “*não basta que a atividade exercida seja externa para que o trabalhador fique à margem das regras de proteção presentes na CLT. É necessário a total impossibilidade do controle de jornada*”⁽³⁸⁾. Atualmente, o referido processo encontra-se aguardando processamento de Recurso Ordinário, no qual se discute, além de outros tópicos a perda do objeto da ação em razão da edição da Lei n. 12.619/2012.

Noutro giro, o TST tem entendido que, apenas nos casos em que é impossível o controle de jornada, é que se pode excluir dos trabalhadores externos o direito às horas extras, conforme se verifica abaixo:

O fato de o trabalhador exercer atividade externa não é incompatível com a fiscalização e o controle da sua jornada de trabalho pelo

empregador. A averiguação se dá em cada caso, em respeito ao princípio da primazia da realidade, segundo o qual deve-se analisar a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes ou ao previsto em instrumento escrito que, porventura, não correspondam à realidade.⁽³⁹⁾

Nesse sentido, em razão das tecnologias à disposição do empregador, como, *palmtops*, *smartphones*, GPS, bem como a obrigatoriedade de transmitir relatórios de venda, metas e rotas estipuladas, não se pode mais lançar mão, indiscriminadamente, do artifício do exercício de atividade externa para eximir-se de controlar a jornada do empregado.

Nesse sentido, há decisão no TRT da 10ª Região, conforme abaixo:

TRABALHO EXTERNO. EXISTÊNCIA DE MECANISMOS DE CONTROLE DE JORNADA. NECESSIDADE DE REGISTRO E CONTABILIZAÇÃO PARA TODOS OS FINS LEGAIS. A questão relativa ao controle de jornada do trabalhador externo não está afeita à possibilidade de registro dos horários em que o labor é executado, mas sim, à compatibilidade entre a atividade e a adoção dos limites de duração da jornada, conforme definidos não apenas na CLT, mas, também, na própria constituição (art. 58 da CLT e art. 7º, XIII e XIV, da CF). Ocorre, entretanto, que a jurisprudência tem se pautado em estabelecer a exceção prevista no art. 62, I, da CLT, a partir da constatação da existência de registros traduzíveis em controles, reconhecendo que a compatibilidade com a limitação da jornada exsurge, de fato, pela concretude dos limites

(38) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Ação Civil Pública n. 0000160-02.2011.5.10.0013. Juíza do Trabalho Ana Beatriz do Amaral Cid Ornelas, Brasília, 30 de abril de 2012. Publicado no DEJT de 3 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.trt10.jus.br/servicos/consultasap/atas.php?_1=01&_2=13&_3=2011&_4=0160&_5=www_516&_6=30042012&_99=intra&_7=3> Acesso em: 9 mar. 2014.

(39) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo N. TST-RR-1169140-61.2002.5.09.0004. Ministro relator Mauricio Godinho Delgado. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201169140-61.2002.5.09.0004&base=acordao&rowid=AAAGhAA+AAASjAAB&dataPublicacao=14/05/2010&query=%27art.%2062%27%20and%20%27trabalho%20externo%27>> Acesso em: 10 mar. 2014.

impostos pelo empregador, identificáveis nas práticas empresariais. Considerando-se, na hipótese, a existência de tais mecanismos, impositivo o registro da jornada dos trabalhadores externos para todos os fins legais.⁽⁴⁰⁾

Saliente-se que as nuances do caso concreto é que serão determinantes para a configuração da impossibilidade de controle de jornada; por exemplo, ainda há juristas que reconhecem a impossibilidade de controle de jornada, mesmo que a ausência de controle se dê por falta de investimento da reclamada em implementação de rotinas e métodos para a efetivação do controle das horas de trabalho. Vejamos:

Restou incontroverso que o Reclamante desempenhava atividade externa de motorista carreteiro, viajava por diversas localidades sem roteiro certo, conforme o destino da carga e que o veículo utilizado pelo Reclamante era rastreado via satélite. O Reclamante, motorista carreteiro cumpria grandes rotas, cuja distância entre origem e destino torna a fixação de horário de trabalho inviável. O fato de a Reclamada exercer o controle do deslocamento dos veículos não equivale ao controle ou fixação da jornada de trabalho de empregado, porque é esperado que as empresas verifiquem, rotineiramente, a localização dos próprios veículos, cargas e bens, mormente quando desempenha a atividade de distribuição interestadual de mercadorias, como é o caso. Tal controle, por visar a administração e segurança patrimonial, não tem o condão de afastar a regra excepcional do art. 62, I, da CLT, servindo inclusive

à proteção do próprio motorista, além da carga transportada. (...) Nessas condições, portanto, o Reclamante encontra-se atingido pela exceção ao regime ordinário de duração de trabalho, na forma do art. 62, I, da CLT, quanto mais diante da impossibilidade de controle da jornada pelo tacógrafo, nos termos da OJ n. 332 SDI-1/TST. Demonstrado que o trabalhador exercia atividade externa incompatível com o controle e fixação de jornada, é correta a decisão que indeferiu horas extras com reflexos. Assim, nego provimento ao recurso obreiro, no particular, para manter incólume a r. sentença primária.⁽⁴¹⁾

Com o devido respeito e acatamento aos argumentos esposados por aqueles que acolhem a tese de impossibilidade de controle de jornada em razão do desenvolvimento de atividade externa, observa-se claramente a premiação das empresas que, propositalmente, deixam de investir em equipamentos ou desenvolver rotinas de trabalho que possibilitem a aferição da produtividade e o tempo utilizado para a execução das tarefas e, assim, possibilitar o controle da jornada realizada pelos trabalhadores, ainda que em atividade externa.

Assim, apesar da edição e plena vigência da Lei n. 12.619/2012, muitas empresas que não investiram em tecnologia ou que se esquivam da implementação de meios de controle de jornada dos motoristas externos, mantendo o uso do escudo do trabalho externo incompatível com controle de jornada, num flagrante retrocesso ante o avanço legislativo.

(40) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Processo n. 01483-2012-011-10-00-0 RO. Acórdão 1ª Turma. Relator Desembargador Dorival Borges de Souza Neto. Julgado em 26.2.2014. Publicado em 7.3.2014 no DEJT. Disponível em: <http://www.trt10.jus.br/search?q=cache:www.trt10.jus.br/consweb_gsa/gsa_segunda_instancia.php%3Ftip_processo_trt%3DRO%26ano_processo_trt%3D2013%26num_processo_trt%3D12220%26num_processo_voto%3D364564%26data_publicacao%3D07/03/2014%26data_julgamento%3D26/02/2014%26embargo%3D%26tipo_publicacao%3DDEJT+%22trabalho+externo%22+e+%22horas+extras%22&access=p&output=xml_no_dtd&client=default_frontend&proxystylesheet=metas> Acesso em: 10 mar. 2014.

(41) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. 00334-2012-021-10-00-1 RO (Acórdão 2ª Turma). Relator Desembargador Alexandre Nery de Oliveira Julgado em 12.2.2014. Publicado em 21.2.2014 no DEJT. Disponível em: <http://www.trt10.jus.br/search?q=cache:www.trt10.jus.br/consweb_gsa/gsa_segunda_instancia.php%3Ftip_processo_trt%3DRO%26ano_processo_trt%3D2013%26num_processo_trt%3D10351%26num_processo_voto%3D360270%26data_publicacao%3D21/02/2014%26data_julgamento%3D12/02/2014%26embargo%3D%26tipo_publicacao%3DDEJT+%22trabalho+externo%22+e+%22horas+extras%22&access=p&output=xml_no_dtd&client=default_frontend&proxystylesheet=metas> Acesso em: 11 mar. 2014.

2.4. O teletrabalho e o controle de jornada. A experiência da Administração Pública

Outra importante alteração legislativa diz respeito ao reconhecimento do trabalho em domicílio com a edição da Lei n. 12.551, de 15 de dezembro de 2011, que alterou a redação do art. 6º da CLT ao definir que inexistia distinção entre o trabalho realizado na sede do empregador daquele realizado em domicílio ou a distância e, ainda, apontando os meios telemáticos e informatizados como instrumentos de comando, supervisão e controle de jornada pelo empregador.

A atual redação do art. 6º da CLT passou a ser a seguinte:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Até mesmo a Administração Pública tem buscado se adaptar aos avanços tecnológicos e legislativos; por exemplo, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Resolução Administrativa n. 1499, de 1º de fevereiro de 2012, possibilitou a regulamentação do teletrabalho no âmbito daquele tribunal. A referida resolução estabelece os parâmetros para efetivação do teletrabalho; por exemplo, o estabelecimento de metas para aferição do cumprimento da jornada laborativa. Destaca-se:

Art. 3º A estipulação de metas de desempenho diárias, semanais e/ou mensais, alinhadas ao Plano Estratégico do TST, é requisito para a implantação do teletrabalho na unidade.

§ 1º Os gestores das unidades estabelecerão as metas e prazos a serem alcançados, observados os parâmetros da razoabilidade e, sempre que possível, em consenso com os servidores. (...)

Art. 4º A meta de desempenho do servidor em regime de teletrabalho será, no mínimo, 15% (quinze por cento) superior à estipulada para os servidores que executarem as mesmas atividades nas dependências do TST.

Parágrafo único. Faculta-se ao servidor em regime de teletrabalho, sempre que entender conveniente ou necessário, prestar serviços nas dependências do Tribunal. (...)

Art. 9º As atividades desenvolvidas em regime de teletrabalho serão permanentemente monitoradas por meio de formulário de planejamento e acompanhamento próprio, a ser disponibilizado pela CDEP.

Parágrafo único. Na hipótese de descumprimento dos deveres descritos no art. 6º, o fato será registrado no formulário mencionado no *caput* com ciência formal do servidor.

Art. 10 – O alcance das metas de desempenho pelos servidores em regime de teletrabalho equivalerá ao cumprimento da respectiva jornada de trabalho.⁽⁴²⁾

Como visto, pelo atingimento das metas, se verifica o cumprimento da jornada laboral. Por outro lado, embora não haja previsão expressa, pode-se deduzir que a produtividade superior à meta estabelecida, pode configurar, em tese, trabalho em sobrejornada. Contudo, não foi possível verificar a existência de pedidos dessa natureza, feito pelos servidores em regime de teletrabalho.

Registre-se, por oportuno, que a edição da Lei n. 12.511/2011 forçou a alteração da Súmula n. 428 do TST, que anteriormente não reconhecia o uso de meios telemáticos e informatizados como instrumentos hábeis a comprovar o regime de sobreaviso. Agora, com a nova redação, depreende-se que o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu a possibilidade de controle de jornada por meio

(42) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução Administrativa n. 1499, de 1º de fevereiro de 2012, publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 912, 3 fev. 2012, *Caderno Jurídico do Tribunal Superior do Trabalho*, p. 2-5. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/19477/2012_ra1499.pdf?sequence=1> Acesso em: 12 mar. 2014.

de instrumentos telemáticos e informatizados, conforme abaixo:

SÚMULA N. 428 DO TST – SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.9.2012) – Res. n. 185/2012 – DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012

I – O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II – Considera-se em sobreaviso o empregado que, a distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.⁽⁴³⁾

Neste caso, verifica-se um avanço do posicionamento do TST ao reconhecer e ampliar as possibilidades de efetivo controle de jornada de trabalhadores que não exercem suas atividades exclusivamente na sede da empresa.

2.5. A nova proposta de leitura do art. 62 da CLT em conformidade com a visão humanística da Constituição Federal

Na atualidade, faz-se necessário a mudança de posicionamento quanto ao controle de jornada dos trabalhadores, pois diferente da interpretação que se insiste em adotar, a Lei Maior não deixou aberta a possibilidade de desproteção aos “casos excepcionalmente previstos” como o era nas constituições pretéritas, mas albergou todos os trabalhadores, sem exceção, ao disposto no inciso XIII do art 7º de seu texto, ou seja, conferiu a todos os trabalhadores a jornada máxima de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais.

(43) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 428. Disponível em: <http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nphbrs?d=BLNK&s1=428&s2=bden.base.&pg1=NUMS&u=http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/brs/npit/npitgen_un_pix.html&p=1&r=1&f=G&l=0> Acesso em: 16 mar. 2014.

Nesse sentido, o sistema de proteção oferecido pela Constituição não se restringe aos trabalhadores sujeitos ao controle de horário, mas a todas as relações de emprego.

Ora, se ao empregador é conferido, inclusive como condição para ser reconhecido como tal, o exercício do poder de organização, fiscalização e controle de prestação de serviços, ao trabalhador é assegurado o direito a ser reconhecido como destinatário de direitos fundamentais e, como tal, ser respeitado como sujeito de direitos e não como mera força de trabalho.

Essa inquietação tem se instalado nos juristas do trabalho e as discussões acerca deste tema resultaram na edição do Enunciado n. 17 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho ocorrido entre os dias 21 e 23 de novembro de 2007, no qual:

LIMITAÇÃO DE JORNADA. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO A TODOS OS TRABALHADORES. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62 DA CLT. A proteção jurídica ao limite da jornada de trabalho, consagrada nos incisos XII e XV do art. 7º da Constituição da República, confere, respectivamente, a todos os trabalhadores, indistintamente, os direitos ao repouso semanal remunerado e à limitação da jornada de trabalho, tendo-se por inconstitucional o art. 62 da CLT.⁽⁴⁴⁾

Apesar dessa orientação, há quem entenda que, supostamente, o salário diferenciado pelo pagamento de gratificação de função engloba as horas extras. Contudo, a premissa dessa gratificação deve ser o reconhecimento do exercício da atividade sabidamente mais complexa e que enseja maior fidúcia do empregador.

Enquanto o controle de jornada de empregados externos possa ser exercido por meios eletrônicos, como celular, *pager* ou mesmo por metas de produtividade adequadas à atividade,

(44) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho: a relação de emprego*. v. II. São Paulo: LTr, 2008. p. 202.

permanece a discussão quanto à forma de controle de jornada daqueles que exercem cargos de gestão, pois, em muitos casos, esse empregado se confunde com o próprio empregador na estrutura organizacional da empresa. Nesse caso, Souto Maior apresenta o entendimento francês fixado pelo o Tribunal de Grande Instância de Paris, em 19 de dezembro de 2000, examinando o acordo coletivo realizado entre CFDT e a Diac-Renault, no qual foram estabelecidos os seguintes princípios:

- a) não basta proclamar que o trabalhador possui autonomia na organização de seu trabalho, ativando-se em horário variável, para excluí-lo da limitação de jornada;
- b) é preciso que se fixem, de todo modo: o cômputo da jornada por ele trabalhada, integral ou parcial, os dias de repouso, as condições de aplicação do “*fortait*” (o valor pago como uma espécie de pacote pelas horas à disposição), a carga de trabalho que resulta etc.⁽⁴⁵⁾

Souto Maior sugere, ainda, que, caso o empregado detentor de cargo de gestão esteja inserido no contexto produtivo, a sua jornada de trabalho deve ser a mesma de seus subordinados, enquanto aqueles que possuem grande autonomia em relação ao contexto produtivo, o controle de jornada deve ser fixado em contratos individuais de modo a estabelecer e respeitar os períodos legais de descanso e a vida privada do empregado⁽⁴⁶⁾.

Nesse sentido, há que se observar que a limitação da jornada implica principalmente numa questão de saúde tanto física quanto emocional, devendo ser observada irrestritamente a todos

os trabalhadores, nos moldes designados pela Constituição Federal.

2.6. O direito ao lazer e à desconexão do trabalho. Incongruências na supressão do controle de jornada

De acordo com Ana Carolina Carneiro de Abreu, o primeiro documento que se tem registro acerca do direito ao lazer se chamava, “Direito à Preguiça” e tratava-se de um panfleto político de Paul Lafargue escrito em 1880⁽⁴⁷⁾.

Conforme previsão do art. 6º da Constituição Federal, além do direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, também é considerado direito social a proteção ao lazer⁽⁴⁸⁾.

Interessante relembrar alguns conceitos acerca de lazer. Primeiramente, para Duma-zedier:

O lazer é um conjunto de ocupações às quais o indivíduo pode entregar-se de livre vontade, seja para repousar, seja para divertir-se, recrear-se e entreter-se ou, ainda, para desenvolver sua informação ou formação desinteressada, sua participação social voluntária ou sua livre capacidade criadora após livrar-se ou desembaraçar-se das obrigações profissionais, familiares e sociais.⁽⁴⁹⁾

(45) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 23, p. 10, 2003. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev23Art17.pdf> Acesso em: 23 fev. 2014.

(46) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 23, p. 11, 2003. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev23Art17.pdf> Acesso em: 23 fev. 2014.

(47) ABREU, Carolina Carneiro de. *Direito ao lazer como limite à jornada de trabalho dos empregados exercentes de cargos de confiança*: da (in)constitucionalidade do art. 62, II, da CLT. 2013. 54f. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2013. p. 40. Disponível em: <http://bdm.bce.unb.br/bitstream/10483/5852/1/2013_CarolinaCarneirodeAbreu.pdf> Acesso em: 19 fev. 2014.

(48) BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 25 fev. 2014.

(49) DUMAZEDIER, Joffre. *Lazer e cultura popular*. São Paulo: Perspectiva. 3. ed. 2001, apud ABREU, Carolina Carneiro de. *Direito ao lazer como limite à jornada de trabalho dos empregados exercentes de cargos de confiança*: da (in)constitucionalidade do art. 62, II, da CLT. 2013. 54f. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2013.

Já para Marcellino o lazer não se limita apenas ao repouso ou à recreação e, inclusive, deve ter participação do Estado em sua promoção, mas também ter tempo disponível para desenvolver outras atividades quer sejam elas produtivas ou contemplativas, como se vê no excerto abaixo:

(...) como a cultura — compreendida no seu sentido mais amplo — vivenciada (praticada ou fruída) no ‘tempo disponível’. O importante, como traço definidor, é o caráter ‘desinteressado’ dessa vivência. Não se busca, pelo menos fundamentalmente, outra recompensa além da satisfação provocada pela situação. A ‘disponibilidade de tempo’ significa possibilidade de opção pela atividade prática ou contemplativa.⁽⁵⁰⁾

Nessa direção, o direito ao lazer, constitucionalmente garantido entre os direitos fundamentais, tem aplicação imediata e deve estar disponível a todos os trabalhadores.

Para usufruir o direito ao lazer, há que se considerar, todavia, o pleno gozo do direito à desconexão do trabalho. Nesse sentido, segue conceito encontrado na jurisprudência que, de forma simples, explicita o fundamento do direito à desconexão, conforme se verifica abaixo:

HORAS DE SOBREAVISO. DIREITO À DESCONEXÃO. Tempo livre é aquele no qual a subjetividade do trabalhador se distancia dos problemas, questões e compromissos — potenciais ou efetivos — concernentes ao mundo do trabalho permitindo-lhe “esquecer” e descansar, repousar e usufruir de seu direito ao lazer (CRFB, Art. 6º). Em contra-

p. 40. Disponível em: <http://bdm.bce.unb.br/bitstream/10483/5852/1/2013_CarolinaCarneirodeAbreu.pdf> Acesso em: 19 fev. 2014.

(50) MARCELLINO, Nelson Carvalho. *Lazer e educação*. 3. ed. Campinas: Papirus, 1995. p. 31, *apud* ABREU, Carolina Carneiro de. *Direito ao lazer como limite à jornada de trabalho dos empregados exercentes de cargos de confiança*: da (in)constitucionalidade do art. 62, II, da CLT. 2013. 54f. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2013, p. 41. Disponível em: <http://bdm.bce.unb.br/bitstream/10483/5852/1/2013_CarolinaCarneirodeAbreu.pdf> Acesso em: 19 fev. 2014.

ponto, o tempo em que o empregado deve permanecer conectado à empresa, ainda que por meio do aparelho celular, é tempo de trabalho e portanto, deve ser remunerado. (...). (Processo n. 0065800-25.2009.5.01.0060. Acórdão da 7ª Turma. Relatora Desembargadora Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva. Julgado em 24.4.2013.)⁽⁵¹⁾

Assim, resta evidente que o desligar-se do trabalho, ou seja, o não precisar estar disponível ao empregador em tempo integral, podendo usufruir dos momentos de lazer do modo que melhor lhe aprouver, seja no ócio ou em atividade produtiva desvinculada do trabalho é medida salutar bem como consiste no exercício regular de direito constitucionalmente reconhecido.

3. Considerações finais

A Carta Cidadã dispôs o direito à limitação de jornada como direito fundamental do trabalhador, refletindo o avanço na consecução dos ideais relativos à dignidade da pessoa humana que imperam na sociedade. A previsão constitucional não excluiu da proteção qualquer categoria de trabalhadores, ainda que tenha disponibilizado a possibilidade de flexibilização de jornada mediante negociação coletiva, não afastou qualquer classe de trabalhadores do direito à jornada máxima de 8 horas diárias e 44 semanais.

Por outro lado, a jurisprudência ainda afasta da proteção as categorias relacionadas no art. 62 da CLT, deixando-os à margem da limitação de jornada, pois ao exonerar o empregador da obrigação de registrar a jornada de tais trabalhadores, abre a possibilidade de exploração indiscriminada da força laborativa destes, suprimindo-lhes o direito ao acréscimo remuneratório previsto no art. 59 da CLT.

(51) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Processo n. 0065800-25.2009.5.01.0060. Acórdão da 7ª Turma. Relatora Desembargadora Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva. Julgado em 24.4.2013. Disponível em: <<http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/483209/00658002520095010060%2317-05-2013.pdf?sequence=1>>.

Essa tendência foi verificada no decorrer do trabalho pelos posicionamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 563.851 no qual a decisão de lavra do Exmo. Relator Ministro Cezar Peluso refletiu o atual entendimento daquela Corte ao decidir que a ausência de controle de jornada instituída pelo art. 62 da CLT não constitui afronta à limitação de jornada definida no art. 7º, XIII, da CF/88.

O entendimento também é adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho em diversas decisões, como a proferida no TST-RR-8900-51.2012.5.17.0131, cuja relatoria coube à Exma. Ministra Dora Maria da Costa, para quem as especificidades das atividades exercidas pelos trabalhadores externos e pelos ocupantes de cargos de confiança justifica o não controle de jornada.

Entretanto, já existe uma conscientização dos juristas quanto à discussão da constitucionalidade da interpretação atual do art. 62 da CLT, porquanto o direito à limitação de jornada e ao descanso semanal remunerado, assegurados na Constituição, foi concebido para todos os trabalhadores, indistintamente.

Nesse sentido, a aplicação da ótica constitucional sobre a legislação não deve ser limitada ao discurso ou condicionada a tópicos isolados, mas empregada na construção jurisprudencial moderna em todos os aspectos. É, inclusive, o esforço que se vê no amadurecimento das discussões entre os juristas de formação constitucionalista moderna.

Assim, a ótica constitucional a ser aplicada não deve se ater apenas no que diz respeito ao art. 7º e seus incisos, mas principalmente no que dispõe os incisos III e IV do art. 1º, ou seja, ter a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como pilares na aplicação da legislação infraconstitucional.

4. Referências bibliográficas

ABREU, Carolina Carneiro de. *Direito ao lazer como limite à jornada de trabalho dos empregados exercentes de cargos de confiança*; da (in)constitucionalidade

do art. 62, II, da CLT. 2013. 54f. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2013. Disponível em: <http://bdm.bce.unb.br/bitstream/10483/5852/1/2013_CarolinaCarneirodeAbreu.pdf> Acesso em: 19 fev. 2014.

ALVES, Rafael César. Redução da jornada de trabalho de 44 para 40 horas semanais: análise à luz da proposta de emenda à constituição 231/1995. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba, ano III, n. 7, p. 220-243, jan./jun. 2012, ISSN 2175-7119. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima7/11-Artigo-Rafael-Cesar-Alves.pdf>> Acesso em: 26 fev. 2014.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 25 fev. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Processo n. 0065800-25.2009.5.01.0060. Acórdão da 7ª Turma. Relatora Desembargadora Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva. Julgado em 24/04/2013. Disponível em: <<http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/483209/00658002520095010060%2317-05-2013.pdf?sequence=1>>.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Ação Civil Pública n. 0000160-02.2011.5.10.0013. Juíza do Trabalho Ana Beatriz do Amaral Cid Ornelas, Brasília, 30 de abril de 2012. Publicado no DEJT de 3 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.trt10.jus.br/servicos/consultasap/atas.php?_1=01&_2=13&_3=2011&_4=0160&_5=www_516.&_6=30042012&_99=intra&_7=3> Acesso em: 9 mar. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Processo n. 01483-2012-011-10-00-0-RO. Acórdão 1ª Turma. Relator Desembargador Dorival Borges de Souza Neto. Julgado em 26.2.2014. Publicado em 7.3.2014 no DEJT. Disponível em: <http://www.trt10.jus.br/search?q=cache:www.trt10.jus.br/consweb_gsa/gsa_segunda_instancia.php%3Ftip_processo_trt%3DRO%26ano_processo_trt%3D2013%26num_processo_trt%3D12220%26num_processo_voto%3D364564%26dta_publicacao%3D07/03/2014%26dta_julgamento%3D26/02>.

/2014%26embargo%3D%26tipo_publicacao%3DDEJT+%22trabalho+externo%22+e+%22horas+extras%22&access=p&output=xml_no_dtd&client=default_frontend&proxystylesheet=metas> Acesso em: 10 mar. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Processo 00334-2012-021-10-00-1-RO (Acórdão 2ª Turma). Relator Desembargador Alexandre Nery de Oliveira. Julgado em 12.2.2014. Publicado em 21.2.2014 no DEJT. Disponível em: <http://www.trt10.jus.br/search?q=cache:www.trt10.jus.br/consweb_gsa/gsa_segunda_instancia.php%3Ftip_processo_trt%3DRO%26ano_processo_trt%3D2013%26num_processo_trt%3D10351%26num_processo_voto%3D360270%26data_publicacao%3D21/02/2014%26data_julgamento%3D12/02/2014%26embargo%3D%26tipo_publicacao%3DDEJT+%22trabalho+externo%22+e+%22horas+extras%22&access=p&output=xml_no_dtd&client=default_frontend&proxystylesheet=metas> Acesso em: 11 mar. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Processo n. TST-RR-1169140-61.2002.5.09.0004. Ministro Relator Mauricio Godinho Delgado. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201169140-61.2002.5.09.0004&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAJsJAAB&dataPublicacao=14/05/2010&query=%27art.%2062%27%20and%20%27trabalho%20externo%27>> Acesso em: 10 mar. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução Administrativa n. 1499, de 1º de fevereiro de 2012. Publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 912, 3 fev. 2012, *Caderno Jurídico do Tribunal Superior do Trabalho*, p. 2-5. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/19477/2012_ra1499.pdf?sequence=1> Acesso em: 12 mar. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 428. Disponível em: <http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nphbrs?d=BLNK&s1=428&s2=bden.base.&pg1=NUMS&u=http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/brs/nspit/nspitgen_un_pix.html&p=1&r=1&f=G&l=0> Acesso em: 16 mar. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Processo n. TST-RR-8900-51.2012.5.17.0131.

Relatora Ministra Dora Maria da Costa. Brasília, 20 de novembro de 2013, 8ª Turma. Data de publicação 22 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%208900-51.2012.5.17.0131&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAANGMAAG&dataPublicacao=22/11/2013&query=%27inconstitucionalidade%20do%20art.%2062%27>> Acesso em: 25 fev. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: 1735-29.2010.5.09.0071, relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Brasília, 07 de agosto de 2013, 2ª Turma. Data de Publicação: 19.2.2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201735-29.2010.5.09.0071&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJiBAAD&dataPublicacao=16/08/2013&query=%27inconstitucionalidade%20do%20art.%2062%27>> Acesso em: 25 fev. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 428. Disponível em: <http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?d=BLNK&s1=428&s2=bden.base.&pg1=NUMS&u=http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/brs/nspit/nspitgen_un_pix.html&p=1&r=1&f=G&l=0> Acesso em: 16 mar. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 563.851, relator Ministro Cezar Peluso, Brasília, 26 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 26 fev. 2014.

CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batista. *A flexibilização do direito do trabalho no Brasil: desregulação ou regulação anética do mercado?* São Paulo: LTr, 2008.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *O direito do trabalho flexibilizado por FHC e Lula*. São Paulo: LTr, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

LOPES, M. S. O tempo e o art. 62 da CLT: impressões do cotidiano. *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, v. 76, p. 72-79, 2012. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&ur>>

l=http%3A%2F%2Fwww.trt9.jus.br%2Finternet_base%2Farquivo_download.do%3Fevento%3DBaixar%26idArquivoAnexoPlc%3D2316161&ei=7cM4U_qfEoHhsATrqoC4CQ&usg=AFQjCNHTiAKQUHMw_3f1N97CzepYCgNPmA&sig2=nCgZmgd8QnP_zEf5ZWh3PA&bvm=bv.63808443,d.cWc&cad=rja> Acesso em: mar. 2014.

MARQUES, Fabíola; ABUD, Cláudia José. *Direito do Trabalho*. 4. ed. 3. reimp. São Paulo: Atlas, 2009. Série Leituras jurídicas: provas e concursos. v. 22.

OLIVEIRA, Murilo Kerche de. A limitação constitucional da jornada de trabalho como forma de efetivação do direito fundamental de proteção à vida e saúde do servidor público estatutário comissionado. *Anais Simpósio Internacional de Direito: dimensões materiais e eficácias dos direitos fundamentais II Simpósio Internacional Brasil-Espanha*, realizado em 30 de março de 2012, na Universidade do Oeste de Santa Catarina, Unoesc, p. 395-410. Acesso em 31 jan. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Agenda Nacional de Trabalho Decente*. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/pub/agenda_nacional_trabalho_decente_298.pdf> Acesso em: jan. 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Manual de direito do trabalho*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1192, 6 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9014>> Acesso em: 22 fev. 2014.

PIRES, Horácio de Senna. *Direito do Trabalho: a atualidade do princípio da proteção*. TST, Brasília, vol. 77, n. 2, p. 125-132, abr./jun. 2011.

PORTO, Noemia. A Garantia Fundamental da Limitação da Jornada: Entre a Constituição e o art. 62 da CLT. *Rev. TST*, Brasília, v. 75, n. 2, abr./jun. 2009.

SAEGUSA, Cláudia Zaneti. *A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais*: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf> Acesso em: 23 jan. 2014.

SERAFINI, L. A. *(in)constitucionalidade do inciso I do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho face aos postulados da proteção ao direito trabalhista*. PERSPECTIVA, Erechim, v. 35, n. 130, p. 161-176, jun. 2011. Disponível em: <http://www.uricer.edu.br/new/site/pdfs/perspectiva/130_179.pdf> Acesso em: mar. 2014.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 23, p. 8, 2003. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev23Art17.pdf> Acesso em: 23 fev. 2014.

_____. *Curso de direito do trabalho: a relação de emprego*. v. II. São Paulo: LTr, 2008.

ZANOTTI, Lawrence Lubiana. Flexibilização das normas trabalhistas. *Revista Universo Acadêmico. Faculdade de Nova Venécia*, ed. n. 07, jan./jul. 2005. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/29302355/A-Flexibilizacao-Das-Normas-Trabalhistas>> Acesso em: jan. 2014.

Breves notas sobre a preclusão judicial no procedimento probatório

Matheus Ribeiro Rezende^(*)

Resumo:

- ▶ O instituto da preclusão informa o direito processual em geral, como forma de se obstar a eternização das demandas judiciais, assentando-se na celeridade como expressão de uma tutela jurisdicional efetiva. No processo, a preclusão está diretamente relacionada com a atividade processual das partes, mas pouco se discute a configuração da preclusão à atividade do julgador, a chamada preclusão judicial. No presente artigo, faz-se uma análise da existência da preclusão judicial, em suas diversas modalidades — temporal, consumativa e lógica —, no desenrolar do procedimento probatório, haja vista a repercussão prática da caracterização do instituto ao longo dessa fase, com o intuito de enriquecer a discussão em torno do comportamento do juiz na condução da instrução processual.

Palavras-chave:

- ▶ Direito processual do trabalho — Procedimento probatório — Preclusão judicial — Cooperação judicial.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A preclusão judicial
- ▶ 3. As espécies de preclusão judicial e o procedimento probatório
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

Tema sempre inquietante na seara processual é aquele atinente à preclusão dirigida ao magistrado. Quando essa é encarada no bojo do procedimento probatório, as incertezas acerca da configuração do instituto se exacerbam e são

vários os caminhos trilhados pelos doutrinadores e aplicadores do direito em seu estudo e aplicação.

Se uma das finalidades da prova é o convencimento do juiz sobre os fatos articulados no processo, pergunta-se se para ele a prática de algum ato nessa fase processual é informada pela preclusão, qualquer que seja a sua espécie.

Nada, além disso, é o objetivo desta breve reflexão.

(*) Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 6ª Região (Pernambuco). Professor de Direito Processual do Trabalho da Faculdade Estácio do Recife e do Espaço Jurídico Cursos. Mestre em Direito pela UFPE.

2. A preclusão judicial

O termo preclusão deriva do latim *praeclusio*, de *praecludere* (fechar, tolher, encerrar), dando a ideia de impedimento que alguma coisa se faça ou prossiga⁽¹⁾. No processo, a preclusão está diretamente relacionada com a atividade processual das partes⁽²⁾, significando a perda, extinção ou consumação de um poder processual⁽³⁾.

Junge-se o sentido do vocábulo preclusão à noção de que o processo reveste-se de um conjunto ordenado de atos, cada qual previamente localizado, consubstanciando um caminhar para a frente. Deduz-se, daí, que o fundamento da preclusão se assenta na celeridade como expressão de uma tutela jurisdicional efetiva⁽⁴⁾. A lição de Fernando Rubin é precisa:

[...] toda demanda judicial deve seguir um procedimento (rito previamente estabelecido

em lei), pautado pelo instituto da preclusão (que determina o fechamento de uma etapa do feito e o início de uma posterior – numa marcha dinâmica, sempre para a frente), tudo a incrementar os valores da efetividade (celeridade, na prestação jurisdicional) e o da segurança jurídica (confiança no procedimento, inclusive nos seus limites, pelas partes litigantes e demais eventuais terceiros interessados).⁽⁵⁾

Tradicionalmente, a doutrina classifica a preclusão nas espécies temporal, lógica e consumativa, uma vez tendo aquela decorrido, respectivamente, do transcurso do prazo previsto para a prática do ato, da realização de outro ato anterior incompatível com aquele que se pretende produzir ou da realização do próprio ato processual.

Sobre as espécies de preclusão, Daniel Amorim Assumpção Neves explica:

A preclusão consumativa se verifica sempre que realizado o ato processual. Dessa forma, somente haverá oportunidade para a realização do ato uma vez no processo e, sendo esse consumado, não poderá o interessado realizá-lo novamente. Ainda que o réu tenha no procedimento ordinário um prazo de quinze dias para responder à inicial, se apresentar contestação no quinto dia, não poderá nos dez dias subsequentes voltar a apresentar argumentos defensivos, tendo em vista a preclusão consumativa.⁽⁶⁾

Continua o autor:

Na preclusão lógica, o impedimento de realização de ato processual advém da realização de ato anterior incompatível logicamente com aquele que se pretende realizar. Assim, se requerida a purgação da mora numa ação de despejo, estará precluso o direito de o

(1) SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1.070.

(2) MOURA ROCHA, José de. *Da preclusão e da atividade processual das partes*. Recife: Mousinho, 1959. p. 181.

(3) José Frederico Marques conceitua a preclusão sob um ângulo objetivo e outro subjetivo, defendendo: “Sob o ponto de vista objetivo, a preclusão é um fato impeditivo, destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar o seu recuo para fases anteriores do procedimento. Do ponto de vista subjetivo, é a perda de uma faculdade ou direito processual que, por se haver esgotado ou por não ter sido exercido em tempo e momento oportuno, fica praticamente extinto.” (MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 2000. v. II, p. 347.)

(4) Couture, para quem a preclusão é um princípio do procedimento, afirma: “O princípio da preclusão está representado pelo fato de que as diversas etapas do processo se desenvolvem de forma sucessiva, mediante o encerramento definitivo de cada uma delas, impedindo-se o regresso a etapas e momentos processuais já extintos e consumados. Preclusão é, aqui, o contrário de desenvolvimento livre ou discricionário.” (COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F, 2005. p. 159, tradução do autor). (El principio de preclusión está representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados. Preclusión es, aquí, lo contrario de desenvolvimiento libre o discrecional.)

(5) RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 57.

(6) NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004. p. 30.

réu contestar a demanda e, se o derrotado aceitar a sentença, não poderá recorrer, tudo em respeito à preclusão lógica.⁽⁷⁾

Por fim, sustenta que:

Diz-se preclusão temporal quando um ato não puder ser praticado em virtude de ter decorrido o prazo previsto para sua prática sem a manifestação da parte. Ao deixar a parte interessada de realizar o ato dentro do prazo previsto, ele não mais poderá ser realizado, já que extemporâneo. Tendo o réu quinze dias para contestar, e as partes cinco dias para falar nos autos, por exemplo, não respeitado o lapso temporal traçado pela lei, estarão impedidos de praticar o ato⁽⁸⁾.

O Código de Processo Civil em vigor utiliza expressamente a palavra preclusão no § 3º do art. 169, no art. 245 e seu parágrafo único e no art. 473, o que não acontecia no diploma anterior, de 1939, apesar de, em substância, aplicar o instituto na exata previsão de perda do direito de praticar um ato processual nas modalidades anteriormente mencionadas⁽⁹⁾. O Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil continua a cunhar a referida expressão em seu texto, como se vê das previsões do § 2º do art. 164, do art. 241 e seu parágrafo único, dos arts. 256 e 488 e do parágrafo único dos arts. 923 e 929. O processo do trabalho, ante a omissão sobre a matéria, bebe dessa fonte, em observância ao art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Quando se fala em preclusão para o juiz, costuma-se aludir, de pronto, ao termo preclusão

pro iudicato⁽¹⁰⁾, no sentido de óbice dirigido ao magistrado para o reexame de uma decisão já proferida sem que haja permissão legal para tanto, na esteira do art. 471 do Código de Processo Civil⁽¹¹⁾. Utiliza-se, neste artigo, da expressão preclusão judicial, quando cuida daquela que atinge os poderes-deveres do magistrado no curso do processo, por compreender que a dicção preclusão *pro iudicato* foi criada por Enrico Redenti para ser empregada em uma situação específica ocorrida no processo de execução⁽¹²⁾.

(10) Nesse caminho, José Frederico Marques preleciona: "Pode-se falar de preclusão *pro iudicato* em relação a decisões de conteúdo exclusivamente processual, uma vez que, em tais pronunciamentos, impossível será aludir-se à coisa julgada por ausência de resolução judicial sobre o mérito da causa. Nessa preclusão, além de exaurir-se o direito processual da parte, cria-se um impedimento ou limitação ao juiz. E como a preclusão "*vera e propria*" não pode alcançar os poderes do juiz, mas tão só faculdades processuais das partes, fala-se de preclusão *pro iudicato*." (MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 351). A doutrina de José Frederico Marques é influenciada por Stefano Riccio, que alterou o significado do termo preclusão *pro iudicato* cunhado por Redenti (ver nota de rodapé número 13), mas defendia que esse instituto só atingia as decisões judiciais proferidas anteriormente à solução do mérito, mas não os poderes do juiz. Moniz de Aragão, contrário a esse posicionamento, defende: "Em primeiro lugar a preclusão, mesmo a "*vera e propria*", pode afetar também os poderes do juiz; em segundo lugar o conceito criado por Enrico Redenti não autoriza a construção feita, pois decorre precisamente de seu cuidado com os pronunciamentos que afetam a relação material no plano do processo de execução, não os problemas inerentes à relação processual no processo de conhecimento. Ademais, a preclusão visa precisamente a afetar a solução de questões, tanto faz que sejam inerentes ao processo, à ação, ou ao litígio propriamente dito (isto é: o mérito da causa), razão não havendo para falar em preclusão *pro iudicato* (máxime em desacordo com o conceito do autor que cunhou a expressão)." (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada*: exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: AIDE, 1992. p. 236-237.)

(11) Art. 471/CPC. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II – nos demais casos prescritos em lei.

(12) Atribui-se a Stefano Riccio a divulgação da expressão preclusão *pro iudicato* na dimensão que este trabalho

(7) *Ibidem*, p.35.

(8) *Ibidem*, p.38.

(9) "Se o réu entra com a *declinatoria fori*, há a preclusão de seu direito de excepcionar o juízo por suspeição do respectivo titular (art. 186 do Código de Processo Civil de 1939). [...] Dá-se a preclusão consumativa [...]. Ela se funda na regra do *non bis in idem*, e, no direito positivo, tem seu assento legal no que preceitua o art. 289 do Código de Processo Civil de 1939, *in verbis*: "Nenhum juiz poderá decidir novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide." (MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 347-348.)

3. As espécies de preclusão judicial e o procedimento probatório

Feitos esses considerandos, pode-se afirmar que não se vislumbra, no procedimento probatório⁽¹³⁾, a existência de preclusão judicial na modalidade temporal, e isso porque os prazos destinados ao magistrado são considerados impróprios. Uma vez não subsistindo qualquer consequência processual da não observância do prazo impróprio, é defeso se aludir à preclusão temporal. Não tendo sido praticado o ato processual no lapso previsto,

confere quando se vale do termo preclusão judicial, não obstante o referido autor limitar o conceito no sentido de não alcançar os poderes do juiz. Nesse sentido, Fernando Rubin: “De fato, a expressão originariamente empregada por Redenti para explicar acontecimento processual específico (a discutível eficácia preclusiva panprocessual do título executivo extrajudicial não embargado — como adiante se voltará a aludir) foi na Itália resgatada por Riccio, que ao criticar a teoria de Redenti entendeu por bem se valer da expressão para denominar coisa absolutamente diversa, o que seja, uma espécie *sui generis* do instituto da preclusão (de larga visualização no rito de conhecimento), a exigir conceituação delimitada, no seu entender, em face da preclusão somente se operar em relação às faculdade processuais das partes.” (RUBIN, Fernando, *op. cit.*, p. 44). Daniel Amorim Assumpção Neves também se reporta ao fato, ao aduzir: “O instituto da preclusão *pro iudicato*, objeto de profundas considerações em momento oportuno, foi criação do ilustre processualista italiano Enrico Redenti, no início da década de 30. É instituto que, aplicado ao direito nacional, está intimamente ligado a situações específicas do processo monitorio e do processo de execução de título extrajudicial. [...] Na tentativa de se caracterizar uma espécie *sui generis* de preclusão, concernente à atividade judicial, alguns doutrinadores, tendo como pioneiro Riccio, ainda na Itália, creditaram a esse fenômeno o nome de preclusão *pro iudicato*. Desse entendimento, principiou toda a confusão criada em torno do instituto. Ao dar o nome de preclusão *pro iudicato* à preclusão dos poderes do juiz, o processualista italiano não levou em conta que tal nomenclatura já havia sido utilizada, para designar situação totalmente diversa daquela que acreditava estar criando, a preclusão para os poderes do juiz.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, p. 15 e 24.)

- (13) Não obstante, neste trabalho, estar-se analisando a preclusão judicial apenas no procedimento probatório, essa afirmação relativa à preclusão temporal se aplica a todas as fases do processo.

o juiz não está impedido pela preclusão de realizá-lo⁽¹⁴⁾.

De mais a mais, revestindo-se a iniciativa instrutória do juiz da natureza de um poder-dever, resta impossível compatibilizar a preclusão temporal com a formação do convencimento do magistrado, para o que esse sujeito processual pode e deve determinar a produção de provas a qualquer tempo⁽¹⁵⁾, estando a seu alcance, inclusive, a conversão do julgamento em diligência após encerrada a

- (14) Dinamarco sustenta: “É natural que *sejam impróprios os prazos fixados para o juiz* porque ele não defende interesses pessoais no processo, mas cumpre *deveres*. Seria contrário à ética e ao senso comum a definitiva dispensa de cumprimento de um dever, em razão do seu não cumprimento no prazo. Para alguns, talvez isso fosse até um mau prêmio... O juiz que excede prazos sem motivo justo é um mau pagador das promessas constitucionais de tutela jurisdicional e deve suportar sanções administrativas ou mesmo pecuniárias [...], mas em relação a ele inexistem a sanção processual das preclusões. Se ele não profere o despacho dentro de dois dias da conclusão dos autos, ou a decisão interlocutória em dez (art. 189, incs. I-II), ou se não entrega a sentença nos dez dias subsequentes à audiência (art. 456) etc., nem por isso ficará dispensado do dever de fazê-lo. Tal é a não preclusividade dos prazos fixados para o juiz, ou seu caráter de prazo *impróprio*.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II, p. 567.)

- (15) A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona nessa orientação: “[...] 3. A iniciativa probatória do magistrado, em busca da veracidade dos fatos alegados, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça (STJ. Primeira Turma. AgRg no REsp n. 1.157.796/DF. Rel. Min. Benedito Gonçalves. DJe 28.5.2010)”; “[...] 1. Não há que se falar em preclusão da produção de prova testemunhal para o julgador, que pode, em busca da verdade real dos fatos, realizar diligências ou admitir provas, desde que oportunize à parte contrária o exercício do contraditório, o que ocorreu no caso dos autos. A prova é produzida para o juiz e não para as partes. Precedentes (STJ. Quinta Turma. AgRg no Ag n. 1.216.282/SP. Rel. Min. Laurita Vaz. DJe 3.5.2010)”; “[...] II — Além das questões concernentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, a cujo respeito há expressa imunização legal (CPC, art. 267, § 3º), a preclusão não alcança o juiz em se cuidando de instrução probatória (STJ. Quarta Turma. REsp n. 222.445/PR. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ 29.4.2002, p. 246)”.

instrução processual para cumprir tal mister. José Roberto dos Santos Bedaque, sobre o assunto, assentou:

[...] as regras processuais referentes à preclusão destinam-se apenas a possibilitar o desenvolvimento normal da relação processual. Não podem prevalecer, porém, sobre o poder-dever do juiz de tentar esclarecer os fatos, aproximando-se o quanto possível da verdade, pois sua missão é pacificar com justiça. E isso somente ocorrerá se a decisão resultar da atuação da norma a fatos efetivamente verificados.⁽¹⁶⁾

Justifica-se a previsão de preclusão temporal para as partes no procedimento probatório em função da finalidade última do referido instituto, que é evitar recuos no processo tendentes a causar atrasos na entrega da prestação jurisdicional⁽¹⁷⁾. A preclusão é vista como um princípio fundamental da organização do processo, sem o que nenhum procedimento

jamais teria fim⁽¹⁸⁾. Moura Rocha é taxativo, sustentando que “o desenvolvimento do procedimento é condição indispensável para que se realize e para que se alcance os seus fins. Sem este desenvolvimento estaríamos em situação de nunca mais terminar uma demanda”⁽¹⁹⁾.

Nota-se, todavia, certa tendência, apresentada sobretudo pelos juízes de primeiro grau⁽²⁰⁾, em flexibilizar a preclusão temporal para as partes no procedimento probatório. Costuma-se admitir, por exemplo, a produção de prova documental a destempo, ainda que não amparada na previsão do art. 397 do Código de Processo Civil⁽²¹⁾, nas hipóteses em que o juiz entende que o material a ser acostado aos autos é necessário para determinar o seu convencimento, já que, nessa situação, tem o poder-dever de determinar sua realização ainda que de ofício, escorado que está no art. 130 do mesmo diploma legal⁽²²⁾.

Questão polêmica é aquela que diz respeito à existência de preclusão judicial consumativa. Discute a doutrina se, após deferida pelo juiz a produção de uma prova pela parte, pode o mesmo, mediante decisão ulterior, dispensar a sua realização sob a alegação de que o seu convencimento já foi formado.

Algumas vozes se posicionam no sentido da impossibilidade da dispensa pelo juiz em casos que tais, a não ser que haja concordância

(16) BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 19.

(17) Eduardo Cambi sustenta que “o direito à prova não é absoluto, devendo as partes respeitar os requisitos temporais e formais para a sua dedução. Afinal, procedimento vem de *procedere*, que significa *ir adiante*, e não se poderia prosseguir se não houvesse uma limitação temporal que possibilitasse passar de uma fase do procedimento para as outras. Ademais, se uma parte pudesse usar os meios de prova sem quaisquer limitações temporais, a duração do processo seria excessiva a ponto de comprometer a tutela jurisdicional dos direitos materiais, pelo prolongamento do estado de ansiedade no êxito da demanda, resultando na violação do direito à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável”. (CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 32.) Também Moniz de Aragão, sustenta que a preclusão funda-se na garantia de tratamento paritário das partes e na lealdade processual, “facilmente infringíveis num processo que siga à risca critério oposto e por isso proporcione às partes conduzi-lo a seu talante e a serviço de seus interesses, o que constituiria campo inigualavelmente fértil para a chicanice e a protelação indefinida dos processos”. (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Preclusão (processo civil). In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989. p. 150.)

(18) OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 228.

(19) MOURA ROCHA, José de, *op. cit.*, p. 142.

(20) NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *op. cit.*, p. 39.

(21) Art. 397/CPC. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

(22) Luiz Fux chega a defender a inaplicabilidade da prescrição temporal para as partes no procedimento probatório, defendendo: “Advirta-se, entretanto, que a necessidade superveniente de provas não mencionadas inicialmente não faz exsurgir a preclusão, inócua no campo probatório.” (FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. I., p. 424.)

da parte que requereu a prova, por vislumbrar nessa decisão cerceio do direito constitucional à prova daquele que teve o pleito deferido. Captam, nessa situação, a configuração da preclusão judicial consumativa. Nessa linha de pensamento, Daniel Amorim Assumpção Neves defende:

Não concordamos com tal ponto de vista. Primeiramente não se pode admitir que o juiz monocrático, que tão somente dá a primeira, e quase nunca definitiva decisão da demanda, possa dar-se por convencido no meio da fase instrutória, encerrando-se prematuramente e decidindo a lide. Tal atitude configuraria indubitavelmente nulidade da decisão por flagrante cerceamento de defesa da parte prejudicada. [...] Deferindo uma prova requerida por um dos litigantes, a nosso ver não mais poderá indeferir-la, já que esse litigante adquire um direito à produção daquela prova, que não pode simplesmente lhe ter subtraído pela vontade do juiz. Tal atitude violaria, indubitavelmente, o direito de provar da parte, que é garantido constitucionalmente no art. 5º, inciso IV do Texto Maior. [...] O impedimento do juiz voltar atrás em decisão em que deferiu a produção de uma prova dá-se em virtude da verificação de ocorrência da preclusão judicial nessa decisão. Não tendo sido interposto o recurso cabível pela parte que se sentiu prejudicada pelo deferimento da prova, caberá ao juiz produzi-la, sem a oportunidade de reconsiderar sua decisão, em mostra evidente da ocorrência da preclusão judicial.⁽²³⁾⁽²⁴⁾

(23) NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *op. cit.*, p.268-269.

(24) No mesmo sentido, Fernando Rubin obtempera: "Temos, como regra geral, que se a parte exerceu regularmente a faculdade de requerer oportunamente a prova que entendia como necessária para o resguardo dos seus interesses, e teve seu pedido acatado pelo magistrado, o posterior indeferimento da prova implicaria ofensa ao direito de lícitamente provar. Além disso, a preclusão tem por finalidade assegurar a estabilidade das situações jurídicas processuais – segurança jurídica, na primeira acepção acolhida nesta obra; e a situação de quem teve a

Outros, por sua vez, advogam que não há preclusão judicial consumativa na hipótese em comento, desde quando, sendo o juiz o destinatário da prova, compete a ele verificar a necessidade da mesma para a formação de seu convencimento, sem o que se infringiria o princípio da economia processual⁽²⁵⁾.

Entende-se que nem sempre se opera a preclusão judicial consumativa nessa situação, em face do que dispõe o art. 130 do Código de Processo Civil, que confere ao juiz a prerrogativa de determinar as provas que reputa necessárias à instrução do processo, intelecção que o acompanha durante todo o procedimento probatório.

Não é dado ao juiz, em toda e qualquer hipótese, convencer-se da ocorrência ou não do fato deduzido pelas partes a partir apenas de uma ou outra prova produzida. Obviamente,

prova admitida seria profundamente alterada com o posterior indeferimento." (RUBIN, Fernando, *pp. cit.*, p. 187.) Também Manoel Caetano Ferreira Filho diz que "se a parte exerceu regularmente a faculdade (requerendo a prova no momento oportuno) e teve seu pedido acatado, o posterior indeferimento da prova implicaria, ao nosso ver, uma ofensa ao direito de provar que, como dito, goza de proteção constitucional. A preclusão tem por finalidade exatamente assegurar a estabilidade das situações jurídicas processuais, impedindo retorno do processo à fase já superada. Ora, a situação jurídica processual de quem teve a prova admitida seria profundamente alterada com o posterior indeferimento. Portanto, a preclusão consumativa se produz em relação ao juiz, no sentido de proibir-lhe o indeferimento de prova que já havia antes admitido". (FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991. p. 92.)

(25) Vicente Miranda adota esse entendimento: "A decisão judicial que admite ou nega a produção desta ou daquela prova não tem efeito preclusivo. Pode o julgador, num primeiro momento, deferir determinado meio de prova. Em momento ulterior, melhor examinando os autos e verificando que as provas deles constantes são suficientes para a formação de seu convencimento, poderá reconsiderar a anterior decisão e indeferir, porque desnecessária, a prova antes deferida. A razão fundante é esta: o juízo de admissibilidade da prova tem natureza e finalidade pública, pois deve visar e evitar que se prolonguem as lides e que se criem disputas inúteis." (MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 215.)

a prova que foi posteriormente dispensada, se realizada, poderia alterar o seu convencimento, fato que configuraria nítido cerceio do direito à prova daquela parte que teve impedida a apresentação, quando já havia deferimento anterior em sentido contrário. Aqui se observa, à evidência, a ação da preclusão judicial consumativa.

No entanto, o juiz deve se opor à realização dessa prova se o fato já estiver suficientemente evidenciado por uma outra prova, servindo esse novo material apenas para confirmar ou reforçar o resultado já definido e não contrariá-lo. Pode-se observar essa situação na hipótese, *v. g.*, de o juiz, em causa versando sobre direitos disponíveis, deferir, na audiência inaugural, a produção de uma prova pericial e, antes de realizá-la, for obtida, no depoimento pessoal, confissão judicial da parte que torne totalmente desnecessária a prova técnica. Não se nega que a confissão judicial não vincula o magistrado, que pode determinar a produção de outras provas caso entenda que aquela serviu para prática de ato simulado ou obtenção de fim proibido por lei⁽²⁶⁾, mas retira o direito da parte de produzir nova prova sobre o fato confessado.

Nessas situações específicas, não se nega que o juiz deve agir com cautela, fundamentando sua decisão para demonstrar o motivo objetivo que justifica a aludida dispensa, a fim de não violar o direito constitucional da parte. Nessa dimensão permissiva da dispensa, é defeso falar-se em preclusão judicial consumativa⁽²⁷⁾.

(26) PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 282 a 443. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. tomo IV, p. 316.

(27) Na mesma senda, Eduardo Cambi proclama: "[...] Não haveria, em hipóteses como essa, a preclusão *pro iudicato*, mesmo porque, tendo o juiz o dever de velar pela rápida solução do litígio (art. 125, inc. II, CPC), seria um contrassenso se, em face de outras provas produzidas, não pudesse reconsiderar a decisão anterior, que permitiu a realização de prova, a qual, no curso da instrução, mostrou-se supérflua ou irrelevante. Assim, a inutilidade ou a desnecessidade da prova também podem ser supervenientes, quando um fato

Taruffo ilustra o que se defendeu:

Em princípio, o poder do juiz para impedir a produção de provas que se tornaram inúteis é oportuno e decorre de razões evidentes de economia processual. Todavia, a jurisprudência admite com frequência, com base em uma concepção vaga e discutível do princípio do livre convencimento judicial, modalidade de exercício desse poder que causa violações consideráveis ao direito à prova. Reconhece-se, por exemplo, que o juiz possa fundar seu próprio convencimento nas provas requeridas por apenas uma parte, impedindo, em consequência, a produção de todas as provas requeridas pela outra ou, em simples suposições, impedindo a produção de provas requeridas por ambas as partes. Em tais situações, em que a parte vê-se privada do direito de produzir as provas que requereram e que foram deferidas, não é caso — a bem ver — de superfluidade da prova, uma vez que não se pode definir de supérflua uma prova que se destina a contrapor os resultados de outras provas ou, de qualquer modo, fornecer uma versão diversa dos fatos que devem ser provados. Na realidade, uma prova torna-se desnecessária apenas quando ela pretende demonstrar aquilo que já foi de outra forma demonstrado: apenas nesse caso pode-se impedir a produção da prova, em nome da economia processual, sem que isso resulte em uma violação ao direito à prova.⁽²⁸⁾

já estiver sido provado por outras provas, devendo-se aplicar, nesse caso, o princípio da economia processual." (CAMBI, Eduardo, *op. cit.*, p. 444.)

(28) TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, Padova, anno 39, n. 4, p. 74-120, out./dez. 1998, tradução do autor. (In linea di principio, la facoltà del giudice di evitare l'assunzione di prove che siano diventate inutili è opportuna, e discende da evidenti ragioni di economia processuale. Tuttavia la giurisprudenza ammette di frequente, sulla base di una concezione vaga e discutibile del principio del libero convincimento del giudice, modalità di esercizio di tale facoltà che determinano rilevanti violazioni del diritto alla prova. Si ammette ad es che il giudice fondi il proprio convincimento sulle prove dedotte da una sola parte, escludendo di conseguenza

Discute-se, ainda, se pode o juiz, após ter indeferido a produção de uma prova, mudar seu posicionamento para determinar a sua realização. Acompanha-se a corrente doutrinária que defende ser amplo, e não supletivo, o poder-dever instrutório do magistrado, pelo que dúvidas não há que não se opera preclusão judicial consumativa na hipótese aventada, devendo o julgador, ao reputar necessária a prova, determinar seja a mesma produzida⁽²⁹⁾.

Por fim, há, ainda, quem sustente que, tendo o juiz, *ex officio*, determinado a produção de uma prova, sem prévio requerimento de qualquer das partes, atua a preclusão judicial consumativa, não podendo, posteriormente, o magistrado dispensar sua realização, ressalvada a hipótese de concordância dos interessados⁽³⁰⁾.

Também aqui se concorda apenas em parte com a afirmação. E diz-se isso, não porque se

l'assunzione di tute le prove dedotte dall'altra, o su presunzioni semplici, escludendo l'assunzione delle prove dedotte da entrambe le parti. In situazioni di questo genere, nelle quali la parte viene privata del diritto all'assunzione delle prove che ha dedotto e che sono state ammesse, non si ha neppure - a ben vedere - la superfluità della prova, poiché non si può definire superflua una prova che mira a contrastare l'esito de altre prove, o comunque a fornire una diversa versione dei fatti che debbono essere provati. In realtà, una prova diventa superflua solo quando ciò che essa intende dimostrare è già stato altrimenti dimostrato: solo in questo caso se ne potrà evitare l'assunzione, in nome dell'economia processuale, senza che ciò determini una violazione del diritto alla prova).

(29) José Roberto dos Santos Bedaque afirma: "Nada obsta, outrossim, que o magistrado reconsidere decisão anterior que dispensara determinada prova. Também aqui não se pode falar em preclusão. Assim, ainda que a parte venha a perder a faculdade de produzir determinada prova, em decorrência da preclusão temporal, pode o juiz ordenar sua realização de ofício, por entendê-la necessária à formação de seu convencimento." (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *op. cit.*, p. 21.)

(30) Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves: "A partir do momento que surge nos autos a determinação para a produção de uma prova, está criado o direito a essa produção, direito que, embora tenha sido criado pelo juiz, ao determinar *ex officio* a produção da prova, passa a pertencer às partes interessadas naquela produção." (NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *op. cit.*, p. 271.)

defenda que, como a determinação de realização da prova partiu de ofício do magistrado, está ao seu alvedrio a produção da mesma, mas apenas porque, como já demonstrado, existem situações em que a prova novel se revela desnecessária.

De fato, tendo o juiz determinado *ex officio* que uma prova fosse produzida, a referida decisão gera para as partes o direito à sua realização. É equivocada a percepção de que, se o comando de realização da prova partiu do julgador, e sendo ele o seu destinatário natural, poderia desistir dessa produção acaso não se conservasse interessado. Não se pode olvidar que o juiz assume no processo apenas as situações subjetivas de dever ou poder-dever, na medida em que sempre atua no interesse, não de uma, mas de ambas as partes⁽³¹⁾. Não obstante, a produção dessa prova pode ser obstada pelo magistrado quando a mesma, na expressão de Taruffo, se revele supérflua, como antes se expôs. Nessa quadra, não sendo essa prova dispensada supérflua, manifesta-se a preclusão judicial consumativa.

Com isso, pode-se estabelecer que, no procedimento probatório, não se observa a existência de preclusão judicial temporal, mas pode suceder, em situações específicas, a preclusão judicial consumativa.

Por fim, vale registrar que não se observa hipótese de preclusão judicial lógica no procedimento probatório. Daniel Amorim Assumpção Neves apresenta algumas ocorrências em que a preclusão lógica atinge os poderes-deveres do juiz no processo⁽³²⁾, também não visualizando essa espécie na fase de instrução.

4. Considerações finais

Longe de se pretender encerrar a discussão sobre o assunto, a presente reflexão objetiva instigar o interlocutor a repensar um tema de

(31) Eduardo Cambi deixa claro que "o juiz não tem direito à prova, o que não significa que não possa participar ativamente da atividade probatória, uma vez que o ordenamento processual lhe confere *poderes probatórios*". (CAMBI, Eduardo, *op. cit.*, p. 21.)

(32) NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *op. cit.*, p. 42-46.

importância fulcral para a teoria do processo, que, para lá de teórico, apresenta uma repercussão imediata na prática judicial.

Considerando que a instrumentalidade e a efetividade são vistas como a pedra de toque do atual modelo de jurisdição, a iniciativa probatória do magistrado se revela forma eficaz de tornar efetivo o acesso à justiça. Com isso, não se pode deixar de observar que, ao conduzir o processo, não está ao puro alvedrio do juiz a determinação ou o indeferimento da produção do material probatório, já que para as partes o direito à prova tem assento constitucional.

É necessário ter em mente que, em busca da verdade possível, o magistrado tem a seu dispor a prova capaz de convencê-lo da exatidão dos fatos, mas, nessa dimensão, não pode, em qualquer hipótese, impedir que as partes produzam novas provas quando já se acha capacitado a solucionar a controvérsia.

O estudo da preclusão judicial no procedimento probatório revela a dinâmica de que, não obstante adotar o magistrado uma postura ativa nessa fase processual, essa é envolvida pelo modelo da cooperação judicial, que sujeita o julgador à abertura do diálogo com as partes em todo o desenvolvimento do processo, o que acaba por legitimar o ato decisório.

5. Referências bibliográficas

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil*: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. I.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 2000. v. II.

MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1992.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Preclusão (processo civil). In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Saneamento do processo*: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

_____. *Sentença e coisa julgada*: exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

MOURA ROCHA, José de. *Da preclusão e da atividade processual das partes*. Recife: Mousinho, 1959.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*: preclusão *pro iudicato* e preclusão judicial no processo civil. São Paulo: Método, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 282 a 443. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. tomo IV.

RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, Padova, anno 39, n. 4, p. 74-120, out./dez. 1998.

Processo judicial eletrônico: uma análise acerca da sua compatibilidade com o *jus postulandi* e os honorários advocatícios na seara laboral

Monique Ramalho de Sales Remígio^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo aborda a compatibilidade do Processo Judicial Eletrônico – PJe com a típica figura trabalhista do *jus postulandi*, bem como discorre acerca do cabimento dos honorários advocatícios nos processos ajuizados eletronicamente na Justiça do Trabalho.

Palavras-chave:

- ▶ Processo judicial eletrônico — *Jus postulandi* — Honorários advocatícios — Justiça do Trabalho.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O Processo Judicial Eletrônico ante as peculiaridades do *jus postulandi* laboral
- ▶ 3. As restrições aos honorários advocatícios na justiça laboral e seu cabimento após a implementação do Processo Judicial Eletrônico na Justiça do Trabalho
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências bibliográficas

(*) Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Araraquara (SP). Advogada. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba – ESMAT-13. Pós-graduanda em Direito Previdenciário pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ.

1. Introdução

Instituído pela Lei n. 11.419/06, o Processo Judicial Eletrônico — PJe trouxe significativas melhorias para a tramitação de processos no Poder Judiciário brasileiro graças à informatização processual.

Os avanços tecnológicos gerados pelo PJe transcendem a mera automação do Judiciário, de modo que a substituição do processo físico pelo digital contribui para a maior celeridade e transparência dos atos judiciais, dada a facilidade de acesso às informações e peças processuais, que podem ser visualizadas em tempo real pelas partes aonde quer que se encontrem (salvo os sujeitos ao segredo de justiça), desde que conectadas à rede mundial de computadores — internet e possuidoras do certificado digital, colaborando também para a economia de custos operacionais, orçamentários e ambientais, visto que o gasto com papel, tintas e canetas tende a ser drasticamente reduzido, privilegiando os autos virtuais e assinaturas eletrônicas, fato que, além de diminuir as despesas financeiras de cada tribunal, colabora para a preservação do meio ambiente.

Apesar dos consideráveis benefícios proporcionados pela implementação do PJe, a sua aceitação no âmbito judiciário não foi pacífica, sendo criticado principalmente pelos operadores do Direito mais conservadores, relutantes às inovações tecnológicas e a qualquer medida que os tirem da sua zona de conforto, dos tempos de processos físicos e palpáveis.

A implantação do PJe na Justiça do Trabalho não foi diferente, encontrando defensores e opositores. No entanto, além das resistências encontradas nas demais áreas, em razão da especialidade laboral, com princípios e características que lhes são próprios, alguns questionamentos quanto à efetivação do processo de forma exclusivamente eletrônica foram levantados, tendo em vista a figura típica do *jus postulandi* e o restrito cabimento dos honorários advocatícios, objeto de análise do presente estudo.

2. O processo judicial eletrônico ante as peculiaridades do *jus postulandi* laboral

Diante da necessidade de adequação das regras previstas na Lei n. 11.419/06 ao judiciário trabalhista, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho — CSJT editou a Resolução 94/12, atualmente revogada pela Resolução n. 136/14, dispondo acerca dos parâmetros para a implementação do PJe na referida justiça especializada, doravante denominado PJe-JT.

Disciplinando a matéria, a Resolução n. 136 do CSJT, logo em seu art. 1º, determinou que a prática de atos processuais no âmbito da Justiça do Trabalho, bem como a sua representação por meio eletrônico serão realizados, de forma exclusiva, por intermédio do PJe-JT.

Outrossim, o art. 5º, da resolução supracitada prevê a obrigatoriedade da utilização de assinatura digital para ter acesso ao PJe-JT (assinar documentos e arquivos; acessar serviços com a exigência de identificação ou certificado digital e consultar operações que tramitem em sigilo ou em segredo de justiça), mediante certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, e respectivo dispositivo criptográfico portátil⁽¹⁾.

Atento ao princípio do *jus postulandi*, expressamente previsto no art. 791⁽²⁾, da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, além do disposto no art. 4º, da Lei n. 5.584/70⁽³⁾, que apesar de ter tido o campo de abrangência consideravelmente restringido pelo Tribunal Superior do Trabalho — TST, na Súmula n. 425⁽⁴⁾, ainda encontra-se em plena vigência,

(1) Mídia tipo *pen drive* ou leitor óptico do *chip* da carteira da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em sendo advogado.

(2) Art. 791 – Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

(3) Art. 4 – Nos dissídios de alçada exclusiva das Juntas e naqueles em que os empregados ou empregadores reclamarem pessoalmente, o processo poderá ser impulsionado de ofício pelo Juiz.

(4) Súmula n. 425, TST – O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do

permitindo o acesso pessoalmente do empregado ou empregador às instâncias ordinárias do Judiciário trabalhista, independentemente de advogado, o CSJT ao prevê a obrigatoriedade da utilização da assinatura digital para utilização do PJe-JT, determinou no art. 6º, § 1º, da Resolução n. 136/14, que as partes e terceiros não assistidos por advogados poderão apresentar peças processuais e documentos em papel, segundo as regras ordinárias, nos locais competentes para recebê-los, que serão digitalizados e inseridos no processo pela Unidade Judiciária.

Desse modo, não dispondo o empregado de certificado digital, de equipamentos tecnológicos, de *softwares* e *hardwares* adequados à operacionalização do sistema, bem como de conhecimentos na área da informática, fato este bastante provável de acontecer, tendo em vista que há casos em que o trabalhador mal sabe assinar o próprio nome (o que dirá entender sobre as inovações cibernéticas!), poderá ajuizar a sua ação por intermédio de um servidor disponibilizado pela unidade judiciária para tal fim.

Diante de tais circunstâncias, é possível afirmar que, em tese, a implementação do PJe-JT não compromete o exercício do *jus postulandi* pelo trabalhador, que da mesma forma que tinha que se dirigir ao fórum para narrar os fatos e ter sua petição reduzida a termo pelo serventuário da justiça, ou simplesmente protocolizá-la, assim deverá proceder diante do processo eletrônico, portanto, muda-se a forma dos autos, que deixa de ser físico e passa a ser virtual, mas o procedimento a ser adotado pelo trabalhador continua praticamente o mesmo.

No entanto, caberá ao tribunal disponibilizar servidores capacitados, atualizados e em número que supra a demanda dos trabalhadores,

Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

pois não possuindo certificado digital e não havendo serventuários na unidade judiciária, sem dúvida, ocasionará mais um entrave a figura do *jus postulandi*, além das mitigações já existentes.

Dizemos que, em tese, a implementação do PJe-JT não compromete o *jus postulandi*, pois, tendo em vista a especialidade da justiça laboral, com discussões que cada vez mais exigem conhecimentos técnicos e aprofundados da matéria, a limitação da postulação apenas nas instâncias ordinárias, conforme estipulado na Súmula n. 425, do TST, bem como a revolucionária implantação do PJe-JT, com requisitos específicos e exigência de domínio tecnológico, colocam em xeque a existência do *jus postulandi*, nos fazendo refletir sobre a sua real necessidade, de modo que, apesar de ter aplicação visivelmente restringida, ainda vige no ordenamento jurídico trabalhista.

Como podemos observar, esse não é um problema novo, nascido com a informatização do judiciário laboral. A implementação do PJe-JT apenas trouxe à tona a discussão acerca de um instituto que, *data venia*, está em vias de extinção, o que não implicará necessariamente, cumpre ressaltar, um prejuízo ao trabalhador, pois além deste dispor dos sindicatos para propositura de suas ações, pode contratar advogados para representá-lo, não havendo que se falar, portanto, em inviabilização de acesso ao Judiciário, pelo contrário, seus direitos serão defendidos por pessoas capacitadas, conhecedoras da lei e, conseqüentemente, mais preparadas para litigar em juízo.

3. As restrições aos honorários advocatícios na justiça laboral e seu cabimento após a implementação do Processo Judicial Eletrônico na Justiça do Trabalho

Entende-se por honorários a retribuição financeira devida ao advogado em virtude da realização do seu labor, que podem ser contratuais, assistenciais e sucumbenciais.

Os honorários contratuais são aqueles estipulados entre o patrocinado e seu patrono, decorrentes de contrato de prestação de serviço. Os honorários assistenciais, por sua vez, compreendem a retribuição econômica devida ao procurador que defende pessoa qualificada como necessitada na forma da lei. Já os honorários sucumbenciais derivam da sucumbência processual, cabendo à parte vencida na causa pagá-los ao procurador da parte vencedora.

Na seara laboral, a questão dos honorários advocatícios sempre gerou inúmeras discussões na doutrina e jurisprudência trabalhistas, tanto que, com o intuito de pacificar a matéria, o TST editou a Súmula n. 219, dispondo sobre as possibilidades do seu cabimento, com o seguinte teor:

I – Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (ex-Súmula n. 219 – Res. n. 14/1985, DJ 26.9.1985.)

II – É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

A impossibilidade de pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais nas lides oriundas da relação de emprego, para o TST, tem como fundamento a típica figura do *jus postulandi*, de modo que se a parte pode litigar em juízo sem o acompanhamento técnico de um advogado, a contratação deste profissional constitui mera faculdade sua, descabendo, nesse contexto, falar em condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Ocorre que, com a devida *venia*, tal entendimento não tem mais sentido nos dias atuais, seja em razão do declínio do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho, como anteriormente analisamos, seja em virtude do princípio da restituição integral do crédito trabalhista, seja em decorrência do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal — STF e Superior Tribunal de Justiça — STJ do caráter alimentar da verba honorária, já que é mediante o recebimento dos honorários advocatícios que os advogados mantêm o seu sustento, pessoal e profissionalmente.

No tocante ao princípio da restituição integral do crédito trabalhista, parte-se da premissa de que quando o empregado ajuíza uma ação pleiteando verbas geralmente devidas durante o contrato de trabalho, presume-se injusto que ele além de não ter recebido o que lhe era de direito no momento oportuno, ainda tenha que destinar parte dos seus créditos para custear o pagamento dos honorários advocatícios, mesmo quando vencedor da demanda, havendo, portanto, duplo prejuízo à parte obreira.

Dessa feita, os valores pagos pelo vencedor da demanda, a título de honorários advocatícios para remunerar seu próprio advogado, configura prejuízo plenamente passível de indenização pela parte vencida, com fulcro no art. 404, *caput*, do Código Civil — CC, de aplicação subsidiária ao Direito do Trabalho, por expressa autorização do art. 8º, parágrafo único, da CLT.

Outrossim, com a informatização do processo judicial trabalhista proporcionada pela implementação do PJe-JT, inevitável não questionarmos o cabimento dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, principalmente em razão das exigências elencadas na Resolução n. 136/14, do CSJT.

Conforme a referida resolução, para ter acesso ao processo eletrônico é necessária a aquisição de certificado digital, padrão ICP-Brasil, tipo A-3 ou A-4, emitido pela Autoridade

Certificadora credenciada (art. 7º), a obtenção de *software* e *hardware* adequados à operacionalização do sistema, bem como computador com acesso à internet e com programas compatíveis com leitor óptico e navegador da *web* atualizado, já que, nos termos do art. 7º, I, “constitui responsabilidade do usuário o acesso ao seu provedor da internet e a configuração do computador utilizado nas transmissões eletrônicas”.

Assim, surge a seguinte indagação: será que é justo impor ao advogado trabalhista que se adapte às irreversíveis transformações tecnológicas, altamente onerosas, adquirindo certificado digital (já que este é de uso obrigatório), investindo em equipamentos modernos compatíveis com os programas necessários para o acesso ao PJe-JT, e continuar sem ter direito aos honorários advocatícios sucumbenciais? Não seria um contrassenso da Justiça do Trabalho exigir a qualificação do advogado trabalhista e ao mesmo tempo não lhe garantir os respectivos honorários?

Ao que me parece, com o devido respeito aos entendimentos em contrário, é necessária uma mudança sistemática na legislação trabalhista a fim de que esta acompanhe os avanços proporcionados pela automação do Judiciário, diante dos novos paradigmas levantados pela implementação do PJe-JT, bem como por todo o processo de modernização pelo qual o Processo do Trabalho vem passando nos últimos anos.

Nesse sentido, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei da Câmara — PLC n. 33, apresentado em 29 de maio de 2013, dispondo sobre a imprescindibilidade da presença do advogado nas ações trabalhistas e prescreve critérios para a fixação de honorários advocatícios e periciais na Justiça do Trabalho, com o fim de alterar o art. 791, da CLT⁽⁵⁾.

(5) Explicação da Ementa: altera a Consolidação das Leis do Trabalho — CLT. Estabelece que é imprescindível a presença de advogado nas ações trabalhistas. Dispõe que a sentença condenará o vencido, inclusive quando vencida a Fazenda Pública, ao pagamento de honorários

Ademais, tal entendimento já vem sendo defendido nos tribunais trabalhistas, a exemplo do disposto no Processo n. 0010014-27.2013.5.05.0033, do Tribunal Regional do Trabalho — TRT da 5ª Região, em que o juiz Murilo Carvalho Sampaio Oliveira, quando substituiu o titular da 33ª Vara do Trabalho de Salvador, deferiu, nos moldes do art. 20, do Código de Processo Civil — CPC, honorários advocatícios em 20% do valor da condenação, acolhendo entendimento diferente do comum quanto à atuação dos advogados no PJe-JT. Segundo o magistrado:

Nada mais justo que o advogado receba os consectários honorários pela regra de sucumbência. Aliás, nada mais equitativo que o advogado trabalhista, tão igual em sua atuação aos demais advogados de outras especialidades, receba, por isonomia e igualdade, o tratamento jurídico que lhe é conferido em outros ramos do Judiciário.

No contexto da discussão do cabimento dos honorários advocatícios, em sua decisão, o magistrado citou três peculiaridades que tornam o advogado essencial e indispensável nas ações movidas pelo processo eletrônico, vejamos:

- a) A chave de acesso aos autos eletrônicos é a certificação digital, e o cidadão comum não está obrigado a possuí-la. Dependerá, então, de um advogado para apresentar petições ou documentos no processo eletrônico;
- b) Embora o cidadão tenha os meios de exercer o *jus postulandi*, na prática, o novo sistema envolve profundas alterações no modo de atuar judicialmente. Além da clara dificuldade técnico-jurídica para o leigo, há dificuldades de natureza informática;

de sucumbência aos advogados, fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. Veda a condenação recíproca e proporcional da sucumbência. Define que a parte que declarar não possuir condições de demandar sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família não sofrerá condenação em honorários advocatícios, desde que tenha sido deferida a justiça gratuita e nas ações em que for deferida justiça gratuita à parte, os honorários advocatícios, pagos pelo vencido, reverterão ao profissional patrocinador da causa.

c) Na ação eletrônica, compete ao autor, além da confecção da petição inicial e juntada de documentos, o lançamento de diversas informações sobre o processo, tais como a natureza dos pedidos formulados, a existência de segredo de justiça, o pleito de pedido liminar, entre outros, em suma, tramitações processuais que eram de atribuição dos servidores da Justiça.

Nesse diapasão, o serviço desenvolvido pelo advogado trabalhista é tão complexo e exige a mesma dedicação e qualificação em relação ao desempenhado pelos advogados nas demais áreas jurídicas. Logo, o não deferimento de honorários sucumbenciais na esfera laboral implica flagrante violação ao princípio da isonomia, agredindo, por conseguinte, o valor social do trabalho do advogado, consubstanciado no art. 1º, IV, da Constituição Federal — CF.

Portanto, por todos os argumentos alhures debatidos e nos termos do art. 133 da CF que considera o advogado indispensável à administração da Justiça, podemos concluir pela iminente necessidade de revisão jurisprudencial (Súmulas ns. 219 e 329⁽⁶⁾) do TST e Orientação Jurisprudencial — OJ n. 305⁽⁷⁾ da SDI-I, TST) e legislativa sobre a matéria, de modo a adequá-la à realidade atual, com o fito de, finalmente, reconhecer o cabimento dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho.

4. Considerações finais

Diante do exposto, verifica-se que a implementação do PJe-JT além de todos os benefícios já defendidos, suscitou também alguns problemas que se encontravam esquecidos ou momentaneamente “adormecidos” no cenário jurídico trabalhista, mas que fatalmente clamam por solução.

(6) Súmula 329, TST – Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula n. 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

(7) OJ n. 305, SDI-I, TST 2 – Na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato.

É preciso repensar o instituto do *jus postulandi* e o cabimento dos honorários advocatícios, para que acompanhem as mudanças tecnológicas surgidas com a automação processual e, assim, a Justiça do Trabalho continue viabilizando o acesso à justiça, a celeridade processual e a simplicidade dos atos processuais, pois de nada adiantará informatizar a Justiça e não garantir aos jurisdicionados o pleno acesso à prestação jurisdicional justa, célere e eficaz.

5. Referências bibliográficas

BRASIL. Vade Mecum Saraiva. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. PJe-JT. Apresentação. Disponível em: <<http://www.csjt.jus.br/apresentacao>> Acesso em: 5 maio 2014.

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. PJe-JT. Legislação. Disponível em: <<http://www.csjt.jus.br/pje-jt/legislacao>> Acesso em: 5 maio 2014.

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Resolução n. 136/CSJT, de 25 de abril de 2014. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, DF, n. 1.462, 29 abr. 2014. Caderno Judiciário do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, p. 4-14. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/39001>> Acesso em: 8 maio 2014.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara 33/2013*. Dispõe sobre a imprescindibilidade da presença de advogado nas ações trabalhistas e prescreve critérios para fixação de honorários advocatícios e periciais na Justiça do Trabalho, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=112973> Acesso em: 8 maio 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Juiz defere honorários advocatícios sucumbenciais no PJe. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=noticiaSelecionada&id_noticia=30542> Acesso em: 8 maio 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Comissão do Senado aprova projeto que exige presença de advogado na JT. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/5836751> Acesso em: 8 maio 2014.

BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Processo eletrônico apresentado pela JT na Rio + 20 economizará mais de cinco mil toneladas de papel. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/processo-eletronico-apresentado-pela-jt-na-rio-20-economizara-mais-de-cinco-mil-toneladas-de-papel?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.gov.br%2Fweb%2Fguest%2Fnoticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_89Dk%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D2> Acesso em: 5 maio 2014.

COSTA, Armando Casimiro; MARTINS, Melchíades Rodrigues; CLARO, Sonia Regina da S. *CLT-LTr*. 42 ed. São Paulo: LTr, 2014.

SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique. *Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST comentadas e organizadas por assunto*. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique; Ferreira Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho. *Súmulas dos Tribunais Superiores organizadas por assunto*: STF, STJ e TST. Salvador: Jus Podivm, 2013.

O trabalho reduzido à condição análoga à de escravo no setor da indústria têxtil e da construção civil: um desafio para o Direito do Trabalho na atualidade

Anderson Luiz Barbosa^(*), Fabiano Carvalho^(**) e Victor Hugo de Almeida^(***)

Resumo:

- Os setores da construção civil e da indústria têxtil, sobretudo no Estado de São Paulo, têm registrado elevados índices de autuação por empregarem trabalhadores sujeitos a condições análogas à escravidão, vítimas do tráfico de pessoas. São trabalhadores trazidos por aliciadores — também conhecidos como “gatos” — de outros estados da Federação e até mesmo de outros países da América Latina, sob falsas promessas de salário, moradia, alimentação e de melhores condições de vida e de trabalho. Este estudo tem por objetivo examinar o trabalho reduzido à condição análoga à de escravo no setor da construção civil e da indústria têxtil, bem como analisar quais medidas têm sido tomadas pelo Poder Público. Para tanto, utilizou-se o método de caso, além da técnica de pesquisa bibliográfica em materiais publicados. Observou-se que a precária condição de fiscalização pelos órgãos competentes, o descumprimento da legislação trabalhista, a falta de punição severa para os infratores e a falta de vontade política na elaboração/aprovação de normas protetivas são os maiores entraves no Brasil para eliminar todas as formas de trabalho forçado, um dos sustentáculos do trabalho decente aos olhos da Organização Internacional do Trabalho.

Palavras-chave:

- Redução à condição análoga à escravidão — Precarização — Direito do Trabalho — Direitos fundamentais.

(*) Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Moura Lacerda.

(**) Advogado e Professor de Direito do Trabalho no Centro Universitário Moura Lacerda. Especialista em Direitos Difusos e Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

(***) Professor de Direito do Trabalho no Curso de Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, *Campus* de Franca (SP). Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco (USP). Membro Pesquisador do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior, Seção Brasileira da *Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Breve abordagem histórica do trabalho escravo no Brasil
- ▶ 3. A precarização do trabalho na atualidade
 - ▶ 3.1. A escravidão contemporânea
 - ▶ 3.2. Condições análogas à de escravo no trabalho na indústria têxtil
 - ▶ 3.3. Condições análogas à de escravo no trabalho na construção civil
- ▶ 4. Redução à condição análoga à de escravo *versus* a fundamentalidade do direito ao trabalho e ao meio ambiente do trabalho equilibrado
- ▶ 5. O Projeto de Emenda Constitucional
- ▶ 6. Medidas governamentais para a erradicação do trabalho em condições análogas à de escravidão no Brasil
 - ▶ 6.1. A “lista suja” do Ministério do Trabalho e Emprego
- ▶ 7. Considerações finais
- ▶ 8. Referências bibliográficas

1. Introdução

O trabalho reduzido à condição análoga à de escravo tem sido um dos assuntos do universo laboral mais discutidos recentemente nos veículos de comunicação, tornando-se um grande desafio para o Direito do Trabalho na atualidade. Utilizando-se dessa forma ilícita de trabalho e explorando trabalhadores aliciados e iludidos com falsas promessas de ingresso e prosperidade na carreira profissional, grandes empresas faturam milhões de reais ao ano em detrimento da dignidade dos trabalhadores submetidos a condições de trabalho degradantes, avessas à dignidade da pessoa humana, agasalhada pelo art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, à legislação penal e às Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

A maioria desses trabalhadores não consegue pagar seus débitos contraídos com seus empregadores, fato conhecido como servidão por dívida, submetendo-se, por isso, a condições degradantes caracterizadas pelo trabalho forçado, jornadas excessivas, supressão salarial e pela precária condição de higiene e segurança do meio ambiente do trabalho.

Nos últimos anos, dois setores têm se destacado na exploração de mão de obra em condições análogas à de escravo: a construção civil e a indústria têxtil. Por isso, em razão do alto número de casos recentemente divulgados, o presente artigo se aterá a apenas esses dois segmentos econômicos, tendo por objetivo examinar o trabalho reduzido à condição análoga à de escravo nesses setores, bem como analisar quais medidas têm sido tomadas pelo Poder Público.

O método de abordagem utilizado foi o método de caso, oportuno quando se procura analisar um determinado fenômeno em uma situação particular, permitindo apontar problemas potenciais ou efetivos⁽¹⁾, além da técnica de pesquisa bibliográfica em materiais já publicados, como doutrinas, legislação, jurisprudência e reportagens veiculadas em revistas/jornais/sites.

2. Breve abordagem histórica do trabalho escravo no Brasil

Segundo a OIT, “toda a forma de trabalho escravo é trabalho degradante, mas o recíproco

(1) FONSECA, Maria Hemília. *Curso de metodologia na elaboração de trabalhos acadêmicos*. Rio de Janeiro: Editora Ciência Moderna, 2009.

nem sempre é verdadeiro”, pois é a liberdade que diferencia um conceito do outro, ou seja, o trabalho escravo pressupõe a apreensão de documentos, a presença de guardas armados e de “gatos” e/ou a restrição da liberdade por dívidas ilegalmente impostas ou pelas características geográficas do local⁽²⁾.

Embora haja diferença entre trabalho escravo e trabalho reduzido à condição análoga à de escravo, não são raras as confusões, porque, conquanto tenha sido o trabalho escravo formalmente abolido em 13 de maio de 1888, portanto, ilegal, permaneceram as situações semelhantes àquela forma de trabalho quanto à supressão da dignidade do trabalhador e ao cerceamento da sua liberdade.

Para Sergio Pinto Martins, na primeira forma de trabalho, a escravidão, o escravo nada mais era do que um objeto de troca; era considerado “coisa” e não possuía direitos, inclusive relacionados ao trabalho. Era obrigado a trabalhar diariamente, cumprindo jornadas de trabalho excessivas, sem o correspondente pagamento, vez que toda riqueza gerada em decorrência do trabalho escravo pertencia aos senhores feudais da época⁽³⁾.

De acordo com Douglas Cole Libby e Eduardo França Paiva, no Brasil, a escravidão ocorreu desde o início do século XVI, com a colonização portuguesa, até o final do século XIX, com a exploração de mão de obra de índios e negros trazidos do continente africano pelos portugueses em suas embarcações. Sendo o destino preferido para o comércio de escravos, o Brasil impulsionou o tráfico negreiro, sobretudo na produção de açúcar, artesanatos, fumo e cereais⁽⁴⁾.

Considerados objetos, os escravos se ativavam como carregadores, pescadores, estivadores, barqueiros, vendedores, artesãos e músicos, podendo ser alienados, alugados, penhorados, leiloados ou trocados por diversas mercadorias como armas e utensílios domésticos produzidos na Europa, panos de algodão oriundos da Índia e até aguardente e rolos de fumo de origem brasileira. Mais tarde, o trabalho escravo foi utilizado para a extração de minérios, como ouro e diamante⁽⁵⁾.

Ainda no século XVI, as primeiras atividades escravas no território brasileiro, mais precisamente no território paulista, foram motivadas pelas grandes organizações de caçadas aos povos nativos que habitavam a área, capturados e comercializados como escravos para o trabalho produção de alimentos. A maioria dos escravos era homens, os quais possuíam maior valor de mercado em relação às mulheres, principalmente em razão da força física⁽⁶⁾.

Segundo Douglas Cole Libby e Eduardo França Paiva, “ao longo de todo o período do tráfico negreiro, para cada dois homens adultos traficados uma mulher também era escravizada”. Os mesmos autores apontam que durante aquele período cerca de 12 milhões de escravos negros foram trazidos para as Américas; desse total, 38%, ou seja, cerca de 4,5 milhões de escravos foram trazidos para o Brasil⁽⁷⁾.

Submetidos a jornadas excessivas e a um rigoroso sistema de disciplina imposta pelos senhores feudais, sofriam castigos físicos e torturas. De acordo com a literatura, “Os castigos eram aplicados diante de todos os outros escravos para servir de exemplo aos que pretendiam desobedecer às ordens de seus proprietários”, mediante o uso de instrumentos de tortura, além de mutilações físicas e agressões psicológicas⁽⁸⁾.

(2) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Projeto de combate ao trabalho escravo no Brasil*. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/brasil/projetos/documento.php> Acesso em: 4 mar. 2014.

(3) MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 4.

(4) LIBBY, Douglas Cole; PAIVA, Eduardo França. *Escravidão no Brasil Relações Sociais, Acordos e Conflitos*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2011.

(5) *Idem*.

(6) *Idem*.

(7) *Ibidem*, p. 20.

(8) *Ibidem*, p. 45.

Em decorrência da expansão da agricultura e das lavouras de café no Brasil, aumentou o número de escravos vindos da África, sendo que, após a independência do país, foi proibida a prática do tráfico de escravos para o território brasileiro, extinto definitivamente no ano de 1850. Com a proibição do tráfico de pessoas no âmbito internacional, o tráfico persistiu internamente mediante preços bem acima do comum, tendo como motivo a escassez de escravos no mercado escravagista⁽⁹⁾.

No Brasil, por volta do século XIX, muitos eram contrários à continuidade da escravidão no país. O movimento abolicionista existente na época ganhou força após o fim da Guerra do Paraguai, com a criação da Lei do Ventre Livre, que concedia a liberdade aos filhos dos escravos, e da Lei do Sexagenário, que libertava todos os escravos que tinham mais de 65 anos de idade. No período da Guerra do Paraguai, vários escravos ou cativos lutaram pelo exército brasileiro e foram alforriados pelo esforço e garra demonstrados durante o período do combate.

Em 1886, o governo brasileiro extinguiu o castigo por açoitamento e, em 13 de maio de 1888, a Princesa Isabel assinou a Lei Áurea, decretando o fim da escravidão no Brasil.

Para Amauri Mascaro Nascimento, naquele período “predominou a escravidão, que fez do trabalhador simplesmente uma coisa, sem possibilidade sequer de se equiparar a sujeito de direito. O escravo não tinha, pela sua condição, direitos trabalhistas”. Acrescenta o jurista inexistir na sociedade pré-industrial um sistema de normas jurídicas de direito do trabalho⁽¹⁰⁾.

A Constituição de 1934 foi a primeira a mencionar direitos trabalhistas, seguida da Constituição de 1937, que garantiu a liberdade sindical, a isonomia salarial, o salário mínimo, a jornada de oito horas de trabalho, a proteção ao trabalho das mulheres e dos

menores, o repouso semanal e as férias anuais remunerados⁽¹¹⁾. A Constituição de 1946 acolheu princípios liberais na ordem política e a Constituição de 1967 introduziu o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, criada por lei ordinária em 1966⁽¹²⁾.

A partir de 1988, com vigência da atual Constituição Federal, os direitos trabalhistas no Brasil alçaram novos rumos e aos trabalhadores foram conferidos diversos direitos antes não reconhecidos. Previu-se um amplo rol de direitos relacionados ao trabalho, prescritos nos arts. 7º a 11, elevando o direito ao trabalho ao patamar de direito fundamental.

Todavia, apenas isso não foi suficiente para garantir melhores perspectivas de vida e de trabalho a muitos trabalhadores, em razão da inventividade de tantos empregadores que, estimulados pela sanha capitalista, passaram a buscar novas formas de exploração injusta da força de trabalho, em detrimento da dignidade daqueles submetidos a condições análogas à de escravidão.

3. A precarização do trabalho na atualidade

Já dizia Bobbio, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto de *justificá-los*, mas de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. Eis o desafio da atualidade.

É certo que efetivação do direito fundamental ao trabalho requer a observância das condições mínimas laborais, respeitadas, evidentemente, as garantias previstas no art. 5º, incisos III e XLVII, alínea c, da Constituição Federal de 1988. Todavia, o Brasil ainda encontra dificuldades para efetivar os direitos mínimos trabalhistas, quanto mais a fundamentalidade do direito ao trabalho.

O trabalho escravo dos velhos tempos, em que senhores de engenho e capitães do

(9) *Ibidem*.

(10) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 32. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 45.

(11) MARTINS, Sergio Pinto, *op. cit.*, p. 9.

(12) *Idem*.

mato protagonizavam o perverso contexto da escravidão, cedeu espaço para um trabalho prestado no limite da sobrevivência humana, sem qualquer dignidade, deveras distante da garantia das necessidades básicas e do desenvolvimento pessoal e profissional por meio do trabalho; cedeu espaço para um trabalho sujeito a extensas jornadas, ritmo de trabalho elevado, precárias condições de saúde e de higiene, tanto do ambiente de trabalho como da moradia fornecida pelo empregador.

Tanto se fala em precarização das condições de trabalho, contudo, pouco se explica o que é “precarizar”. Sem a pretensão de conceituar o termo, entendemos por precarização das condições de trabalho o desmonte dos direitos trabalhistas, em detrimento da percepção de salários dignos, jornadas de trabalho limitadas pela legislação, descansos suficientes, geração de empregos decentes, condições adequadas de saúde e segurança no trabalho, entre outros aspectos relacionados aos direitos mínimos conquistados ao longo do último século.

O atual aquecimento do mercado imobiliário tem favorecido a exploração perversa da mão de obra de pessoas aliciadas nas regiões Norte e Nordeste do país. Em Ribeirão Preto, interior do Estado de São Paulo, trabalhadores da Bahia foram recrutados para trabalhar em uma obra de impermeabilização de uma garagem em um conjunto residencial e não tiveram seus direitos trabalhistas respeitados. De acordo com o sindicato, foram contratados trinta homens para trabalhar em Ribeirão Preto, São Carlos, Campinas, Jaguariúna e São Paulo, que estão vivendo da solidariedade de pessoas em razão do inadimplemento dos salários e das verbas trabalhistas, conforme relatou um dos trabalhadores: “Estamos dependendo do favor das pessoas.”⁽¹³⁾

(13) EP NOTÍCIAS. Sem salários, trabalhadores da construção civil vivem de favores. Operários contam com ajuda da dona da pensão onde estão hospedados. *EP Notícias*, Ribeirão Preto, 5 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.viaepv.com/epnoticia/noticias/NOT,2,2,599380,Sem+salarios+trabalhadores+da+construcao>

A situação se repete na indústria têxtil, aonde trabalhadores vindos de outros Estados e países — como a Bolívia — geralmente se ativam em oficinas de costuras precárias, tendo seu passaporte apreendido e, conseqüentemente, a liberdade cassada. Muitas vezes, são trabalhadores que se ativam em condições degradantes para grifes de alto padrão, conforme relata Cláudia Rolli, ao se referir a uma fiscalização realizada em São Paulo que encontrou 28 bolivianos em condições de trabalho análogas à escravidão em três oficinas que confeccionavam roupas para grifes de alto padrão⁽¹⁴⁾.

Consoante aos dados apurados pelo Ministério do Trabalho e Emprego em conjunto com o Ministério Público do Trabalho e com os governos Federal, Estaduais e Municipais, há atualmente mais de 500 empregadores incluídos na lista suja do trabalho escravo⁽¹⁵⁾. São empregadores que atraem milhares de pessoas de outras regiões e até mesmo de outros países em busca de melhores condições de vida, moradia e alimentação, que acabam tendo seus documentos pessoais retidos e passam a viver uma verdadeira servidão por dívida. Trata-se, portanto, da reinvenção da escravidão dos velhos tempos, agora, sob nova roupagem, referenciada como “escravidão contemporânea”.

3.1. A escravidão contemporânea

A escravidão contemporânea pode ocorrer de diversas maneiras, como: servidão por dívidas, jornadas exaustivas de trabalho, privação

+civil+vivem+de+favores.aspx> Acesso em: 4 mar. 2014.

(14) ROLLI, Cláudia. Marca de luxo é ligada a trabalho degradante. *Folha de S. Paulo*, 27 jul. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/07/1317521-marca-de-luxo-e-ligada-a-trabalho-degradante.shtml>> Acesso em: 6 mar. 2014.

(15) MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Portaria do MTE cria cadastro de empresas e pessoas autuadas por exploração do trabalho escravo. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/trab_escravo/portaria-do-mte-cria-cadastro-de-empresas-e-pessoas-autuadas-por-exploracao-do-trabalho-escravo.htm> Acesso em: 4 mar. 2014.

da liberdade do trabalhador, retenção de documentos, locais de trabalho em condições degradantes, falta de higiene, água potável, entre outros fatores.

Na maioria dos casos, os trabalhadores são aliciados por pessoas conhecidas como “gatos”, que os seduzem com a oferta de condições dignas de trabalho, incluindo salário, alojamento, alimentação e a possibilidade de melhoria de vida.

De acordo o Ministério do Trabalho e Emprego, entre os anos de 1995 a 2010, foram resgatados no Brasil cerca de 39 mil trabalhadores em situação de trabalho análogo à de escravo⁽¹⁶⁾, cuja prática considera-se crime contra a organização do trabalho, conforme dispõe o art. 207 do Código Penal, sendo também repudiada pelas Convenções ns. 29 e 105 da Organização Internacional do Trabalho toda forma de trabalho forçado ou obrigatório:

Convenção n. 29 – Trabalho forçado (1930): dispõe sobre a eliminação do trabalho forçado ou obrigatório em todas as suas formas. Admitem-se algumas exceções, tais como o serviço militar, o trabalho penitenciário adequadamente supervisionado e o trabalho obrigatório em situações de emergência, como guerras, incêndios, terremotos, etc.⁽¹⁷⁾

Convenção n. 105 – Abolição do trabalho forçado (1957): proíbe o uso de toda forma de trabalho forçado ou obrigatório como meio de coerção ou de educação política; como castigo por expressão de opiniões políticas ou ideológicas; a mobilização de mão de obra; como medida disciplinar no trabalho, punição por participação em greves, ou como medida de discriminação.⁽¹⁸⁾

(16) SENADO FEDERAL. Revista em discussão. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/jornal/revista-em-discussao>> Acesso em: 4 mar. 2013, p. 14.

(17) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Combate ao trabalho escravo. Brasília, 7 out. 2010. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/convencoes.php> Acesso em: 5 mar. 2014.

(18) *Idem*.

Além disso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁽¹⁹⁾, adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 e considerada um divisor de águas da consagração dos direitos humanos mínimos, prevê em seu art. 4º a proibição da escravidão ou servidão e do tráfico de escravos; e o art. 5º proíbe a tortura e o castigo. Esse regramento de natureza humanista institui a prevalência da dignidade humana a qualquer outro interesse e, na seara juslaboral, consagra a toda pessoa o direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

A despeito das inúmeras conquistas dos trabalhadores registradas nos últimos séculos, condições de trabalho análogas à de escravidão ainda se apresentam no universo laboral contemporâneo. Algumas empresas, buscando a diminuição dos custos dos produtos para atingir outras fatias do mercado de consumo, terceirizaram sua produção a outras empresas que submetem seus empregados a condições degradantes de trabalho. Outras se utilizam da mesma manobra, visando à redução dos custos da produção apenas para aumentar seus lucros. Sabe-se lá qual dessas intenções é a mais perversa.

3.2. Condições análogas à de escravo no trabalho na indústria têxtil

A indústria têxtil tem se destacado como um dos setores econômicos que utilizam mão de obra escrava de imigrantes de países vizinhos da América Latina, como a Bolívia. Trata-se de um dos segmentos que mais crescem no Brasil após a liberação econômica da década de 1980, embora ainda enfrente a competitividade internacional em razão da produção chinesa.

(19) MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Brasília, 10 dez. 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 4 mar. 2014.

Em um dos casos, o Ministério do Trabalho e Emprego encontrou trabalhadores estrangeiros, sendo 31 bolivianos e um peruano, em condições de escravidão em duas oficinas de costura em São Paulo, submetidos à jornada de trabalho de até 13 horas diárias, cujas despesas com alimentação, habitação e com a viagem para o Brasil eram descontadas dos salários. Esses trabalhadores costuravam para famosas marcas de roupas de alto padrão⁽²⁰⁾.

Autuado pelo Ministério do Trabalho e Emprego em 1,1 milhão de reais, a empresa assinou Termo de Ajustamento de Conduta, comprometendo-se com o pagamento dos salários, das verbas trabalhistas, da indenização pelas condições de trabalho, além do registro nos termos da legislação.

Por três vezes, o Ministério do Trabalho e Emprego flagrou em São Paulo trabalhadores bolivianos submetidos a condições análogas à escravidão, ativando-se na produção de peças de roupas de uma marca internacional de um do grupo espanhol⁽²¹⁾. Escravizados, esses trabalhadores laboravam diariamente, das 7h00 às 21h00, sem descanso semanal, em oficinas que pareciam residências, com poucas janelas (sempre fechadas) acortinadas com tecidos escuros para impedir a visão de fora para dentro.

Para Leonardo Sakamoto, essas marcas auferem lucro exorbitante com a venda de seus produtos, porém, seus consumidores não têm ciência do tipo de mão de obra utilizada e de que forma o trabalho é prestado. Segundo o autor:

Quem vê as blusas de tecidos finos e as calças da estação nas vitrinas das lojas [...] não

imagina que, algumas delas, foram feitas em ambientes apertados, sem ventilação, sujos, com crianças circulando entre as máquinas de costura e a fiação elétrica toda exposta. Principalmente porque as peças custam caro.⁽²²⁾

Em outro flagrante de exploração da mão de obra escrava no Estado de São Paulo, fiscais do Trabalho resgataram mais 28 trabalhadores bolivianos (18 homens e 10 mulheres) em condições de trabalho precárias e, mais uma vez, grandes marcas de roupas estavam envolvidas nessa atividade ilegal, terceirizando trabalhos para oficinas clandestinas. De acordo com Cláudia Rolli, as marcas pertencem a um grupo com 212 lojas no Brasil e que, no primeiro trimestre daquele ano, registrou receita líquida de R\$ 195 milhões⁽²³⁾.

Contudo, essa forma de exploração humana não apenas se encontra vinculada à produção de grandes grifes voltadas para um público economicamente mais favorecido. No final do ano de 2013, duas marcas consolidadas no comércio de roupas a preços acessíveis também foram flagradas como beneficiárias da produção em condições análogas à de escravidão.

Quanto às condições de trabalho, muitos trabalhadores têm seus documentos retidos e são ameaçados pelos donos das confecções, o que dificulta sua saída (ou fuga) desses locais degradantes de trabalho, sem qualquer condição de higiene e limpeza.

Nesses casos, pouco importa se a empresa está diretamente ligada à exploração, haja vista se tratar de responsabilidade civil na modalidade objetiva, conforme determina o art. 1.016 do Código Civil, cuja solidariedade se extrai dos arts. 932, inciso III, e 933 do Código Civil.

Todavia, mesmo diante da flagrante violação da dignidade desses trabalhadores, nota-se a falta aplicação de penas previstas no Código Penal, conforme preveem os arts. 149, 203 e

(20) G1 SÃO PAULO. Operários estrangeiros em SP são resgatados de trabalho escravo. São Paulo, 22 mar. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/03/operarios-estrangeiros-sao-resgatados-de-trabalho-escravo-em-sp.html>> Acesso em: 4 mar. 2014.

(21) SAKAMOTO, Leonardo. Flagrantes mostram roupas da Zara sendo fabricadas por escravos. *UOL Notícias*, São Paulo, 17 ago. 2011. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/08/17/flagrantes-mostram-roupas-da-zara-sendo-fabricadas-por-escravos.htm>> Acesso em: 4 mar. 2014.

(22) *Idem*.

(23) SAKAMOTO, Leonardo, *op. cit.*

207. As sanções se limitam tão somente à lavratura de Termo de Ajustamento de Conduta, à aplicação de multas a título de indenização por dano moral coletivo e à obrigatoriedade do pagamento das verbas trabalhistas aos trabalhadores resgatados.

Não se discute, porém, o direito dos trabalhadores resgatados a todas as verbas trabalhistas, pois, embora o art. 359 da Consolidação das Leis do Trabalho vede a contratação de estrangeiro sem documentos pessoais, trata-se de um trabalho proibido e não de um trabalho ilícito. Em outras palavras, conquanto o trabalho desses estrangeiros nas indústrias têxteis brasileiras seja considerado proibido, já que muitas vezes a própria permanência deles em território nacional já é irregular, o labor prestado não é ilícito, eis que não contrário à lei, fazendo jus ao recebimento de todas as verbas da legislação trabalhista vigente no Brasil.

De fato, o que merece reflexão não é o que se tem feito por esses trabalhadores, vez que, ao que parece, a exímia atuação dos poucos fiscais existentes tem restabelecido a dignidade dessas pessoas. O que de fato merece reflexão é o que se tem feito para desestimular essa perversa forma de exploração da força de trabalho, que tem como vítimas pessoas desacreditadas que habitam regiões brasileiras ou até mesmo outros países da América Latina marcados pela injusta concentração de riquezas.

3.3. Condições análogas à de escravo no trabalho na construção civil

O setor da construção civil é também considerado porta de entrada do trabalho reduzido à condição análoga à de escravo, aliciando, muitas vezes, trabalhadores jovens, analfabetos, imigrantes das regiões Norte e Nordeste do Brasil para o Estado de São Paulo, com falsas promessas de emprego, moradia, salário e alimentação.

Segundo Maria Fernanda Ribeiro, em quarenta e oito horas foram resgatados 41 trabalhadores vivendo em condições análogas à de

escravidão em Campinas, interior do Estado de São Paulo, em uma ação conjunta do Ministério Público do Trabalho e do Ministério do Trabalho e Emprego. No primeiro caso, foram encontrados em um galpão, em condições precárias, 27 trabalhadores trazidos do Maranhão, cujo local possuía apenas um banheiro, com poucos colchões espalhados pelo chão. Na mesma operação, foram encontrados 14 trabalhadores em obra de moradias populares, sem alimentação, em local sem cama, colchões e bebedouros⁽²⁴⁾.

Além da exploração e do desrespeito às condições mínimas de dignidade, esses trabalhadores jamais tiveram respeitados qualquer direito trabalhista.

Relata Guilherme Balza outro caso em Bauru, interior do Estado de São Paulo, em que uma construtora mantinha 50 trabalhadores provenientes do Maranhão, Piauí e Ceará, em condições análogas às de escravidão na obra de um conjunto habitacional da Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano, há dois meses sem receber salário, trabalhando de domingo a domingo sem direito a descanso semanal e a intervalos para refeição e descanso.

A fiscalização apurou o cumprimento pelos trabalhadores de jornadas exaustivas, sem uso dos equipamentos de proteção individual (EPI's) listado na Norma Regulamentadora n. 6 do Ministério do Trabalho e Emprego, cujo regramento técnico dispõe o uso de EPI na construção civil. Segundo relato da Procuradoria do Trabalho, esses trabalhadores habitavam casebres superlotados na periferia, em condições precárias de higiene, e dormiam em colchões espalhados pela cozinha, pelo chão dos dormitórios e pela varanda; inexistindo

(24) RIBEIRO, Maria Fernanda. 41 trabalhadores são resgatados de "quase escravidão" no interior de SP. *UOL Notícias*, São Paulo, 24 fev. 2011. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/02/24/41-trabalhadores-sao-resgatados-de-quase-escravidao-no-interior-de-sp.htm>> Acesso em: 4 mar. 2014.

mesas, cadeiras ou sofás, as refeições eram feitas no chão⁽²⁵⁾.

Na cidade de Valinhos, também no interior do Estado de São Paulo, o Ministério do Trabalho e Emprego e o Ministério Público do Trabalho flagraram, em ação conjunta, 60 trabalhadores em situação análoga à de escravo, trazidos do interior da Bahia em um ônibus clandestino, sob falsa promessa de salários entre mil e mil e quinhentos reais por mês. Esses trabalhadores moravam em um alojamento improvisado feito de tapumes, sem janelas, em péssimas condições de higiene; sem qualquer dignidade, dormiam em camas improvisadas com tábuas de madeira e entre seis a oito pessoas dividiam um mesmo quarto, alguns deles com vazamento de água vinda dos sanitários, que deixava o local úmido e com odor ruim⁽²⁶⁾.

Por fim, o Ministério do Trabalho e Emprego autuou as empresas e lavrou Termo de Ajustamento de Conduta, porém, como já ocorreu em outras situações, não criminalizou a conduta.

Ainda no interior do Estado de São Paulo, outro caso ocorreu na cidade de Ribeirão Preto em que, após denúncia do Sindicato dos Trabalhadores da Construção Civil daquela base territorial, o Ministério do Trabalho e Emprego encontrou trabalhadores trazidos do Nordeste, alojados em uma chácara, onde dormiam em colchões furados e se alimentavam apenas de arroz cozido. Embora quisessem regressar para suas terras natais, esses trabalhadores não

tinham recursos para custear a viagem em razão dos salários atrasados⁽²⁷⁾.

No Brasil, essa modalidade de exploração decorre de um fator preocupante que cresce a cada dia, conforme relata o Conselho Nacional de Justiça:

Além do tráfico interno de trabalhadores, o Brasil também é 'importador' nessa modalidade de tráfico de pessoas. Os aliciados, em sua maioria, são vizinhos sul-americanos (vindos principalmente da Bolívia, do Peru, do Paraguai e da Colômbia), e as atividades para as quais essas pessoas mais frequentemente são traficadas são a confecção de vestuário e a construção civil.⁽²⁸⁾

Para o Conselho Nacional de Justiça, nem todas as vítimas de trabalho forçado são traficadas. Por isso, caracteriza-se o tráfico pela retirada do trabalhador de seu local de origem e inserção em um local sem liberdade ou mobilidade, seja pela retirada dos documentos pessoais ou pela supressão de recursos financeiros ou atribuição de altas dívidas impossíveis de serem quitadas com o trabalho prestado⁽²⁹⁾.

4. Redução à condição análoga à de escravo versus a fundamentalidade do direito ao trabalho e ao meio ambiente do trabalho equilibrado

Indispensáveis à condição humana, os direitos fundamentais são necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual, não bastando ao Estado reconhecê-los, devendo, porém, buscar concretizá-los, incorporá-los

(25) BALZA, Guilherme. Procuradoria flagra trabalho escravo em obras da CDHU no interior de São Paulo. *UOL Notícias*, São Paulo, 20 abr. 2012. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/04/20/procuradoria-flagra-trabalho-escravo-em-obras-da-cdhu-no-interior-de-sp.htm>> Acesso em: 4 mar. 2014.

(26) ZOCCHIO, Guilherme. Obra da prefeitura de Valinhos empregava trabalho escravo. *Repórter Brasil*, 28 fev. 2013. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2013/02/obra-da-prefeitura-de-valinhos-empregava-trabalho-escravo/>> Acesso em 4 mar. 2014.

(27) PAVINI, Cristiano. Funcionários das obras do complexo Iguatemi reclamam de salários atrasados e alojamento precário. *Jornal A Cidade*, Ribeirão Preto, 15 maio 2013. Disponível em: <<http://www.jornalacidade.com.br/noticias/cidades/NOT,2,2,844751,Empreiteira+abandona+trabalhadores+em+Ribeirao+Preto.aspx>> Acesso em: 4 mar. 2014.

(28) CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. O que é tráfico de pessoas? *Portal CNJ*, Brasília. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/cidadania-direito-de-todos/trafico-de-pessoas>> Acesso em: 4 mar. 2014.

(29) *Idem*.

no dia a dia dos cidadãos, conforme esclarece Rodrigo César Rebello Pinho⁽³⁰⁾.

Para Erival da Silva Oliveira, os direitos fundamentais “correspondem às normas que possibilitam as condições mínimas para a convivência em sociedade, estabelecendo direitos e limitações aos particulares e ao Estado, e normalmente estão expressamente previstos na Constituição dos estados contemporâneos”; já as garantias se traduzem em mecanismos de proteção e defesa dos direitos, para que os cidadãos possam exigir do Poder Público e proteção dos seus direitos e o reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade⁽³¹⁾.

A Constituição Federal de 1988 apresenta um rol de direitos e garantias fundamentais, dentre eles, o direito ao trabalho e ao meio ambiente do trabalho equilibrado, elevados ao patamar de direitos fundamentais. Assim sendo, conforme assevera Guilherme Guimarães Feliciano, “o dever do Estado de proteger um cidadão perante o outro cidadão, contra lesão ou ameaça a seus bens e interesses protegidos por direitos fundamentais, deve ser satisfeita *também* ao nível do direito privado”⁽³²⁾.

Sendo o trabalho em condições análogas à escravidão a submissão do trabalhador a condições degradantes, sujeito, por exemplo, a jornadas exaustivas e a riscos no ambiente de trabalho, evidente a violação de, ao menos, dois direitos fundamentais: o direito ao trabalho e ao meio ambiente do trabalho equilibrado.

O direito ao trabalho e o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado são direitos fundamentais interdependentes, haja vista que

o comprometimento de um certamente irá impactar na satisfação do outro. Isto porque ambos se situam no mesmo núcleo: o trabalho, como um direito fundamental.

E nem se poderia cogitar flexibilizações desses direitos, sob o pálio de que o trabalhador aceitou, se manteve por longo tempo, voluntariamente, imerso em condições de trabalho degradantes, pois:

Assim como a pessoa não pode, por meio de contrato, dispor livremente de seus órgãos, de seus tecidos ou de partes de seu corpo, transformando-os em objeto de comércio [...], também não poderia, por contrato, ainda que indiretamente [...], *dispor* — em caráter absoluto — de sua saúde, de sua integridade física, de sua indenidade psicológica ou mesmo de sua honra ou de sua imagem.⁽³³⁾

Quanto ao recorte abordado neste estudo, evidencia-se facilmente a violação desses direitos pelo exame das condições de trabalho às quais estavam submetidos os trabalhadores resgatados. Segundo Sakamoto:

As oficinas de costura inspecionadas não respeitavam nenhuma norma referente à Saúde e Segurança do Trabalho. Além da sujeira, os trabalhadores conviviam com o perigo iminente de incêndio, que poderia tomar grandes proporções devido a quantidade de tecidos espalhados pelo chão e à ausência de janelas, além da falta de extintores de incêndio. Após um dia extenuante de trabalho, os costureiros, e seus filhos, ainda eram obrigados a tomar banho frio. Os chuveiros permaneciam desligados por conta da sobrecarga nas instalações elétricas, feitas sem nenhum cuidado, que aumentavam os riscos de incêndio.⁽³⁴⁾

Em um dos casos analisados, os empregadores — ou exploradores perversos de mão de obra — sequer respeitavam as condições

(30) PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 17.

(31) OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1. p. 97.

(32) FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho*: Teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67.

(33) *Ibidem*, p. 70.

(34) SAKAMOTO, Leonardo, *op. cit.*

mínimas de segurança do meio ambiente do trabalho, conforme a seguir se observa:

Vários problemas graves no campo de saúde e segurança do trabalho também foram detectados. As instalações elétricas estavam completamente irregulares. Os extintores, com a carga vencida, ficavam ao lado de tecidos amontoados, com alto risco de incêndio. Cadeiras não respeitavam padrões mínimos de qualidade. Uma criança, filha de uma das operárias, estava exposta a acidentes com o maquinário.⁽³⁵⁾

E, somado a esse cenário, também em razão das condições precárias dos alojamentos comprometidos por infiltrações, umidade excessiva, falta de circulação de ar, mau cheiro e banheiros precários, diversos trabalhadores foram diagnosticados com distúrbios respiratórios, problemas ergonômicos e enfermidades dermatológicas, além das condições psicossociais indesejáveis, por causa do medo constante⁽³⁶⁾. Evidente, portanto, que as condições de trabalho não apenas comprometeram a saúde física daqueles trabalhadores, mas também a saúde psicológica, cuja dimensão jamais pode ser ignorada.

Não se deve esquecer de que, dentre os princípios gerais da atividade econômica previstos no art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estão os princípios da Função Social da Propriedade, da Defesa do Meio Ambiente e da Busca do Pleno Emprego, que impingem caráter social à atividade econômica e possuem um importante papel na efetivação do direito ao trabalho.

Conforme aponta Maria Hemília Fonseca, “a exigência de um direito a trabalhar, além do simples objetivo da sobrevivência física, vincula-se à ideia de dignidade humana e, conseqüentemente, à valoração do trabalho como

forma de realização pessoal”⁽³⁷⁾. E o alcance da dignidade e da realização pessoal apenas é possível se o trabalho for executado em um contexto capaz de efetivar os direitos fundamentais, como o direito ao trabalho digno e ao meio ambiente do trabalho equilibrado.

O empregador, como um dos principais atores da relação de emprego, possui papel fundamental na efetivação desses direitos consagrados pela Constituição Federal, pois detém o poder de direção da atividade e, por corolário, é responsável pelo equilíbrio do meio ambiente do trabalho.

5. O Projeto de Emenda Constitucional

Tramita no Congresso Nacional há mais de 14 anos a Proposta de Emenda Constitucional n. 438/2001, também conhecida como PEC do Trabalho Escravo ou PEC n. 57-A/1999, que prevê alterações no art. 243 da Constituição Federal de 1988, a seguir transcrito:

Art. 243 – As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com a destinação específica, na forma da lei.

Com a alteração da redação, além da cultura ilegal de plantas psicotrópicas, a exploração de trabalho escravo em propriedades rurais ou urbanas de qualquer região do país também passaria a ser causa para expropriação e destinação da propriedade para reforma agrária ou uso social urbano, sem indenização do proprietário.

(37) FONSECA, Maria Hemília. *Direito ao Trabalho: Um Direito Fundamental*. São Paulo: LTr, 2009. p. 98.

(35) HASHIZUME, Maurício. Escravidão é flagrada em oficina de costura ligada à Marisa. *Repórter Brasil*, 17 mar. 2010. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2010/03/escravidao-e-flagrada-em-oficina-de-costura-ligada-a-marisa/>> Acesso em: 4 mar. 2014.

(36) *Idem*.

Contudo, embora a Proposta de Ementa Constitucional 57-A/1999 tenha sido aprovada por unanimidade pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, ainda não se chegou a um consenso quanto ao conceito de “trabalho escravo” e ao processo de expropriação.

Para alguns, “A caracterização do trabalho escravo não é a mesma do século 19. Não implica mais na velha caracterização da senzala, do açoite, da corrente. O trabalho escravo do século 20 é mais do que isso, é a condição degradante do trabalho, a privação da liberdade”. Para outros, denominados ruralistas, a definição sobre o crime previsto no art. 149 do Código Penal deve ser revista⁽³⁸⁾.

A controvérsia surge porque os ruralistas, na sua maioria, possuem propriedades rurais, e o setor da agropecuária lidera o caso de exploração no campo. São nessas terras que muitas vezes ocorrem, ou já ocorreu, algum tipo de exploração do trabalho escravo, razão pela qual alguns ex-políticos, senadores e deputados estaduais e federais foram incluídos na lista suja do Ministério do Trabalho e Emprego, conforme explica Igor Ojeda, ao elucidar que oito políticos, todos ruralistas, entraram na atualização do cadastro de empregadores flagrados com trabalho escravo, mais conhecida como “lista suja” do trabalho escravo⁽³⁹⁾.

Em razão dos impasses provocados pela bancada ruralista, conclui-se que a bancada busca adiar a aprovação da PEC 57-A, por causa do elevado número de políticos e de

partidos envolvidos direta, ou indiretamente, com a exploração de trabalho escravo. A nova proposta votada recentemente também definiu que o mero descumprimento da legislação trabalhista não será tipificado como trabalho escravo.

6. Medidas governamentais para a erradicação do trabalho em condições análogas à de escravidão no Brasil

O governo Federal e os governos Estaduais brasileiros criaram grupos de enfrentamento e erradicação do trabalho escravo, sendo o Ministério do Trabalho e Emprego o órgão competente para atuar na fiscalização e autuação das empresas flagradas nessas irregularidades, juntamente com o Ministério Público do Trabalho e a Polícia Federal.

A Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE), vinculada à Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, foi criada pelo Governo Federal para combater o trabalho escravo, conforme consta do Decreto de 31 de julho de 2003. Dentre as atribuições dessa Comissão, estão o acompanhamento do cumprimento das ações constantes do Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, a propositura de adaptações necessárias, o acompanhamento da tramitação de projetos de lei relacionados à temática e a propositura de atos normativos necessários à implementação do referido plano.

No âmbito Estadual, tem-se a Comissão Estadual para a Erradicação do Trabalho Escravo (COETRAE), cuja finalidade é combater o trabalho escravo na circunscrição do estado, como é o caso da COETRAR-SP, criada pelo Decreto n. 57.368/2011.

Criado em 2003 pelo governo federal, o Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo visa à criação de métodos de combate do trabalho escravo, tendo por objetivo apresentar

(38) PERES, Christiane. Ruralistas tentam descaracterizar o que é trabalho escravo. *Especial: PEC 438. PEC do trabalho escravo*, 27 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.trabalhoescravo.org.br/noticia/70>> Acesso em: 4 mar. 2013.

(39) OJEDA, Igor. Deputados federais e ex-ministro entram na atualização semestral da “lista suja” do trabalho escravo. *Repórter Brasil*, 28 jun. 2013. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2013/06/deputados-federais-e-ex-ministro-entram-na-atualizacao-semestral-da-lista-suja-do-trabalho-escravo/>> Acesso em: 4 mar. 2014.

medidas a serem cumpridas pelos diversos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Ministério Público e entidades da sociedade civil brasileira, com apoio do Grupo Especial de Fiscalização Móvel do Ministério do Trabalho e Emprego, cuja atuação visa ao combate das formas contemporâneas de escravidão⁽⁴⁰⁾.

No ano de 2008, foi aprovado o 2º Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, que abrange estudos relacionados aos cinco anos de intervalo entre os dois planos e introduz modificações decorrentes de reflexões sobre as frentes de luta contra a perversa violação dos direitos humanos⁽⁴¹⁾.

Segundo a OIT, o país atingiu suas metas de combate e repressão ao trabalho escravo mediante atuações efetuadas pelo órgão de combate à erradicação do trabalho escravo, alcançando 68,4% das metas estipuladas pelo Plano Nacional, total ou parcialmente. Entre 1995 e 2002, 5.893 trabalhadores em condições análogas à escravidão foram libertados e, entre 2003 e 2007, 19.927. Contudo, pouco se avançou no tocante às medidas para diminuição da impunidade e à garantia de emprego⁽⁴²⁾.

A despeito dos resultados do Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, cuja efetividade deve ser atribuída à atuação conjunta dos grupos de fiscalização com os demais órgãos públicos competentes, ainda há muito que se fazer para a eliminação de todas as formas de trabalho forçado, como um dos objetivos estratégicos da OIT para a efetivação do trabalho decente.

(40) MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo. Brasília, 2003. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812B21345B012B2ABF15B50089_7337.pdf> Acesso em: 4 mar. 2014, p. VIII, IX.

(41) MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. 2º Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A39E4F614013AD5A314335F16/novoplanonacional.pdf>> Acesso em: 4 mar. 2014.

(42) *Idem*.

6.1. A “lista suja” do Ministério do Trabalho e Emprego

Criada pela Portaria Interministerial n. 2, de 12 de maio de 2011, do Ministério do Trabalho e Emprego⁽⁴³⁾, consiste a “lista suja” em um cadastro público de empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo. Atualizado semestralmente, esse cadastro é divulgado aos seguintes órgãos: Ministérios do Meio Ambiente, do Desenvolvimento Agrário, da Integração Nacional, da Fazenda, Público do Trabalho e Público Federal, Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, Banco Central do Brasil, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social — BNDES, Banco do Brasil S.A., Caixa Econômica Federal, Banco da Amazônia S.A. e Banco do Nordeste do Brasil S.A.

De acordo com Igor Ojeda, “A ‘lista suja’ tem sido um dos principais instrumentos no combate a esse crime, através da pressão da opinião pública e da repressão econômica”, pois a inclusão nessa lista enseja uma série de restrições ao empregador em diversos setores, inclusive o econômico⁽⁴⁴⁾. Segundo o autor:

Após a inclusão do nome do infrator, instituições federais, como o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal, o Banco da Amazônia, o Banco do Nordeste e o BNDES suspendem a contratação de financiamentos e o acesso ao crédito. Bancos privados também estão proibidos de conceder crédito rural aos relacionados na lista por determinação do Conselho Monetário Nacional. Quem é nela inserido também é submetido a restrições comerciais e outros tipos de bloqueio de negócios por parte das empresas signatárias do Pacto Nacional pela

(43) MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Portaria Interministerial n. 2, de 12 de maio de 2011. Brasília, 12 maio 2011. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A2E7311D1012FFA7DD87E4E75/p_20110512_2.pdf> Acesso em: 4 mar. 2014.

(44) OJEDA, Igor, *op. cit.*

Erradicação do Trabalho Escravo — cujo faturamento representa cerca de 30% do Produto Interno Bruto brasileiro.⁽⁴⁵⁾

Prevê ainda o art. 4º da Portaria Interministerial n. 2/2011 a manutenção do empregador na “lista suja” por dois anos, sob monitoramento da fiscalização do trabalho, a fim de verificar a regularidade das condições laborais. A exclusão é condicionada à inexistência de reincidências, ao pagamento das multas resultantes da ação fiscal e ao adimplemento de eventuais débitos trabalhistas e previdenciários, nos termos dos §§ 1º e 2º do mesmo dispositivo.

Em 30 de maio de 2012, também foi aprovado pela Comissão de Assuntos Sociais o Projeto de Lei do Senado n. 540/2011, que prevê a alteração da Lei n. 8.427/1992 sobre a concessão de subvenção econômica nas operações de crédito rural, para estabelecer a vedação de concessão de subvenções econômicas aos produtores rurais autuados por promover o trabalho escravo em sua propriedade rural. O Projeto de Lei do Senado n. 540/2011 encontra-se em pauta para aprovação pela Comissão das Relações Exteriores e Defesa Nacional⁽⁴⁶⁾.

Outro exemplo de utilização de medidas com reflexos econômicos para desestimular a exploração de mão de obra análoga à condição de escravidão é Lei n. 14.946, de 28 de janeiro de 2013, do governo do Estado de São Paulo, cujo regramento prevê a cassação da inscrição no cadastro de contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) de qualquer empresa que faça uso direto ou indireto dessa modalidade nefasta de trabalho, incluindo a comercialização de produtos em cuja fabricação

tenha havido, em qualquer etapa, a utilização dessa mão de obra.

Consoante ao art. 4º da Lei n. 14.946/2013, as restrições ao cadastro do contribuinte do ICMS perdurará por 10 anos contados da cassação, estando os infratores impedidos de exercerem o mesmo ramo de atividade, mesmo que em estabelecimento distinto, e de requererem a inscrição de nova empresa. Caso seja o contribuinte optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições (Simples Nacional), a cassação implicará na perda do direito ao recebimento de créditos do Tesouro do Estado previsto e no cancelamento dos créditos já calculados ou liberados, conforme prevê o § 2º do art. 5º da Lei n. 12.685/2007.

A inversão desse cenário com a imposição de penas pecuniárias ou restritivas de crédito pode ser um eficaz mecanismo pedagógico para frear a sanha capitalista de maus empregadores, comprometidos tão somente com a elevação de seus lucros em detrimento da dignidade humana. Tais medidas têm sido cada vez mais adotadas pelo Poder Público, como também é o caso da Lei n. 11.948/2009, que veda a concessão ou renovação de quaisquer empréstimos ou financiamentos pelo BNDES a empresas da iniciativa privada, cujos dirigentes tenham sido condenados por assédio moral ou sexual, racismo, trabalho infantil, trabalho escravo ou crime contra o meio ambiente.

Assim sendo, embora não seja suficiente, considera-se a “lista suja” um importante instrumento de intimidação da exploração do trabalho em condições análogas à de escravidão, sobretudo em razão dos seus reflexos econômicos na obtenção de créditos perante instituições financeiras e perante o mercado consumidor. Acredita-se que esse mecanismo deve ser complementado com outras ações e políticas públicas, sobretudo visando à conscientização dos consumidores da importância de se conhecer a origem e a procedência dos produtos e serviços disponibilizados no mercado de consumo.

(45) OJEDA, Igor, *op. cit.*

(46) SENADO FEDERAL. Projeto de Lei n. 540, de 2011. *Portal Atividade Legislativa*, Brasília. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=101961> Acesso em: 5 mar. 2014.

A tensão entre interesses econômicos e sociais sempre se impôs na história da humanidade, havendo ainda uma interdependência desses interesses tanto dentro de cada uma dessas relações como entre uma e outra. Se para o crescimento econômico o lucro é fundamental, para o desenvolvimento social, há que se viabilizar não apenas o acesso aos bens materiais, mas também a garantia dos direitos humanos básicos. Para isto, é essencial que não se permita, em hipótese alguma, a sobreposição dos interesses econômicos aos sociais. O desafio é e sempre foi harmonizá-los.

Por fim, conforme adverte o professor Otavio Pinto e Silva, cabe ao Direito do Trabalho oferecer novos instrumentos que tenham a finalidade de tentar garantir a todos os cidadãos o acesso a um trabalho digno, “numa política de promoção dos direitos humanos fundamentais inspirada pelo art. 1º de nossa Constituição, que aponta a *dignidade da pessoa humana* como um dos fundamentos da República”⁽⁴⁷⁾.

7. Considerações finais

Dentre os quatro objetivos estratégicos da OIT para a efetivação do trabalho decente está a eliminação de todas as formas de trabalho forçado, cujo compromisso o Brasil assumiu desde que se tornou membro daquela organização.

Todavia, por trás da sanha lucrativa de algumas empresas, esconde-se uma realidade perversa e desumana que envolve pessoas que participam da cadeia produtiva e se submetem a determinadas condições degradantes de trabalho, quais sejam, locais inadequados para o trabalho e/ou moradia; condições laborais perigosas, penosas e/ou insalubres; descumprimento dos direitos mínimos trabalhistas; inobservância de princípios básicos constitucionais; inobservância dos Tratados

e Convenções Internacionais; violação dos direitos humanos; entre outras atrocidades que já deveriam ter sido abolidas do universo do trabalho no século passado.

No Brasil, ainda são elevados os números de autuações de empregadores por submeter seus trabalhadores a condições análogas à de escravidão, sobretudo nos setores da construção civil, em razão do aquecimento desse mercado nos últimos anos, e da indústria têxtil, em decorrência da concorrência e da ambição pela conquista de novas fatias do mercado de consumo.

Conforme restou demonstrado neste estudo, a dificuldade da erradicação do trabalho em condições análogas à de escravo não se deve à ausência legislativa, mas sim a interesses políticos e à insuficiência de fiscalização, em razão do parco número de fiscais diante de um país com largas dimensões. A isto se soma a falta de punição severa para empregadores que exploram essa modalidade ilegal e criminosa de mão de obra, o que acaba, indiretamente, incentivando o enfrentamento dos riscos.

Para a superação dessa celeuma, deve o Poder Público agir conjuntamente nas esferas Federal, Estaduais e Municipais, adotando mecanismos e políticas públicas que intimidem a exploração dessa modalidade ilegal de abuso da força de trabalho, visando também à conscientização dos consumidores da importância de se conhecer não apenas os preços, mas também a origem e a procedência dos produtos e serviços disponibilizados no mercado de consumo. Ademais, quanto ao Poder Legislativo, há que se ter mais engenho para a aprovação da PEC n. 57-A/1999, em trâmite há cerca de 14 anos.

A dinâmica cíclica da história e a nefasta inventividade humana nos mostraram uma nova forma de escravidão contemporânea na indústria têxtil e na construção civil. Se nada for feito, é possível que, no futuro, a história se reinvente mais uma vez.

(47) SILVA, Otavio Pinto e. Relações de trabalho e relações de consumo: o futuro da Justiça do Trabalho. *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 143-162, jan./jun. 2006. p. 160.

8. Referências bibliográficas

BALZA, Guilherme. Procuradoria flagra trabalho escravo em obras da CDHU no interior de São Paulo. *UOL Notícias*, São Paulo, 20 abr. 2012. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/04/20/procuradoria-flagra-trabalho-escravo-em-obras-da-cdhu-no-interior-de-sp.htm>> Acesso em: 4 mar. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. O que é tráfico de pessoas? *Portal CNJ*, Brasília. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/cidadania-direito-de-todos/trafico-de-pessoas>> Acesso em: 4 mar. 2014.

EP NOTÍCIAS. Sem salários, trabalhadores da construção civil vivem de favores. Operários contam com ajuda da dona da pensão onde estão hospedados. *EP Notícias*, Ribeirão Preto, 5 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.viaeptv.com/epnoticia/noticias/NOT,2,2,599380,Sem+salarios+trabalhadores+da+construcao+civil+vivem+de+favores.aspx>> Acesso em: 4 mar. 2014.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho*: Teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013.

FONSECA, Maria Hemília. *Curso de metodologia na elaboração de trabalhos acadêmicos*. Rio de Janeiro: Editora Ciência Moderna, 2009.

_____. *Direito ao Trabalho*: Um Direito Fundamental. São Paulo: LTr, 2009.

G1 SÃO PAULO. Operários estrangeiros em SP são resgatados de trabalho escravo. São Paulo, 22 mar. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/03/operarios-estrangeiros-sao-resgatados-de-trabalho-escravo-em-sp.html>> Acesso em: 4 mar. 2014.

HASHIZUME, Maurício. Escravidão é flagrada em oficina de costura ligada à Marisa. *Repórter Brasil*, 17 mar. 2010. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2010/03/escravidao-e-flagrada-em-oficina-de-costura-ligada-a-marisa/>> Acesso em: 4 mar. 2014.

LIBBY, Douglas Cole; PAIVA, Eduardo França. *Escravidão no Brasil Relações Sociais, Acordos e Conflitos*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Declaração universal dos direitos do homem*. Brasília, 10 dez. 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 4 mar. 2014.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. 2ª *Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo*. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A39E4F614013AD5A314335F16/novoplanonacional.pdf>> Acesso em: 4 mar. 2014.

_____. *Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo*. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812B21345B012B2ABF15B50089/7337.pdf>> Acesso em: 4 mar. 2014.

_____. *Portaria do MTE cria cadastro de empresas e pessoas autuadas por exploração do trabalho escravo*. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/trab_escravo/portaria-do-mte-cria-cadastro-de-empresas-e-pessoas-autuadas-por-exploracao-do-trabalho-escravo.htm> Acesso em: 4 mar. 2014.

_____. *Portaria Interministerial n. 2, de 12 de maio de 2011*. Brasília, 12 maio 2011. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A2E7311D1012FFA7DD87E4E75/p_20110512_2.pdf> Acesso em: 4 mar. 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 32. ed. São Paulo: LTr, 2006.

OJEDA, Igor. Deputados federais e ex-ministro entram na atualização semestral da “lista suja” do trabalho escravo. *Repórter Brasil*, 28 jun. 2013. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2013/06/deputados-federais-e-ex-ministro-entram-na-atualizacao-semestral-da-lista-suja-do-trabalho-escravo/>> Acesso em: 4 mar. 2014.

OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009. v. 1.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Projeto de combate ao trabalho escravo no Brasil*. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/brasil/projetos/documento.php> Acesso em: 4 mar. 2014.

PAVINI, Cristiano. Funcionários das obras do complexo Iguatemi reclamam de salários atrasados

e alojamento precário. *Jornal A Cidade*, Ribeirão Preto, 15 maio 2013. Disponível em: <<http://www.jornalacidade.com.br/noticias/cidades/NOT,2,2,844751,Empreiteira+abando+na+trabalhadores+em+Ribeirao+Preto.aspx>> Acesso em: 4 mar. 2014.

PERES, Christiane. Ruralistas tentam descaracterizar o que é trabalho escravo. *Especial: PEC 438. PEC do trabalho escravo*, 27 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.trabalhoescravo.org.br/noticia/70>> Acesso em: 4 mar. 2013.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 17.

RIBEIRO, Maria Fernanda. 41 trabalhadores são resgatados de “quase escravidão” no interior de SP. *UOL Notícias*, São Paulo, 24 fev. 2011. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/02/24/41-trabalhadores-sao-resgatados-de-quase-escravidao-no-interior-de-sp.htm>> Acesso em: 4 mar. 2014.

ROLLI, Claudia. Marca de luxo é ligada a trabalho degradante. *Folha de S. Paulo*, 27 jul. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/07/1317521-marca-de-luxo-e-ligada-a-trabalho-degradante.shtml>> Acesso em: 6 mar. 2014.

SAKAMOTO, Leonardo. Flagrantes mostram roupas da Zara sendo fabricadas por escravos. *UOL Notícias*, São Paulo, 17 ago. 2011. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/08/17/flagrantes-mostram-roupas-da-zara-sendo-fabricadas-por-escravos.htm>> Acesso em: 04 mar. 2014.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei n. 540, de 2011. *Portal Atividade Legislativa*, Brasília. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=101961> Acesso em: 5 mar. 2014.

_____. *Revista em discussão*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/jornal/revista-em-discussao>> Acesso em: 4 mar. 2014.

SILVA, Otavio Pinto e. Relações de trabalho e relações de consumo: o futuro da Justiça do Trabalho. *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 143-162, jan./jun. 2006.

ZOCCHIO, Guilherme. Obra da prefeitura de Valinhos empregava trabalho escravo. *Repórter Brasil*, 28 fev. 2013. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2013/02/obra-da-prefeitura-de-valinhos-empregava-trabalho-escravo/>> Acesso em: 4 mar. 2014.

Penhora de salário e os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade: breve análise da jurisprudência brasileira à luz de aportes críticos pós-positivistas

Ney Maranhão^(*)

Resumo:

- ▶ O texto expõe assertivas teóricas de fundo pós-positivista e exemplos concretos atinentes à aplicação dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade perante a jurisprudência pátria (civil e trabalhista), no que refere à flexibilização da regra do art. 649, IV, do CPC.

Palavras-chave:

- ▶ Processo Civil — Processo do Trabalho — Penhora de salário — Princípio da razoabilidade.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O fenômeno pós-positivista: anotações básicas
- ▶ 3. A razoabilidade e a proporcionalidade como postulados indissociáveis da atividade judicante
- ▶ 4. A penhora de salário no âmbito da jurisprudência brasileira (civil e trabalhista)
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

(*) Juiz do Trabalho (TRT da 8ª Região – PA/AP). Doutorando em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Università di Roma – La Sapienza (Itália). Professor Mestre (licenciado) do Curso de Direito da Faculdade do Pará (FAP) (em nível de graduação). Professor convidado da Universidade da Amazônia

(UNAMA) e do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) (em nível de pós-graduação). Professor convidado das Escolas Judiciais dos Tribunais Regionais do Trabalho da 8ª (PA/AP), 14ª (RO/AC) e 19ª Regiões (AL). Membro do Instituto Goiano de Direito do Trabalho (IGT), do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (IPEATRA) e do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior (IBDSCJ).

1. Introdução

O propósito desse estudo é descortinar alguns exemplos da aplicação dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade perante a jurisprudência pátria (civil e trabalhista), mais precisamente no que diz com a flexibilização da regra do art. 649, IV, do CPC.

Busca-se analisar a questão à luz de alguns aportes críticos de fundo pós-positivista.

2. O fenômeno pós-positivista: anotações básicas

O direito está em crise. Como acentua Luís Roberto Barroso, o direito positivista vive uma *grave crise existencial*, na medida em que não consegue entregar com eficiência os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos, mencionando o renomado autor que “a *injustiça* passeia pelas ruas com passos firmes e a *insegurança* é a característica da nossa era”⁽¹⁾. O *pós-positivismo*, nesse compasso, representa exatamente o anseio por um novo fôlego, a busca por uma nova perspectiva...

Rememore-se que a ascensão do jusnaturalismo está associada à necessidade de ruptura com o Estado absolutista, enquanto que sua decadência está vinculada ao movimento de codificação do direito, ocorrida lá pelos idos do século XVIII. Por outro lado, a ascensão do juspositivismo está jungida à crença exacerbada no poder do conhecimento científico (frio e calculista), ao passo que sua decadência está ligada à derrota do nazifascismo, no século XX. É exatamente nesse colapso de pensamentos, nessa crise de paradigmas, que o pós-positivismo, em um valioso ímpeto de superação científica, exsurgiu. Realmente, em já clássica construção textual, acentua, com propriedade, Barroso:

“O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no

qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais. (...) O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito.”⁽²⁾

Como se pode perceber, a teoria normativa dos *princípios* é assunto estreitamente ligado ao pós-positivismo, que os guindou ao relevante *status* de normas jurídicas e os colocou no privilegiado patamar constitucional⁽³⁾.

(1) BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, ano I, n. 02, outubro de 2006, Brasília: Escola Nacional da Magistratura – ENM, p. 26.

(2) BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso (organizador). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 27-28.

(3) Sobre tão complexa temática, focando na extrema importância atribuída aos princípios nessa nova instância de reflexão, Paulo Bonavides também nos oferta excelentes reflexões, *verbis*: “É na idade do pós-positivismo que tanto a Doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios. (...) A construção doutrinária da normatividade dos princípios provém, em grande parte, do empenho da Filosofia

Com isso, os princípios enfim se libertaram daquela velha ideia de que detinham apenas valia ética, passando a ostentar mesmo plena vinculatividade jurídica.

A visão pós-positivista também acarreta mudanças na área da *interpretação constitucional*. Nesse particular, leciona Barroso:

“A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao *papel da norma*, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao *papel do juiz*, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como *regras*, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante *subsunção*. Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação

e da Teoria Geral do Direito em buscarem um campo neutro onde se possa superar a antinomia clássica Direito Natural/Direito Positivo. (...) Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 265, 276 e 294.).

tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.”⁽⁴⁾

Eis o cabedal teórico que servirá de pano de fundo para as singelas reflexões que se pretende realizar neste estudo.

3. A razoabilidade e a proporcionalidade como postulados indissociáveis da atividade judicante

No Brasil, mesmo à época do auge positivista – onde o direito confundia-se com a lei –, ao intérprete recaía o encargo de enxergar bem mais que a simples letra do enunciado legal. Sempre se fomentou, por expressa disposição legislativa, uma impostação de espírito que garimpasse a teleologia da norma e tocasse seus objetivos mais caros. Nesse sentido, o constante do art. 5º da hoje Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: **na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum**.

Nesse afã, tem sido cada vez mais comum, no âmbito da jurisprudência brasileira, o manuseio de sadios parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade na interpretação/aplicação das normas. Registre-se, a propósito,

(4) BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, ano I, n. 02, outubro de 2006, Brasília: Escola Nacional da Magistratura – ENM, p. 35.

que razoabilidade e proporcionalidade são tomados aqui como *postulados*, ou seja, enquanto normas metódicas dirigidas ao intérprete e ao aplicador do Direito para a escoreita aplicação de outras normas (*regras e princípios*)⁽⁵⁾, a nosso ver funcionando, em essência, como verdadeiros **parâmetros de contenção do arbítrio e realização do justo** perante cada caso concreto.

A Constituição Federal de 1988 não se reportou ao princípio da proporcionalidade. Entretanto, esse fato em nenhum momento constitui óbice para seu manuseio. Como bem acentua Willis Santiago Guerra Filho, **esse vetor de proporcionalidade é mesmo algo intrínseco à própria essência do Estado Democrático de Direito**. Demais disso, dispõe, expressamente, o § 2º, do art. 5º, do texto constitucional pátrio, que “*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados*”. Para esse autor, aliás, o princípio da proporcionalidade tem importância especialíssima, a ponto de ser por ele encarado como “princípio dos princípios, verdadeiro *principium* ordenador do direito”⁽⁶⁾. Segundo Virgílio Afonso da Silva, o objetivo da aplicação do vetor da proporcionalidade “é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais”⁽⁷⁾.

Pontue-se, noutro quadrante, que julgar por equidade difere de julgar *com* equidade.

No primeiro caso, visualiza-se o culto liberal de premência da lei em busca de segurança jurídica, proibindo ao julgador, arbitrariamente, afastar-se da lei para fazer valer seu sentimento pessoal de justiça. Sucede, porém, que **no paradigma de um Estado Democrático de Direito e à luz da força normativa da Constituição Federal, o agir equitativo é algo mesmo ínsito ao ato de julgar**⁽⁸⁾. Impõe-se, dessa forma, que **toda interpretação e aplicação da lei se dê também — e sempre — com alguma dose de equidade**, no sentido de que se transcenda “a justiça abstrata e genérica da lei para alcançar-se a justiça concreta e individualizada do caso”⁽⁹⁾, afinal, “o juiz não é uma máquina silogística, nem o processo, como fenômeno cultural, presta-se a soluções de matemática exata. Impõe-se rejeitar a tese da mecanicista aplicação do direito”⁽¹⁰⁾.

Humberto Ávila enxerga no postulado da razoabilidade três acepções: como *equidade*, como *congruência* e como *equivalência*. Fácil inferir que a linha intelectual supra é consentânea com a **razoabilidade enquanto vetor de equidade**⁽¹¹⁾. E é precisamente nessa toada que esse insigne jurista expõe a distinção entre *incidência e aplicação* da norma. Eis sua percuciente lição, *in verbis*:

“Nem toda norma incidente é aplicável. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em sua hipótese. Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas

(5) A respeito, confira-se: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 142-202. Vale o registro de que a distinção entre os vetores da razoabilidade e proporcionalidade, bem como a própria pertinência da partição tricotômica das normas (em regras, princípios e postulados), são temáticas dotadas de alta conflituosidade teórica, cujo enfrentamento e resolução demandariam um inevitável desvio dos propósitos deste trabalho.

(6) GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: SRS Editora, 2009. p. 91.

(7) SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *RT*, v. 798, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 24.

(8) MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 175.

(9) OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 244.

(10) OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 223.

(11) A respeito, confira-se: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 173-182.

condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. Nessas hipóteses as condições de aplicação da regra são satisfeitas, mas a regra, mesmo assim, não é aplicada.”⁽¹²⁾

Ou seja, a inconstitucionalidade não recai sobre o *objeto* da interpretação (o enunciado legal), mas sobre o *produto* dela (a norma produzida para o caso concreto)⁽¹³⁾. Em termos mais simplórios, a inconstitucionalidade é uma mácula que pode recair não apenas sobre o *dispositivo normativo*, como sói acontecer, mas também sobre o *efeito concreto* de sua regular aplicação, sendo essa uma realidade jurídica que o jurista não pode desprezar⁽¹⁴⁾.

(12) ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 176.

(13) Daí o acerto das contundentes colocações pós-positivistas de Humberto Ávila: “*Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.*” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 33.)

(14) MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*: teoria geral do processo. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 59. É o que Eduardo Ribeiro Moreira chama de “derrotabilidade da norma”. Confira-se sua interessante lição: “O terceiro sentido da interpretação conforme a Constituição é verificado somente no caso concreto, quando, excepcionalmente, os efeitos da regra são retirados, por uma situação excepcionalmente não prevista (*post factum*). [...] Esse é um dos grandes avanços sustentados pelo neoconstitucionalismo, pois afasta as exceções que combatem a ponderação, sobretudo de regras que se afirmam em uma (errada) ponderação das regras. [...] A derrotabilidade [...] dá à norma a possibilidade de conviver no ordenamento, sem que perca sua carga de regra, porque importou em uma exceção. [...] A regra sofrerá efeito excepcional e não incidirá, casuisticamente, pela sua derrotabilidade factual – após a inferência no caso concreto, mas nunca abstrata. [...] Não se trata de ponderar regras – efeito exclusivo dos princípios –, mas de aceitar, via o terceiro sentido da interpretação conforme a Constituição, a sua derrotabilidade.” (MOREIRA, Eduardo Ribeiro.

Busca-se, com isso, pois, uma concepção de justiça que suplante os limites da legalidade estrita. Que, enfim, saia da acanhada dimensão da *lex* e adentre os portais do fértil espectro do *jus*.

4. A penhora de salário no âmbito da jurisprudência brasileira (civil e trabalhista)

A temática da possibilidade de se fazer recair penhora sobre verbas salariais é tema assaz polêmico e que, por isso, sempre agitou a jurisprudência brasileira.

Toma-se a liberdade de colher julgado exarado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, cujo caso e teor do julgamento seguiram bem explanados na notícia publicada no portal daquela Corte. Segue o inteiro teor da reportagem, porque atende aos propósitos desde trabalho:

“A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão unânime, reafirmou a impossibilidade de penhora de salário e reformou decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF), que havia admitido o bloqueio de 30% da remuneração depositada na conta bancária de uma devedora. Após decisão de primeiro grau, que desconsiderou a personalidade jurídica de empresa devedora e determinou o bloqueio de contas bancárias, tanto em nome da empresa como dos sócios, uma sócia — que é servidora pública — apresentou pedido de reconsideração para ter sua conta desbloqueada. Segundo ela, não foram ressaltados os salários depositados em sua única conta corrente, os quais têm natureza alimentar. O juiz atendeu parcialmente o pedido de reconsideração e liberou 70% do valor pago a título de remuneração salarial. A sócia da empresa recorreu ao TJDF, o qual manteve a decisão do juízo de primeira instância. No recurso especial, a servidora argumentou ser ilegal o bloqueio do seu salário e apontou violação do art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil (CPC), que considera “absolutamente

Neoconstitucionalismo: A invasão da Constituição. 7ª obra da Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2008. p. 89 e 94-95.)

impenhoráveis” os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios, montepios e outras verbas de caráter alimentar. O ministro relator do recurso, Luis Felipe Salomão, lembrou que a jurisprudência do STJ tem interpretado a expressão “salário” de forma ampla. Nessa interpretação, todos os créditos decorrentes da atividade profissional estão incluídos na categoria protegida. Em seu voto, citou vários precedentes relacionados ao tema. Para ele, a decisão do Tribunal de Justiça contraria entendimento pacífico do STJ, pois é inadmissível a penhora até mesmo de valores recebidos a título de verba rescisória de contrato de trabalho, depositados em conta corrente destinada ao recebimento de remuneração salarial, ainda que tais verbas estejam aplicadas em fundos de investimentos, no próprio banco, para melhor aproveitamento do depósito. E concluiu que “é possível a penhora *on-line* em conta corrente do devedor, desde que ressaltados valores oriundos de depósitos com manifesto caráter alimentar, como, no caso, os valores percebidos a título de salário”. Com isso, a Turma deu provimento ao recurso especial e reconheceu a impenhorabilidade dos valores relativos ao salário recebido pela servidora.”⁽¹⁵⁾ (grifou-se)

O que se percebe, pelo menos da parte desse julgado, é uma aplicação irrefletida da lei, materializando um atuar judicante essencialmente curvado aos ditames da infraconstitucionalidade. Não se fazem recortes pontuais ou mesmo inflexões de sensibilidade à principiologia constitucional.

Ora, o que se deseja sublinhar, aqui, neste breve arrazoado acadêmico, é que **todo e qualquer julgado há de primar pela junção dos juízos de legalidade e de equidade, à luz dos aportes fáticos extraídos do caso concreto e dos ditames axiológicos constitucionais.**

(15) Fonte: Portal do STJ. Notícia de 27.10.2011. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103706&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=penhora%20de%20sal%20E1rio> Acesso em: 27 jun. 2013.

E, para tanto, revela-se mesmo de todo imprescindível o manuseio dos postulados da proporcionalidade e razoabilidade, enquanto diretrizes metódicas de interpretação de outras normas. Isso significa, em essência, pautar-se em uma visão equilibrada, que, a um só tempo, evite comodidade hermenêutica e não insufle qualquer viés de arbítrio. Vale conferir, a respeito, as sábias palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

“a percepção do significado humano e político das impenhorabilidades impõe uma interpretação teleológica das disposições contidas nos arts. 649 e 650 do Código de Processo Civil, de modo a evitar, de um lado, sacrifícios exagerados e, de outro, exageros de liberalização; a legitimidade dessas normas e de sua aplicação está intimamente ligada à sua inserção em um plano de indispensável equilíbrio entre os valores da cidadania, inerentes a todo o ser humano, e os da tutela jurisdicional prometida constitucionalmente, ambos dignos do maior realce na convivência social, mas nenhum deles capaz de conduzir à irracional aniquilação do outro.”⁽¹⁶⁾

Para ser mais preciso, a proposta é que se imponha, como ponto de partida, a impenhorabilidade de verbas salariais. Tratar-se-ia, portanto, de uma irreprochável regra geral. Todavia, sem ultraje à coerência do sistema, impõe-se reconhecer a admissão dessa constrição, ainda que em situações excepcionais, à vista dos contornos fáticos de determinado caso concreto e dos direitos fundamentais. A admissão desse tipo de penhora demandará, é claro, o desenvolver de todo um ônus argumentativo, a recair sobre o intérprete e julgador, de sorte a legitimar, democraticamente, não apenas a decisão que permite uma tal invasão patrimonial, como, sobretudo, em que parâmetros isso deverá acontecer.

(16) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. IV. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 342.

Em julgado mais recente, o Superior Tribunal de Justiça flexibilizou essa regra de impenhorabilidade absoluta de verbas salariais, pontuando-se em aspectos especiais do caso concreto, bem assim no primado de uma hermenêutica essencialmente teleológica e condizente com os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. A ementa, que segue abaixo, é por demais explicativa:

“PROCESSO CIVIL. CRÉDITO REFERENTE A HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CARÁTER ALIMENTAR. PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS. POSSIBILIDADE. EXCEÇÃO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO ART. 649, IV, DO CPC. MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS EM CONFLITO GARANTIDA. 1. A hipótese dos autos possui peculiaridades que reclamam uma solução que valorize a interpretação teleológica em detrimento da interpretação literal do art. 649, IV, do CPC, para que a aplicação da regra não se dissocie da finalidade e dos princípios que lhe dão suporte. 2. A regra do art. 649, IV, do CPC constitui uma imunidade desarrazoada na espécie. Isso porque: (i) a penhora visa a satisfação de crédito originado da ausência de repasse dos valores que os recorrentes receberam na condição de advogados do recorrido; (ii) a penhora de parcela dos honorários não compromete a subsistência do executado e (iii) a penhora de dinheiro é o melhor meio para garantir a celeridade e a efetividade da tutela jurisdicional, ainda mais quando o exequente já possui mais de 80 anos. 2. A decisão recorrida conferiu a máxima efetividade às normas em conflito, pois a penhora de 20% não compromete a subsistência digna do executado — mantendo resguardados os princípios que fundamentam axiologicamente a regra do art. 649, IV do CPC — e preserva a dignidade do credor e o seu direito à tutela executiva. 3. Negado provimento ao recurso especial.” (STJ, REsp 1.326.394 – SP, 3ª Turma, relatora: Ministra Nancy Andrighi, Julgamento em 12.3.2013. DJe de 18.3.2013.)

Trata-se, por certo, de uma excelente sinalização de sensibilidade e correção na arte de bem aplicar o direito.

Impende asseverar, agora, que também no âmbito da processualística laboral tem prevalecido o reconhecimento da absoluta impenhorabilidade das verbas de natureza alimentar, *ex vi* do art. 649, IV, do Código de Processo Civil, aplicado pela via do art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho⁽¹⁷⁾. Foi o que ocorreu no recente acórdão exarado junto ao C. Tribunal Superior do Trabalho, nos autos do Processo n. TST-RO-37800-94.2011.5.13.0000.

No caso, tratou-se de mandado de segurança impetrado em face de ato do Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Campina Grande (PB), que havia determinado, em uma execução definitiva, o bloqueio no percentual de 25% (vinte e cinco por cento) da remuneração do Impetrante, sócio da empresa executada. O Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região (PB) denegou a segurança pleiteada, sob os seguintes fundamentos, sintetizados na respectiva ementa:

“MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA PARCIAL DE SALÁRIOS EM EXECUÇÃO TRABALHISTA. POSSIBILIDADE. É possível a penhora sobre percentual de crédito salarial que não inviabilize o sustento básico do executado e sua família, haja vista a necessidade de se adequar a norma do art. 649, IV, do CPC com o direito fundamental do credor à tutela executiva. Na hipótese, houve determinação para que os bloqueios sejam limitados a 25% dos vencimentos do impetrante junto à fonte pagadora, tendo a autoridade impetrada agido em consonância com os padrões de cautela e de razoabilidade exigidos a tal situação excepcional. Portanto, não há que se cogitar na concessão de segurança.”

Diante dessa negativa, o impetrante interpôs recurso ordinário, levando a questão para

(17) CLT, art. 769: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”

o crivo do C. Tribunal Superior do Trabalho, onde o Relator, Ministro Emmanoel Pereira, reafirmou que:

“O art. 649 do CPC, por seu inciso IV, é expresso ao considerar absolutamente impenhoráveis os salários. (...) Já a jurisprudência desta Corte tem se firmado pela aplicação integral da norma em referência, considerando ilegal e arbitrária a ordem de penhora sobre salários, vencimentos e proventos de aposentadoria, situação na qual tem sido concedida a segurança para sustar o ato impugnado. Isso devido à natureza alimentar de tais parcelas, indispensáveis à subsistência de quem as recebe e de sua família. (...) Portanto, o Impetrante tem o direito líquido e certo de não serem penhorados os valores recebidos a título de salário, mesmo em se tratando de execução trabalhista, razão pela qual deve ser concedido o pedido.”⁽¹⁸⁾

Deveras, são inúmeros os precedentes daquela Corte Superior trabalhista nessa mesma senda. Confira-se: TST-ROMS-1881/2006-000-15-00.8, rel. Ministro Emmanoel Pereira, DJU 26.9.08; TST-ROMS-697/2005-000-12-00.6, rel. Ministro Emmanoel Pereira, DJU 5.10.07; TST-ROMS-180/2006-000-23-00.8, rel. Ministro Renato de Lacerda Paiva, DJU 15.6.07; TST-ROMS-73/2006-000-23-00.0, rel. Ministro Ives Gandra Martins Filho, DJU 8.6.07; TST-ROMS-241/2006-000-23-00.7, rel. Ministro Renato de Lacerda Paiva, DJU 8.6.07; TST-ROMS-830/2005-000-15-00.8, rel. Ministro Ives Gandra Martins Filho, DJU 20.4.07; TST-ROMS-84/2005-000-18-00.6, rel. Ministro Gelson de Azevedo, DJU 13.4.07; TST-ROMS-407/2005-000-18-00.1, rel. Ministro José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, DJU 23.3.07; TST-ROMS-176/2004-000-18-00.5, rel. Ministro Emmanoel Pereira, DJU 11.5.05

(18) TST-RO-37800-94.2011.5.13.0000, Subseção II – Especializada em Dissídios Individuais, Relator: Ministro Emmanoel Pereira. Data de julgamento: 30.4.2013. Data de publicação: 3.5.2013.

e TST-ROMS-1882/2004-000-04-00.0, rel. Ministro Barros Levenhagen, DJU 2.9.2005.

Não sem razão o Tribunal Superior do Trabalho acabou por cristalizar esse entendimento. É o que se lê do teor da **Orientação Jurisprudencial n. 153 de sua SBDI-2**, como segue:

“MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO. ORDEM DE PENHORA SOBRE VALORES EXISTENTES EM CONTA SALÁRIO. ART. 649, IV, DO CPC. ILEGALIDADE. (DJE divulgado em 3, 4 e 5.12.2008) Ofende direito líquido e certo decisão que determina o bloqueio de numerário existente em conta salário, para satisfação de crédito trabalhista, ainda que seja limitado a determinado percentual dos valores recebidos ou a valor revertido para fundo de aplicação ou poupança, visto que o art. 649, IV, do CPC contém norma imperativa que não admite interpretação ampliativa, sendo a exceção prevista no art. 649, § 2º, do CPC espécie e não gênero de crédito de natureza alimentícia, não englobando o crédito trabalhista.”

Ora, bem se sabe que, nos lindes do processo civil, regra geral, a parte hipossuficiente ocupa o polo *passivo* da lide, sendo essa, por sinal, uma das dimensões da *ratio* que fundamenta a regra de que, quando por vários meios o credor puder promover a execução, ao juiz recai o dever de atentar para que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor (CPC, art. 620). E é na esteira dessa mesma perspectiva que, aqui, o legislador, antecipando-se na técnica de ponderação de valores, decidiu por firmar disposição legal nitidamente protetora da dignidade humana do *devedor*, blindando de qualquer penhora os créditos que lhe são reservados para atender à manutenção própria e de sua família.

No entanto, não apenas esse fator de ordem *subjetiva*, atinente a uma possível vulnerabilidade de uma das partes, justifica uma tal disposição normativa.

Certamente o legislador anteviu a problemática e projetou um instigante cotejo entre a qualidade da dívida exequenda e a qualidade do patrimônio passível de constrição. Nessa perspectiva, o que se buscou, no plano normativo, foi conferir primazia ao patrimônio que mais diretamente visa a assegurar um patamar mínimo de civilidade e condições materiais para a pessoa humana que figura como devedora em demanda executiva. Noutras palavras: **a efetivação de um crédito de natureza ordinária não deve se dar em detrimento da afetação de um crédito de natureza alimentar.** Entreve-se, aqui, também, algo de um fator de ordem *objetiva*, alusivo à própria qualidade intrínseca dos créditos ocasionalmente postos em comparação no bojo de uma dinâmica executória.

Nessa alheta, a regra exceptiva contida no § 2º do art. 649, do CPC, no sentido de autorizar tal constrição quando se estiver diante de penhora para pagamento de prestação alimentícia, é medida que só reforça a regra geral já acima estampada. Nesse particular, a exceção só se justifica precisamente porque, na comparação da natureza dos créditos — o que serve de lastro à demanda executiva e o que se pretende restringir para lograr garantia de efetividade para essa execução —, a **simetria ontológica de ambos legitima que realize penhora sobre verba alimentícia, exatamente porque o escopo é precisamente o atendimento de crédito de igual dignidade alimentar.**

Nem se pense que o legislador, ao construir a redação do art. 649, IV, do CPC, tenha deliberadamente deixado à margem de proteção os créditos de natureza *salarial* — outra espécie de crédito de matiz alimentar —, como leva a crer grande parte da jurisprudência que se debruça sobre o tema. A questão é de simples intelecção: como se pode exigir do legislador processual civil que fizesse menção, ao elaborar a exceção ao art. 649, IV, do CPC, a crédito que ordinariamente não é afeito aos seus domínios, como é o caso dos créditos salariais?

O foco do legislador, portanto, centrou-se mais na importância axiológica de determinados créditos que propriamente na preocupação de arrolar, pontualmente e em linha taxativa, todos os possíveis créditos que encerrariam, em essência, propensão nitidamente alimentar. **O legislador não deteve, pois, intenções de arrolamento quantitativo, mas, sim, de des-tacamento qualitativo.** Por isso, há que se ter resguardo com argumentações que enxerguem nesse dispositivo um inarredável afastamento de qualquer intento protetivo dos créditos salariais, simplesmente porque, de sua fria letra, não constou tal modalidade de crédito alimentar.

Entretanto, é preciso dizer mais: por corolário do pensamento acima alinhavado, é possível crer que o foco do legislador, ao redigir o art. 649, IV, do CPC, também buscou ofertar regramento à vista da específica esfera de sua atuação precípua, a saber, a dimensão processual civil. Logo, igualmente por esse argumento, se pode perceber a impertinência de se imaginar que a simples não indicação dos créditos salariais, em seu texto, implique em silêncio eloquente. O que se pretende anotar, agora, é que, ainda no particular dessa discussão, **o legislador não deteve elogiáveis intenções de aplicação transversal e interdisciplinar desse dispositivo, senão que de-certo se fechou no desejo de regrar exatamente a complexa e específica esfera de mundo que o direito processual civil sempre se prestou a reger** — redundando, por óbvio, na ausência de citação dos famosos créditos salariais nas linhas que dão corpo ao art. 649, IV, do CPC, porque, naturalmente, como já se afirmou, tal dimensão creditícia é quase que alheia à órbita jurídico-processual civil.

Note-se, nesse compasso, que o enunciado legal permissionário de constrição de verba salarial não pode servir justamente para frustrar a tutela jurisdicional de crédito portador de idêntica envergadura axiológica, de modo a negar sua escancarada teleologia e sua finalidade última, ou seja, **não se pode aceitar que**

a aplicação da letra da lei redunde em efeito manifestamente contrário ao seu próprio espírito, ofendendo, assim, o postulado da razoabilidade como vetor de equidade.

Não se olvida que a impenhorabilidade de bens, tal qual arrolada no Código de Processo Civil, representa proposta do legislador com vistas a harmonizar a satisfação do credor e a dignidade do devedor. **O que se propugna, porém, é que a jurisprudência, na esteira dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade, passe a admitir a flexibilidade dessa regra, não pura e simplesmente para ferir aos anseios do legislador, mas, muito pelo contrário, exatamente para atendê-los.** Afirma-se isso porque não raro em lides executivas trabalhistas o julgador se encontra diante de hipóteses em que o vilipêndio à dignidade humana sucederá não se se autorizar a penhora de salário, mas, sim, caso se venha a negar tal constrição.

É o que se dá, por exemplo, com o exequente que, desempregado e possuindo família, com filhos pequenos, está imerso em estado de comprovada privação material, ao passo que o executado figura como servidor público federal que auferir mais de quinze salários mínimos mensais líquidos.

Diante desse cenário, fazer incidir a regra do art. 649, IV, do CPC, será medida que, embora plenamente afinada com os termos da lei, produzirá efeito concreto desafiador dos ditames constitucionais, especialmente da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

Por outro lado, a negativa de incidência concreta desse dispositivo, com utilização de um percentual de penhora razoável e adequada, representará importante concordância prática de direitos fundamentais. Ao exequente, que, para além de ser detentor do direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva e adequada, tal qual o executado também não pode se ver privado de um patamar mínimo de dignidade. Ao executado, que faz jus a não sofrer afetações arbitrárias em seus valores

salariais, porquanto merecedor do mesmo patamar mínimo de dignidade material.

Sucedo, porém, que a penhora de valores salariais nesse tipo de situação em nada ofende aqueles parâmetros basilares do postulado da proporcionalidade, condizentes com os clássicos subjuízos hauridos da doutrina germânica: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁽¹⁹⁾.

Ora, o meio escolhido é adequado para atingir a sua finalidade (*adequação*)? Sim, a penhora de valores atende aos objetivos satisfatórios da execução. O meio escolhido é o mais suave e ao mesmo tempo suficiente para proteger a norma constitucional (*necessidade*)? Sim, a depender do percentual de penhora do salário aplicado no caso concreto, sendo certo, ainda, que, a permanecer a negativa de qualquer constrição salarial, perenizar-se-á ofensa à dignidade do trabalhador desempregado, gerando proteção estatal insuficiente em relação à existencialidade do credor e, em contrapartida, proteção estatal excessiva em relação ao patrimônio do devedor. Em uma medida de “peso e importância”, a medida trará mais benefícios do que prejuízos? **Sim, haja vista que o benefício a ser alcançado com tal medida prestigia a manutenção de patamares mínimos no que toca a direitos de mesma envergadura axiológica (dignidade humana) em face de ambas as partes da demanda executiva**⁽²⁰⁾.

Francisco Giordani, em belíssimo artigo, bem pontua essa específica questão:

“Na Justiça do Trabalho, para citar uma possibilidade, em inúmeras situações se dá o caso de que, não existindo mais a empresa executada, o que acontece, como é fácil de imaginar, pelos motivos os mais diversos,

(19) Para uma enunciação clara e didática dessas três dimensões, confira-se: MARMELESTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 365-377.

(20) As diretrizes gerais para os questionamentos ora lançados foram extraídos da obra: MARMELESTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

se volte a execução contra a figura de um sócio, agora empregado, que tem, então, seus estípicos, depositados em uma conta corrente, penhorados; esse sócio vem a juízo, sustentar a ilegalidade/abusividade da determinação judicial, sustentando, vigorosamente, a impenhorabilidade dos seus salários, sendo que, mantida referida constrição judicial, não terá com que manter-se, nem aos seus, restando magoada sua dignidade de pessoa humana. Indiscutível a necessidade de se respeitar a dignidade da pessoa humana do executado, mas do outro lado, o do credor, há uma pessoa, que também precisa se sustentar e aos seus, que tem sua dignidade, e que, para mantê-la, vê-la respeitada, necessita e tem o direito de receber o que já foi reconhecido judicialmente como lhe sendo devido, e mais: uma pessoa à qual não pode ser jogado o peso de uma iniciativa empresarial que não logrou êxito, porquanto, claro é, se todos podem tentar vencer na vida, os escolhos que então se apresentarem não podem ser contornados, colocando-se os mesmos no caminho de quem, útil quando se tentou uma atividade empresarial, incomoda quando o prosseguimento da mesma não se afigurou mais como possível, isso me parece óbvio! (...) reitero que não há mais espaço para a aplicação praticamente mecânica do art. 649, IV, do CPC, devendo ser feito o exame do caso concreto, tendo bem presente as agruras do trabalhador/credor/necessitado, pena de desrespeito ao direito que lhe foi reconhecido, o que pode representar uma agressão à própria Constituição Federal e a princípios a ela muito caros.”⁽²¹⁾

É precisamente essa a linha de raciocínio que ficou solidificada no **Enunciado n. 70 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (1ª JDMPT)**, realizada em novembro de 2007, cujo teor segue:

(21) GIORDANI, Francisco. O princípio da proporcionalidade e a penhora de salário. *Revista do TST*, Brasília, v. 72, n. 01, p. 33 e 35, jan./abr. 2006.

“EXECUÇÃO. PENHORA DE RENDIMENTOS DO DEVEDOR. CRÉDITOS TRABALHISTAS DE NATUREZA ALIMENTAR E PENSÕES POR MORTE OU INVALIDEZ DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. POSSIBILIDADE. Tendo em vista a natureza alimentar dos créditos trabalhistas e da pensão por morte ou invalidez decorrente de acidente do trabalho (CF, art. 100, § 1º-A), o disposto no art. 649, inciso IV, do CPC deve ser aplicado de forma relativizada, observados o princípio da proporcionalidade e as peculiaridades do caso concreto. Admite-se, assim, a penhora dos rendimentos do executado em percentual que não inviabilize o seu sustento.”

Esse alvissareiro balizamento doutrinário norteou a linha argumentativa esposada em muitos arestos laborais. Seguem, nesse sentido, alguns relevantes julgados:

“AGRAVO DE PETIÇÃO. PENHORA SOBRE PERCENTUAL DE APOSENTADORIA. MITIGAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE PREVISTA NO ART. 649, INCISO IV, DO CPC. Mitiga-se a impenhorabilidade do valor da aposentadoria da devedora, posto que confrontada com a satisfação de crédito trabalhista de natureza alimentar. Nesse sentido, o Enunciado 70 aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho (23.11.2007): EXECUÇÃO PENHORA DE RENDIMENTOS DO DEVEDOR. CRÉDITOS TRABALHISTAS DE NATUREZA ALIMENTAR E PENSÕES POR MORTE OU INVALIDEZ DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. POSSIBILIDADE. Tendo em vista a natureza alimentar dos créditos trabalhistas e da pensão por morte ou invalidez decorrente de acidente do trabalho (CF, art. 100, § 1º-A), o disposto no art. 649, inciso IV, do CPC deve ser aplicado de forma relativizada, observados o princípio da proporcionalidade e as peculiaridades do caso concreto. Admite-se, assim, a penhora dos rendimentos do executado em percentual que não inviabilize o seu sustento.” (TRT-3 [MG], Processo n. 0071100-48.2006.5.03.0114, Desembargador:

Marcelo Lamego Pertence. Publicado em 20.10.2011.)

“AGRAVO DE PETIÇÃO. PENHORA SOBRE PERCENTUAL DE VENCIMENTOS DE SERVIDOR PÚBLICO. MITIGAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE PREVISTA NO ART. 649, INCISO IV, DO CPC. 1. O Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de “*uma solução que valorize a interpretação teleológica em detrimento da interpretação literal do art. 649, IV, do CPC, para que a aplicação da regra não se dissocie da finalidade e dos princípios que lhe dão suporte.*” (STJ, Terceira Turma, REsp n. 1.326.394, relatora: Ministra Nancy Andrighi, DJe publicado em 18.3.2013). 2. Aferida tal premissa jurisprudencial, mitiga-se a impenhorabilidade dos vencimentos da devedora, posto que confrontada com a satisfação de crédito trabalhista de natureza alimentar, mormente quando se trata de acidente do trabalho que ocasiona a incapacidade total do trabalhador. (...).” (TRT-3 [MG], 7ª Turma, AP 01721-2009-058-03-00-4, relator: Desembargador Marcelo Lamego Pertence. Julgamento em 16.5.2013.)

“EXECUÇÃO. SALÁRIO. IMPENHORABILIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO. O entendimento que, a cada dia, vem se encorpando mais, reconhece que o positivismo se exauriu, não servindo mais como modelo único para a solução de inúmeras questões submetidas a julgamento, de modo que é chegada a hora do pós-positivismo, que permite se tenha a lei não mais como algo a ser endeusado, mas, apenas, como um dos elementos a ser tido em linha de consideração, quando da apreciação de um conflito de interesses (...) O pós-positivismo, entre suas ideias, trouxe a de que os princípios são uma espécie do gênero norma, sendo a outra espécie a regra, tendo, portanto, ambos, vocação para embasar uma decisão judicial (...) Enfim, existindo uma questão de impenhorabilidade de salário reclamando solução, a mesma não pode ser encontrada apenas nos horizontes, hoje estreitos e/ou insuficientes, do quanto disposto no art. 649, IV, do CPC, a não ser assim, de acrescentar, a própria Constituição Federal

será atropelada.” (TRT-15, AP 096100-14.2004.5.15.0073, relator: Desembargador Motta Giordani, DJ de 3.3.2006.)

Note-se, a propósito, que nos precedentes acima coligidos em nenhum momento se fala em inconstitucionalidade de qualquer dispositivo que seja. **Cuida-se, tão só, de averiguar que, nada obstante plenamente constitucional o dispositivo legal cabível na espécie (no caso, o art. 649, IV, do CPC), o resultado prático de sua incidência naquela específica situação seria afrontoso à Constituição Federal (art. 1º, III).** É que, como já se consignou alhures, a inconstitucionalidade é uma mácula que pode recair não apenas sobre o *dispositivo normativo*, como sói acontecer, mas também sobre o *efeito concreto* de sua regular aplicação.

O manuseio desse construto intelectual exigirá o desvencilhar de um ônus de argumentação que por certo recairá sobre a figura do julgador. **Com efeito, nesses casos, o sopesamento de valores realizado *ex ante* e abstratamente pelo legislador, à luz de sua legitimação política, pode vir a ceder diante de um novo sopesamento axiológico, desta feita realizado *ex post* pelo julgador, defronte de um específico caso concreto e à luz de sua legitimação argumentativa.** Frise-se que ambas as representações são igualmente assimiláveis em um conceito de democracia que se preste a ser intrinsecamente *deliberativa*, de sorte que “o controle da lei a partir dos direitos fundamentais somente é viável quando a representação argumentativa em prol desses direitos suplanta a representação política identificada na lei”, sendo que “essa representação, antes de controlar a lei, deverá ser capaz de convencer os cidadãos de sua racionalidade”⁽²²⁾.

Bem se nota que a importância desse debate implica não aceitar que o juiz seja mero reproduzidor de injustiça e instrumento de manutenção de um incômodo *status quo*,

(22) MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 87-88.

escondendo-se atrás de um perfil judicante que, para além de não atentar aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum, nega o juramento que prestou quanto ao cumprimento da Carta Magna, mais particularmente quanto ao seu papel de ofertar contributo para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I), atento à dignidade humana e aos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, enquanto poderosos *fundamentos* da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III e IV).

Nem se diga, por fim, que abraçar essa vertente de ideias implicaria séria afetação da segurança jurídica. Ora, como bem leciona Alvaro de Oliveira:

“Cumpre não identificar (...) o valor da segurança jurídica com a ‘ideologia’ da segurança, que tem por objetivo o imobilismo social (...) Não mais se busca o absoluto da segurança jurídica, mas a segurança jurídica afetada de um coeficiente, de uma garantia de realidade. Nessa nova perspectiva, a própria segurança jurídica induz a mudança, a movimento, na medida em que ela está a serviço de um objetivo mediato de permitir a efetividade dos direitos e garantias de um processo equânime.”⁽²³⁾

Verdadeiramente, como destacou João Baptista Machado, “segurança sem justiça representaria pura situação de força”⁽²⁴⁾.

5. Considerações finais

O direito é fenômeno cultural e, portanto, sujeito à constante reflexão e (re)construção. Mesmo no campo processual, o direito continua a merecer incessante incursão crítica⁽²⁵⁾.

Um dos pressupostos para que isso ocorra é o rompimento do paradigma liberal de juiz “boca da lei”, passando o julgador a assumir, de uma vez por todas, a sua carga de responsabilidade no refinamento do ordenamento jurídico e na realização da justiça do caso concreto, sempre lastreando seu pensar não de acordo com suas convicções pessoais, mas na esteira de uma argumentação que conduza à concreção dos anseios constitucionais e que se paute por vetores de proporcionalidade e razoabilidade, na qualidade de princípios plenamente dotados de força normativa e incidência prática.

A jurisprudência brasileira, com seus naturais avanços e recuos, tem procurado, em linhas gerais, a realização do justo em cada caso concreto — na maior parte das vezes até mesmo alheia à infundável discussão teórica que envolve o tema da conceituação e da aplicação dos vetores axiológicos da proporcionalidade e da razoabilidade. E os aportes pós-positivistas, assentados grandemente na força normativa dos princípios, aqui e acolá, têm dado uma relevante contribuição nessa rica empreitada de conduzir o fenômeno jurídico da estreiteza da *lex* para a amplitude do *jus*.

Apesar das idas e vindas, das tintas e das teses, mercê da elevada polêmica que envolve o assunto, pelo menos uma coisa parece ganhar algum foro de unanimidade: **não há direitos absolutos**. Daí o despontar de uma tendência, ainda que tímida, no sentido de se reconhecer algum grau de flexibilidade no concernente à expressa diretriz legal de absoluta impenhorabilidade de créditos de natureza salarial (CPC, art. 649, IV), **sobretudo em demandas onde há confronto entre duas verbas salariais e a ameaça à dignidade humana está sensivelmente mais avivada junto a quem figura no polo ativo da lide executiva, na qualidade de credor.**

evidente no direito processual, como ramo jurídico mais rente à vida”. (BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado*: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 179.)

(23) OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 79, 92 e 93.

(24) MACHADO, João Baptista. *Introdução ao estudo do direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 56.

(25) Segundo Guilherme Botelho, “o direito é um processo de adaptação social. Verdadeiro produto da cultura que reflete os valores éticos, morais e históricos de uma sociedade, sendo tal desiderato ainda mais

O fio da meada, nesta seara, está em se convencer de que de nada valerá todo o esforço judicante se, ao fim e ao cabo, permanecerem incólumes, dentro de cada processo, as condições que lançam algum grau de afronta aos valores constitucionais — ainda que essas condições sejam impostas pela incidência cristalina da própria letra da lei.

6. Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, ano I, n. 02, out. 2006, Brasília: Escola Nacional da Magistratura — ENM.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso (organizador). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. IV. São Paulo: Malheiros, 2004.

GIORDANI, Francisco. O princípio da proporcionalidade e a penhora de salário. *Revista do TST*, Brasília, v. 72, n. 01, jan./abr. 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: SRS Editora, 2009.

MACHADO, João Baptista. *Introdução ao estudo do direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1989.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. 7ª obra da Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *RT*, v. 798, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Cartões apócrifos e o ônus da prova

Edilton Meireles^(*)

Resumo:

- ▶ No presente trabalho, o autor trata dos documentos não assinados pelo trabalhador e sua validade como meio de prova. Especificamente, cuida dos controles de ponto exibidos pela empresa no processo do trabalho e sua validade como meio de prova da jornada de trabalho. O autor sustenta a invalidade de tais documentos, quando não assinados, como meio de prova da jornada de trabalho, quando o trabalhador, na reclamação trabalhista, impugna os mencionados documentos alegando que os mesmos não refletem o verdadeiro horário de trabalho.

Palavras-chave:

- ▶ Cartão de ponto — Apócrifos — Prova — Invalidade — Jornada de trabalho.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Dos controles assinados pelo trabalhador
- ▶ 3. Dos controles não assinados pelo trabalhador
- ▶ 4. Considerações finais

1. Introdução

Ultimamente, temos visto diversas decisões judiciais no sentido de considerar como verdadeiros os registros constantes de controles de ponto não assinados pelo trabalhador quando diante da ausência de outras provas no mesmo sentido.

Entendo, no entanto, que os julgados têm incorrido em uma interpretação equivocada das regras que impõem o ônus da prova, além

daquelas que tratam da autoria e da força probante dos documentos.

Para contribuir para esse debate lançamos nosso entendimento abaixo.

2. Dos controles assinados pelo trabalhador

Para apreciação da questão posta, devemos distinguir as duas situações que comumente ocorrem nos processos trabalhistas.

A primeira delas é aquela na qual a empresa exhibe os controles de ponto assinados pelo trabalhador. Neste caso, junto com a exibição de tais documentos, a empresa alega na contestação que os horários consignados nos controles de ponto são os verdadeiramente trabalhados

(*) Desembargador do Trabalho na Bahia (TRT 5ª Região). Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito (PUC/SP). Professor de Direito Processual Civil na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor de Direito na Universidade Católica do Salvador (UCSal).

pelo empregado e que eles foram registrados pelo trabalhador que os assina.

Observem que aqui temos uma alegação de defesa (são verdadeiros os horários registrados nos controles de ponto) e uma prova documental (controles de ponto assinados pelo empregado).

É comum, porém, nesta hipótese, o empregado impugnar os controles de ponto (impugnar a prova documental) alegando que eles não consignam os verdadeiros horários de trabalho. Em suma, alega a falsidade das declarações (conteúdo) do documento, ainda que confirmando sua assinatura.

O empregado, aqui, apoia-se no art. 372 do CPC para impugnar a veracidade da declaração contida no documento, ainda que assinado por ele, *verbis*:

“Art. 372. Compete à parte, contra quem foi produzido documento particular, alegar no prazo estabelecido no art. 390, se lhe admite ou não a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto; presumindo-se, com o silêncio, que o tem por verdadeiro.”

Aqui, então, surge a questão, diante desta impugnação, sobre a quem compete comprovar a falsidade do conteúdo constante nos controles de ponto? A resposta é óbvia: por aquele que alega a falsidade (o empregado, neste caso).

E por que esse ônus recai sobre o empregado? Simples, porque a empresa exibiu um documento que teria sido produzido pelo empregado (autor do documento ao fazer os registros de ponto) e assinado pelo mesmo. Logo, já temos uma declaração do trabalhador afirmando que os registros foram lançados por ele e que são verdadeiros, até porque, a princípio, ninguém assina documento falso. Logo, se depois ela nega a veracidade do conteúdo do documento, cabe a ele comprovar a falsidade da declaração anterior assinada.

Aqui também incide outra regra do CPC, qual seja, aquela que estabelece a autoria do documento, *verbis*:

“Art. 371. Reputa-se autor do documento particular:

I – aquele que o fez e o assinou;

II – aquele, por conta de quem foi feito, estando assinado.”

O controle de ponto assinado pelo empregado se considera como de sua autoria ou porque ele “o fez e o assinou” ou porque foi feito pelo empregador (“por conta de quem foi feito”), mas o assinou (assumindo a autoria).

Aqui temos um documento na qual aquele que o assinou fez uma declaração (conteúdo do documento) concordando com seu conteúdo (“veracidade do contexto”).

Neste caso, então, cabe àquele que assinou o documento (concordando com seu conteúdo) fazer a prova de que o mesmo contém declarações falsas. Isso porque o documento assinado faz prova contra quem o assinou.

Nesta hipótese, parte-se de uma declaração anterior do trabalhador, extraída a partir de sua assinatura, quanto à veracidade do conteúdo do documento. Assim, se ele fez uma declaração anterior num sentido (assinando o documento) e agora faz outra (contestando sua veracidade), cabe a ele o ônus da falsidade.

E aqui abro um parêntese para explicar o entendimento lançado no inciso III da Súmula n. 338 do TST quanto aos cartões de ponto assinados (“Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir”) e que nos serve de luz ao raciocínio desenvolvido.

Neste caso, em verdade, a invalidade dos controles de ponto uniformes, que sempre depende da impugnação do trabalhador, não confirmando os horários respectivos, decorre da prova em contrário extraída de uma presunção da vida (*hominis*). Na realidade, diante dos controles e da impugnação aos mesmos, presumimos a falsidade dos registros uniformes

por não ser crível que alguém sempre trabalhe nos mesmos horários sem qualquer variação. Assim, diante dessa presunção *hominis* de falsidade dos registros, continua a empresa com o ônus de provar a jornada de trabalho (inciso I da Súmula n. 338 do TST).

A presunção, neste caso, é a “prova” da falsidade do conteúdo do documento assinado pelo empregado.

3. Dos controles não assinados pelo trabalhador

Temos outra situação também bem comum nos processos do trabalho e é aquela que mais chamamos a atenção. Trata-se da hipótese na qual a empresa também exhibe os controles de ponto que, porém, não estão assinados pelo empregado. Neste caso, com a exibição de tais documentos, a empresa também alega que os horários consignados nos controles de ponto são os verdadeiros e que eles foram registrados pelo trabalhador, ainda que eles não tivessem sido assinados.

Aqui, mais uma vez, a empresa faz uma alegação (são verdadeiros os horários lançados nos controles de ponto) e tenta fazer a prova respectiva com a exibição dos controles de ponto não assinados.

Entretanto, também é comum, nesta hipótese, o empregado reclamante impugnar os controles de ponto alegando que eles não consignam os verdadeiros horários de trabalho. Em suma: alega a falsidade das declarações (conteúdo) do documento. E mais: sustenta, ainda, que eles não servem de prova contra o empregado por não terem sido assinados por ele. Neste caso, então, não se tem uma declaração anterior do trabalhador, com sua firma, confirmando o conteúdo dos controles de ponto, nem se tem uma declaração presente quanto à veracidade do mesmo.

E, aqui, de novo, vai a pergunta: neste segundo caso, diante desta impugnação, a quem compete comprovar a veracidade do conteúdo constante nos controles de ponto?

A jurisprudência do TST tem se firmado no sentido de entender pela validade dos controles de ponto, admitindo-os como prova contrária ao trabalhador. Neste sentido, vale citar:

“RECURSO DE REVISTA. JORNADA DE TRABALHO. CONTROLES DE PONTO APÓCRIFOS. VALIDADE. Dispõe o art. 74, § 2º, da CLT que — Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho (...) — (grifo nosso). Acerca da matéria o MTE expediu a Portaria MTb n. 3.626/91, que nada dispõe acerca da obrigatoriedade de assinatura dos registros de horário, não havendo previsão legal nesse sentido. Assim, os registros de horário, ainda que apócrifos, possuem presunção de veracidade, a qual pode ser elidida por prova em contrário, o que não ocorreu no caso dos autos. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.” (RR – 74200-85.2009.5.05.0102, relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 20.2.2013, 6ª Turma, Data de Publicação: 22.2.2013.)

“EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.496/2007. HORAS EXTRAS. CARTÕES DE PONTO NÃO ASSINADOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. A e. 5ª Turma negou provimento ao recurso de revista do Reclamante com fundamento na premissa de que a ausência de assinatura nos cartões de ponto não inverte o ônus da prova das horas extras. Com efeito, esta e. Subseção já decidiu (TST-E-RR-392.267/97.0, SBDI-1, rel. Min. Milton de Moura França, DJU de 5.10.2001; TST-E-RR-570.418/99.6, SBDI-1, rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJU de 1º.12.2000) que a mera ausência de assinatura nos cartões de ponto não é suficiente para inverter o ônus da prova das horas extras, por ausência de imposição em lei de que esses cartões sejam assinados. Incólumes, portanto, os artigos 74, § 2º, da CLT e 221 do Código Civil de 2002. Recurso de embargos não provido.” (E-RR-91700-36.2001.5.02.0036, relator Ministro: Horácio Raymundo de

Senna Pires, Data de Julgamento: 18.6.2009, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 26.6.2009.)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA – DESCABIMENTO. 1. HORAS EXTRAS. CARTÕES DE PONTO APÓCRIFOS. VALIDADE. A ausência de assinatura do trabalhador nos cartões de ponto traduz vício formal que não enseja, por si só, sua invalidação. A exigência não encontra respaldo legal. Precedentes desta Corte.” (AIRR-208-05.2011.5.05.0011, relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 27.2.2013, 3ª Turma, Data de Publicação: 8.3.2013.)

“A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. CARTÕES DE PONTO SEM ASSINATURA. Em face da configuração de violação dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. B) RECURSO DE REVISTA. (...) 3. HORAS EXTRAS. CARTÕES DE PONTO SEM ASSINATURA. O entendimento pacificado desta Corte é no sentido de que a mera falta de assinatura nos cartões de ponto não induz à sua invalidade, tampouco autorizando a inversão do ônus da prova. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-750-64.2010.5.01.0077, relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 20.2.2013, 8ª Turma, Data de Publicação: 22.2.2013.)

“RECURSO DE REVISTA. 1. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. ÔNUS DA PROVA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 818 DA CLT E 333, I, DO CPC. Esta Corte Superior tem adotado entendimento de que a falta de assinatura no cartão de frequência, per si, não torna inválido o mencionado controle, haja vista a falta de previsão legal. Precedentes de Turmas e da SBDI-1. Logo, a mera ausência de assinatura nos cartões de ponto não enseja a inversão dos ônus da prova para o empregador quanto à jornada de trabalho e, por conseguinte, não propicia a presunção de veracidade do horário de labor indicado na inicial. Desse modo, o Tribunal Regional, ao considerar inválidos os cartões de frequência apócrifos e, em decorrência, presumir como

verdadeira a jornada de trabalho indicada na inicial, deferindo horas extraordinárias ao autor, violou a regra da distribuição dos ônus da prova prevista nos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-918-02.2010.5.05.0030, relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 17.4.2013, 5ª Turma, Data de Publicação: 26.4.2013.)

A minha resposta, porém, é contrária e simples: por óbvio que compete a quem exibiu os documentos a prova da veracidade das declarações constantes nos mesmos, já que foram impugnados pela parte contrária, não estando assinados por este. E por que esse ônus recai sobre a empresa? Simples, porque a empresa exibiu um documento cuja autoria não pode ser imputada, a princípio, ao empregado, já que este não o assinou. Neste caso, ao contrário da situação anterior (quando assinado), não temos uma declaração firmada pelo trabalhador no sentido de que os registros são corretos e verdadeiros. Na primeira hipótese, a autoria do documento é do trabalhador (pois assinado pelo mesmo). Na segunda, não temos prova dessa autoria por parte do trabalhador (que não o assinou).

À empresa, pois, neste caso, compete comprovar a veracidade dos registros constantes nos controles de ponto, ou, no mínimo, comprovar que os registros eram lançados pelo empregado, apesar de não assinados, para daí se concluir que eles eram os corretos, já que feitos pelo trabalhador.

Em outras palavras, a empresa continua com o ônus de provar a jornada de trabalho.

Poder-se-ia afirmar, porém, que aqui se aplicaria a regra do inciso III do art. 371 do CPC, *verbis*:

“Art. 371. Reputa-se autor do documento particular:

(...)

III – aquele que, mandando compô-lo, não o firmou, porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros comerciais e assentos domésticos.”

Diante dessa argumentação, ter-se-ia que os controles de ponto, especialmente os eletrônicos, seriam documentos que “não se costuma assinar”, daí por que se extrairia a autoria dos mesmos a partir de quem os mandou “compô-los”.

Tal regra, no entanto, não socorre essa conclusão. Isso porque, primeiro, quem manda fazer o documento é o empregador. Outrossim, mesmo os eletrônicos, não se extrai da experiência comum que eles não se costuma assinar. Ao contrário, quando reproduzidos em meio físico, se costuma obter a assinatura do autor, quando não assinados eletronicamente. Logo, essa regra não socorre quem sustenta a eficácia dos controles de ponto não assinados.

Tais documentos, em verdade, somente poderiam, quando muito, ser considerados como prova contrária ao empregado se ele, no processo, não os impugnar no prazo que lhe for concedido para se manifestar (CPC, Art. 372. “Compete à parte, contra quem foi produzido documento particular, alegar no prazo estabelecido no art. 390, se lhe admite ou não a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto; presumindo-se, com o silêncio, que o tem por verdadeiro.”)

A jurisprudência que se consolida, especialmente no âmbito do TST, no entanto, vai no sentido de entender que, como as regras pertinentes, não estabelecem que o controle de ponto deva ser assinado pelo empregado, não se pode tê-los como inválidos, não se autorizando “a inversão do ônus da prova”. Aqui há confusão entre validade do documento e ônus da prova.

Essa posição, em verdade, merece, pelo menos, duas críticas. A primeira é que, de um modo geral, as leis não estabelecem que os documentos devam ser assinados. E não é porque não contém assinatura que esses documentos são inválidos. Basta lembrar a hipótese do inciso III do art. 371 do CPC que estabelece a regra da autoria do documento que, “conforme a experiência comum, não se costuma assinar”.

Como exemplo para esse raciocínio, podemos nos lembrar da Declaração do Imposto de Renda. Todo ano elaboramos esse documento e depois remetemos sua cópia eletrônica para a Receita Federal. E, salvo quando o contribuinte faz uso do acesso digital, essa declaração do Imposto de Renda não é assinada. Então, perguntamos, tal declaração é um documento? Óbvio que sim. Ele é válido também sim. Faz prova contra o declarante. Também sim, já que neste caso não se costuma assinar esse documento.

Neste sentido, então, que o controle de ponto não assinado é documento, não temos dúvida. Que ele seja válido, também não temos dúvidas, já que não contém, em si mesmo, qualquer elemento que o torne ineficaz (produzido por agente incapaz etc). Contudo, neste caso, como não se contém nele a assinatura do trabalhador, não se pode tê-lo como um documento cujo conteúdo foi declarado pelo empregado. Neste caso, temos, em verdade, um documento (a princípio válido) cujo conteúdo contém uma declaração lançada pela empresa. Isso tudo partindo do pressuposto de que não podemos estabelecer que a autoria do controle de ponto seja do empregado, já que se costuma exigir a assinatura nos controles de ponto (independentemente da lei exigir ou não ou até mesmo dispensar; aqui prevalece o costume).

Então, no caso em comento, a questão não é ter o documento como inválido ou não. Ele pode ser até válido, mas a questão a ser decidida é a quem incumbe o ônus de provar a veracidade da declaração que se contém no documento quando contestada.

A lógica do nosso sistema probatório foi a de adotar a presunção de veracidade do conteúdo quando desfavorável ao declarante. Assim é que, como já dito acima, se o controle de ponto foi assinado, temos uma prévia declaração do empregado quanto à veracidade do conteúdo do documento. Com sua assinatura, se tem uma declaração de veracidade quanto ao conteúdo do documento. Logo, se ele, no processo judicial, contestada a declaração que

se contém no documento, cabe ao contestante demonstrar a falsidade do seu conteúdo.

Já quando o empregado, diante do controle de ponto não assinado, contesta seu conteúdo, neste caso, então, por não haver uma prévia declaração de veracidade por parte do trabalhador, caberá a quem exibiu o documento comprovar os fatos respectivos (declaração contida no documento).

E, aqui, então, também chamamos a atenção para essa segunda situação, que, por sua vez, é semelhante à outra que é comum de se encontrar nos processos trabalhistas. Refiro-me à situação na qual o empregado junta ao processo um documento não assinado pela empresa para comprovar um fato que alega. Ex.: exhibe um relatório de vendas para comprovar as vendas de modo a exigir as comissões pertinentes.

Nestes casos, em geral, também, as empresas impugnam o documento alegando que seu conteúdo não é verdadeiro (as vendas não são verdadeiras) e também acrescentam que, por não estarem assinados pelo empregador ou qualquer preposto, não fazem prova contra ele. Pergunto: a quem compete a prova que são verdadeiras as declarações constantes no documento exibido pelo empregado?

Se você acha que os cartões apócrifos fazem prova contra o empregado, por coerência, terá que concluir que o relatório de vendas apresentado pelo trabalhador e não assinado pelo empregador também faz prova contra este último.

Seguindo esse mesmo raciocínio, igualmente se o empregado juntar com a inicial um espelho de ponto eletrônico assinado somente por ele e a empresa alegar que os horários neles constantes não são verdadeiros e que o documento não faz prova contra o empregador, pois não assinado por ele, da mesma forma, você terá que decidir em favor da idoneidade do documento. Caberia manter a coerência!

Em suma, segundo essa teoria, tanto será idôneo o cartão exibido pela empresa e não

assinado pelo empregado, como aquele exibido pelo empregado e não assinado pela empresa. E aqui cabe distinguir as duas situações, já que em ambas o documento, em geral, não é assinado pelo empregador.

Essas duas situações se distinguem porque quando o documento (controle de ponto) é exibido pela empresa, tem-se em conjunto uma declaração desta de que seu conteúdo seja verdadeiro. Assim, ainda que não assinado pela empresa, tem-se uma declaração de defesa confirmando a veracidade do conteúdo. Já quando o controle de ponto é exibido pelo trabalhador, não estando assinado pela empresa, não se tem uma declaração desta concordando com seu conteúdo.

Parece-nos, no entanto, que esse entendimento agasalhado por parte de nossa jurisprudência não pode prevalecer. Isso porque, além de não ter apoio nas regras jurídicas postas no CPC, se se adotar esse entendimento, francamente, assim ficará fácil produzir prova a favor de quem alega qualquer coisa. Neste caso, bastaria fazer o documento e dizer que seu conteúdo é verdadeiro e que ele é prova contra a pessoa contra quem demanda, ainda que este não tenha assinado o documento. Ficará fácil a prova dessa forma.

E, lembrem-se, os documentos comerciais não se costumam assinar. Logo, o relatório de venda exibido pelo empregado seria prova das vendas e das comissões devidas!

Concluimos: nesta segunda hipótese, quando o documento exibido não se enquadra no inciso III do art. 371 do CPC, não estando assinado, caberá a quem o exibiu fazer a prova da veracidade de seu conteúdo caso a parte contrária impugne seu “contexto”.

4. Considerações finais

Resumidamente, concluimos:

- a) compete ao trabalhador o ônus de comprovar a falsidade do conteúdo constante nos controles de ponto quando o mesmo está assinado pelo próprio empregado;

b) os controles de ponto não assinados, produzidos unilateralmente pela empresa, são documentos válidos se não contêm qualquer vício em si mesmo (produzido por pessoa incapaz etc.);

c) contudo, ainda que válido, não estando assinado pelo empregado, caberá a quem o exibiu judicialmente fazer a prova da veracidade de seu conteúdo caso a parte contrária impugne seu “contexto”.

A estrada dos tijolos amarelos: reflexões acerca do centralismo burocrático no judiciário trabalhista brasileiro

Paulo Henrique Tavares da Silva^(*)

Resumo:

- Cuida o presente ensaio de descrever as origens e o funcionamento do centralismo burocrático implantado no judiciário brasileiro a partir da penúltima década do século que passou embora, paradoxalmente, daquele momento em diante teria se instalado nos aparelhos estatais o paradigma gerencial, tido como a superação do modelo anterior e forma necessária ao desenvolvimento do Estado em tempos de mundialização do capital. Considerando que não se trata de tarefa simples, agravada pelas peculiaridades que envolvem o Poder Judiciário, fez-se o uso metafórico da obra literária de L. Frank Baum, *O mágico de Oz*, não apenas para clarificar a gênese e evolução do centralismo, bem como para indicar uma nova tipologia comportamental necessária à primeira instância judicial, em contraponto aos perfis existentes, assumindo, assim, em face a uma análise crítica tanto da estrutura administrativa desenhada pelo Conselho Nacional de Justiça, quanto das normas procedimentais vigentes, a hipótese de que a superação dos entraves hoje vivenciados no funcionamento dos tribunais passa por uma profunda valorização daqueles que atuam em contato direto com os cidadãos, a magistratura de base, ainda mais quando se trata de um ramo especializado nos conflitos decorrentes do capital.

Palavras-chave:

- Judiciário — Burocracia — Teoria da decisão — Magistrados.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Colocando os óculos verdes
- 3. Um coringa no país de louça

(*) Doutor e mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela UFPB. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação do Unipê-JP, Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba e Escola Superior da Advocacia Paraibana. Membro do Conselho Pedagógico da Escola Judicial do TRT da 13ª Região. Juiz do Trabalho, titular da 5ª Vara do Trabalho de João Pessoa-PB.

- 4. Dorothy e seus amigos
- 5. Fugindo de Oz: em busca de um epílogo
- 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

O objetivo central do presente trabalho é evidenciar o caráter contraditório das mudanças gerenciais promovidas no âmbito do judiciário, com rebatimentos específicos na Justiça do Trabalho, a partir do novo cenário criado pela Emenda Constitucional n. 45, gênese das distorções hoje encontradas no comportamento da primeira instância. Com efeito, a partir da criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foram introduzidas várias mudanças no perfil do judiciário, inspiradas no neocorporativismo, cujo objetivo declarado seria à promoção de uma transformação radical no funcionamento desse poder, a partir da introdução de conceitos e técnicas típicos da iniciativa privada no seio da administração pública.

Justamente a partir dessa proposta tida como inovadora reside o caráter contraditório que ora enfrentamos, haja vista que a efetivação de concepções típicas da iniciativa privada no âmbito da administração pública, especialmente no seio do judiciário, sempre enfrentará o problema decorrente do caráter burocrático ínsito naquela estrutura e historicamente consolidado. Paradoxalmente, percebe-se que a introdução dessas noções, embora inspiradas numa conformação tida por modernizante da estrutura judiciária, ao invés de promover uma otimização, vem causando um estranhamento entre as instâncias, causado pelo manifesto esvaziamento de poderes e importância da magistratura de base diante do papel exercido pelas cortes superiores.

Mas já a essa altura, caberia ao leitor indagar a origem do título deste ensaio. Trata-se de uma homenagem ao romance infantil *O Mágico de Oz*, de Lyman Frank Baum, publicado em 1901, cuja versão para o cinema mais festejada, estrelada por Judy Garland, está prestes a completar

setenta e cinco anos. Não se trata, porém, de algo simplesmente apartado do espírito deste trabalho científico. Pelo contrário!

As múltiplas transformações da modernidade acarretam para aquele ofertar explicações um desafio adicional, representado duplamente não apenas pelo enfrentamento da *forma* das mudanças, como igualmente do *conteúdo ideológico* nelas escondido. Uma boa análise crítica deve manter sempre essa sintonia, ainda mais quando palmilhamos o território do jurídico e seu relacionamento com a realidade concreta dos fatos sociais. Portanto, a escolha daquela obra infantil como fio condutor não deve ser tida por inconsequente, haja vista portar aquela narrativa elementos capazes de emprestar essa harmonização com a tese que estamos aqui a desenvolver e, se tal tarefa puder ser cumprida através da aparente simplicidade de uma história para crianças, tanto melhor, pois ameniza da crueza da vida real.

Para os que não se recordam, ou não tiveram a oportunidade de ler um clássico da literatura estadunidense, trata o livro de Baum da pequena Dorothy, menina órfã que morava com seus tios numa miserável fazenda no interior do Kansas quando, tragada por um ciclone, foi parar num mundo distante e surreal, a Terra de Oz, poderoso e recluso mágico, residente na Cidade das Esmeraldas. Buscando retornar para o convívio da sua família, a protagonista encontra a companhia de três personagens marcantes, um leão, um lenhador de lata e um espantalho. Juntos enfrentam inúmeros perigos nessa fantástica jornada e chegam mesmo a manter um encontro pessoal com o Mágico. O título do presente artigo é uma alusão ao caminho que Dorothy tem de percorrer para chegar a Cidade das Esmeraldas, estrada que tinha tijolos dourados (quem sabe não eram de ouro?).

Visando discutir o modelo burocrático que se implantou no Judiciário brasileiro, cuja natureza desde já enunciamos (burocrático e não gerencial, que nada tem de inovador ou revolucionário), iremos percorrer nossa breve estrada, na companhia da menina, seus três amigos e do Mágico de Oz. A exposição está assim dividida em quatro partes, dedicando-se a primeira parte ao desenho teórico que se deu à Reforma do Judiciário, a partir do projeto maior de reforma do Estado brasileiro, de nítida inspiração neocorporativista. Em seguida, submeteremos o modelo gerencial implantado à crítica histórica e às confrontações inerentes ao que se passou com a administração privada no curso do final do século XX. A terceira parte do ensaio dedica-se ao comportamento da primeira instância frente ao modelo de centralismo burocrático vigente. Enfim, reservamos a conclusão para discutir como fugir do mundo de Oz, naquela realidade paralela em que imergiu o judiciário.

2. Colocando os óculos verdes

Vamos começar nossa jornada fazendo uma pequena incursão nos fundamentos da denominada Reforma do Judiciário, comparando seu suporte teórico com aquilo hoje vivenciado no funcionamento deste poder. Sem dúvida se trata de uma grandiosa (e engenhosa) construção doutrinária, responsável pelo redesenho do perfil dos aparelhos estatais brasileiros, a partir do final da década de 1990. Antes de nela adentrarmos, uma cautela se faz necessária, pois, a chegada de Dorothy e seus amigos a Cidade das Esmeraldas é marcada por momento inusitado: todos são obrigados a pôr óculos verdes, sob pena de ficarem cegos com o brilho e esplendor que ali irão encontrar. As pessoas dali usavam tal artefato dia e noite, atados por chave, somente possuindo o Guarda dos Portões poder para retirá-los. Pois bem, independentemente da cor que se queira atribuir, parece que muitos, quando se fala em Reforma do Judiciário, estão utilizando óculos semelhantes.

Todo o planejamento estratégico da reforma do Estado promovida a partir do governo de Fernando Henrique Cardoso encontra-se minuciosamente descrito no documento denominado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), de 1995⁽¹⁾. Nele há o reconhecimento da insuficiência estatal em assumir as crescentes expectativas geradas pelo modelo do bem-estar social, apontando como características da crise vivenciada no final do século XX a crescente perda de crédito por parte do Estado e pela poupança pública que se torna negativa; o esgotamento da estratégia estatizante de intervenção direta no domínio econômico e, por fim, da necessidade de superar a forma de administrar⁽²⁾. No tocante à reforma da administração pública, introduz o PDRA o conceito de *administração gerencial*.

A administração gerencial representaria a superação da administração burocrática, modelo este típico da sociedade liberal, nascido na segunda metade do século XIX, como forma de combater a corrupção e o nepotismo da forma mais antiga de administração pública, a forma patrimonialista (esta típica das monarquias absolutistas, onde a *res publica* se imiscuia com a *res principis*). Segundo afirmava aquele documento, o modelo burocrático encarnava como virtude a efetividade no controle dos abusos e, como pontos negativos, “a ineficiência, a autorreferência, a incapacidade de voltar-se para o serviço aos cidadãos vistos como clientes”, pois o Estado se limitava a “manter a ordem e administrar a justiça, a garantir os contratos e a propriedade”⁽³⁾.

Em resposta à expansão das funções do Estado e ao desenvolvimento causado pela globalização econômica mundial, a administração gerencial surge a partir da segunda metade do século XX, adotando como fundamentos os

(1) BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, 1995.

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

(3) *Ibidem*, p. 16.

valores da eficiência e qualidade na prestação dos serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações. No entanto, já se advertia que o novo modelo não representava a derrogação das concepções burocráticas anteriores, pelo contrário, pois,

[...] a administração pública gerencial está apoiada na anterior, da qual conserva, embora flexibilizando, alguns dos seus princípios fundamentais, como a admissão segundo rígidos critérios de mérito, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho, o treinamento sistemático. A diferença fundamental está na forma de controle, que deixa de basear-se nos processos para concentrar-se nos resultados, e não na rigorosa profissionalização da administração pública, que continua um princípio fundamental.⁽⁴⁾ (sublinhado nosso).

A estratégia dessa nova modalidade gerencial, em síntese, fulcra-se em: definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade; garantia da autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição para que possa atingir os objetivos; controle ou cobrança *a posteriori* dos resultados, bem como na descentralização e redução dos níveis hierárquicos no plano da estrutura organizacional. Tudo como forma de tornar a administração pública permeável à maior participação dos agentes privados (ou organizações da sociedade civil), além de deslocar o foco dos procedimentos para os resultados.

Queremos aqui enfatizar que, mesmo ali, nos fundamentos da reforma do Estado brasileiro, não se negava a descentralização e a confiança como fundamentos do novo modelo que se buscava implementar, haja vista que nele a criatividade passa a ser valorizada, algo sufocado pelo paradigma burocrático a ser superado. Vejamos:

(4) BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, p. 16.

O paradigma gerencial contemporâneo, fundamentado nos princípios da confiança e da descentralização da decisão, exige formas flexíveis de gestão, horizontalização de estruturas, descentralização de funções, incentivos à criatividade. Contrapõe-se à ideologia do formalismo e do rigor técnico da burocracia tradicional. À avaliação sistemática, à recompensa pelo desempenho, e à capacitação permanente, que já eram características da boa administração burocrática, acrescentam-se os princípios da orientação para o cidadão-cliente, do controle por resultados, e da competição administrada.⁽⁵⁾ (sublinhado nosso).

O Poder Judiciário, como elemento integrante do núcleo essencial do Estado, não poderia se furtar de passar por tais transformações. Em 2005, apontavam-se como principais problemas desse segmento: a lentidão na tramitação dos processos; a pouca transparência; a obsolescência administrativa; a dificuldade de acesso ao jurisdicionado; a complexidade estrutural; a concentração de litigiosidade e a desarticulação institucional⁽⁶⁾. Por tais motivos, a EC n. 45/04 cria o Conselho Nacional de Justiça como organismo capaz de promover esse planejamento integrado e controle que tanto se preconizava para o Judiciário, sendo igualmente responsável pela introdução de políticas onde, prioritariamente, figurassem a eficiência e a celeridade⁽⁷⁾.

Não se pode negar que o Judiciário, desde o advento da reforma, passou institucionalmente

(5) *Ibidem*, p. 17.

(6) RENAULT, Sérgio Rabello Tamm. *A reforma do poder judiciário sob a ótica do governo federal*, p. 130.

(7) "... com isso, as antigas práticas administrativas do Poder Judiciário começaram a ser fiscalizadas por este novo órgão, o qual impôs uma série de metas aos tribunais brasileiros, visando, sobretudo, tornar a justiça brasileira mais célere e transparente. Além disso, novos mecanismos de gestão foram implantados, instituições foram fortalecidas, com o escopo de ampliar o acesso à justiça no país, além de tornar esse serviço público essencial e mais ágil, eficaz e menos oneroso para a sociedade brasileira." (SENA, SILVA, LUQUINI. *A reforma do Poder Judiciário no Brasil: uma análise a partir do modelo gerencial*, p. 74).

por avanços, contudo, do ponto de vista da prestação jurisdicional, não se logrou êxito em eliminar a massa cada vez crescente de litígios que entopem os tribunais brasileiros e, mais grave, passamos a encontrar, graças ao sistema de gerenciamento implantado, um forte centralismo que rebate, infelizmente, na entrega da prestação jurisdicional pelas instâncias inferiores.

Em verdade, apenas se adotou no âmbito do judiciário brasileiro uma parte do modelo gerencial, decerto aquela mais arraigada ao modelo anterior, representada pelo atingimento obsessivo das metas de produtividade, como também por um alinhamento jurisprudencial que tolhe sobremaneira a liberdade no ato de julgar. A descentralização hierárquica, o estímulo à criatividade e à capacidade de se trabalhar num senso horizontal (em redes) simplesmente foram esquecidos. Há razões para tanto, apresentamos adiante nossa versão, sem prejuízo de outros caminhos que o leitor possa descobrir. O fato é que temos de tirar os óculos verdes e encarar a realidade, do contrário, cairemos na armadilha de Oz que, ao ser desmascarado, revelou para a pequena Dorothy: “meu povo usa óculos verdes há tanto tempo que a maioria deles acreditar realmente que a cidade é de esmeraldas”⁽⁸⁾.

3. Um coringa no País de Louça

Em sua busca para sair do mundo de Oz, Dorothy chega a um lugar inusitado, uma terra em que todos são de louça (pessoas, animais, casas etc.). Uma vez quebrados, poderiam ser remendados, mas nunca ficariam belos como antes. Ali residia uma figura ainda mais estranha, o “sr. Coringa”, um dos palhaços locais, que tentava em vão se equilibrar de cabeça para baixo, mas como sempre caía, já havia sido remendado mais de cem vezes, tornando-se bem feio. Temo este destino, talvez estejamos tentando nos equilibrar de ponta a cabeça, rumo a um final pouco glorioso, de remendo em remendo.

(8) BAUM, L. F. *O mágico do Oz*, p. 167.

Vimos, na parte antecedente, que o alicerce das reformas promovidas no Estado brasileiro é a passagem do modelo burocrático para o modelo gerencial, isto com vantagens manifestas. No entanto, não se percebe onde estão o estímulo à criatividade e, especialmente, a descentralização decisória. Pelo contrário, há um afunilamento crescente quanto ao centro decisório, seja na esfera administrativa quanto na prestação jurisdicional, fenômeno que denominamos de centralismo, com essas duas vertentes.

A razão de ser desse caráter contraditório reside no papel desempenhado pelo Estado, especialmente no contexto da mundialização do capital. Os aparelhos estatais participam do processo de reprodução ampliada do capital e assumem formas que melhor se ajustem ao contexto histórico vivenciado, como já apontava, ao final dos anos 70 do século passado, Nicos Poulantzas, afirmando que

é na modificação mesma dos espaços respectivos do Estado e da economia que se insere o atual papel do Estado na acumulação e reprodução do capital. É na exata medida em que (em razão de modificações nas relações de produção, na divisão do trabalho, na reprodução da força de trabalho, na extração da mais-valia e na exploração), uma série de domínios, por “marginais que fossem anteriormente (qualificação da força de trabalho, urbanismo, transportes, saúde, meio-ambiente etc.), se integram diretamente, ao expandir e modificá-lo, no espaço-processo de reprodução e valorização do capital, que o papel do Estado nesses domínios ganha um novo sentido.”⁽⁹⁾

Portanto, alterações no modelo de gestão aplicados para o espaço econômico naturalmente causam repercussões na gestão da coisa pública. Ocorre que, diferentemente daquilo que acontece no ambiente da sociedade civil, o Estado não pode abrir mão do princípio da

(9) POULANTZAS, Nico. *O Estado, o poder, o socialismo*, p. 191-192.

autoridade, pois sua essência é burocrática, ainda mais nos países periféricos, como no nosso caso. Aliás, como já dito antes, mesmo o projeto de reforma deixava claro que haveria a convivência do modelo burocrático com o modelo gerencial contemporâneo. No entanto, essa convivência entre os dois modelos, ao invés de representar uma evolução, sinaliza a permanência de um paradigma de gestão típico da década de 1960.

A denominada administração por objetivos foi desenvolvida naquela década, justamente com a finalidade de eliminar os malefícios da economia familiar, da pequena empresa, ainda existentes em larga escala na Europa do pós-guerra, estratégia que se aliava a hierarquia e a meritocracia. Isto porque o atingimento das metas apresentava critérios objetivos para a promoção nos quadros empresariais, conforme nos informam Boltanski e Chiapello⁽¹⁰⁾. Com efeito, a literatura gerencial para as empresas dos anos 1990, aquela mesma que inspirou nosso plano de reforma estatal, lança-se contra a hierarquização, esta que agora se apresentava como um entrave à concorrência intensificada exigida a partir do contexto de uma economia mundializada, sendo suas ideias principais a constituição de empresas enxutas e que operam em rede, valorizam o trabalho em equipe (ou por projetos), são orientadas para a satisfação dos clientes, contendo trabalhadores mobilizados pelas visões de seus líderes empresariais⁽¹¹⁾.

Na realidade, o fator mais saliente das reformas levadas a efeito pelo CNJ diz respeito

ao atingimento de metas ligadas à produção jurisdicional. Contudo, desponta um certo interesse como ultimamente presenciamos o espocar de vários treinamentos objetivando a formação de líderes-*coach*, capazes de desenvolver todas as potencialidades de sua equipe de trabalho, além das reuniões estratégicas, com suas eleições de metas e visões. Ocorre que essas tendências não se ajustam ao núcleo do Estado, porque ali não há espaço para a autonomia, espontaneidade, criatividade, intuição e, principalmente, a aptidão para o trabalho em rede, típicos desse novel paradigma e dos líderes a ele necessários. Ficamos apenas com o controle obsessivo pelo atingimento dessas metas estatísticas, sem ao menos importar o custo humano do quadro de magistrados e servidores envolvidos em tais tarefas.

Por outro lado, os mecanismos de controle evoluíram com o ingresso maciço da informatização e com o compartilhamento de responsabilidade nessa seara por parte dos “usuários” do sistema, que passam a denunciar, com ou sem razão, os supostos pontos falhos na prestação do serviço jurisdicional. A verdade é que não nos libertamos da taylorização, tampouco da burocracia. A propósito, adverte Weber:

Uma vez instaurada em sua plenitude, a burocracia constitui uma das estruturas sociais mais difíceis de destruir. A burocracia é o meio de transformar a “ação comunitária” em uma “ação societária” organizada racionalmente. Por isso, a burocracia, como instrumento de “societalização” das relações de poder, foi e é um instrumento de poder de grande importância para quem controlar o aparelho burocrático.

Em igualdade de condições, uma “ação societária”, dirigida e organizada com método, prevalece sobre toda resistência de uma “ação de massas” ou inclusive “comunal”. E, com toda a burocratização da administração, fica estabelecida uma forma de poder praticamente inamovível.⁽¹²⁾

(10) BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*, p. 94.

(11) “Portanto, elas se apresentam como altamente ajustadas a mundo econômico no qual o valor agregado já não encontra sua fonte principal na exploração de recursos geograficamente situados (como minas ou terras muito ricas), nem na exploração de uma mão de obra fixa, mas na capacidade de tirar proveito dos conhecimentos mais diversificados, de interpretá-los e combiná-los, de criar ou de pôr em circulação inovações e, mais geralmente, de ‘manipular símbolos’”.

(Op. cit., p. 104).

(12) WEBER, Max. *¿Qué es la burocracia?*, p. 83-84.

Weber ainda, argutamente, aponta que uma das razões de ser de burocratização radica no próprio ideal de racionalização preconizado desde a Revolução Francesa, visando eliminar traços de ação voluntaristas, de perdões, de favores pessoais, como rejeição às formas patrimonialistas pré-revolucionárias. A racionalização do Estado advém da racionalização do Direito, fundado este na tríade liberdade e igualdade formais, mais a segurança jurídica (o necessário cálculo de previsibilidade)⁽¹³⁾.

De certo modo, quem melhor administrou essa contradição do papel das leis e dos seus aplicadores em relação à segurança jurídica foram os países que se organizaram inspirados no modelo inglês, uma vez que a coerência e a unidade do sistema são expressamente aceitas a partir da submissão dos tribunais inferiores às cortes superiores, sendo necessário, em todos os casos, identificar a *ratio decidendi*, que passará a ser o fio condutor da revisão do julgado pelas instâncias superiores⁽¹⁴⁾. Evidentemente, há casos em que tribunais inferiores podem se afastar do precedente, cabendo esclarecer na decisão quais as divergências fáticas entre o caso presente e os anteriores. Note-se que esse procedimento, embora não incomum, recebeu críticas por produzir sentenças tortuosas e repletas de sutilezas, o que contribuiu para tornar ainda mais pesado o acúmulo de precedentes que todo o jurista precisa estudar. Noutro lado,

para o juiz de grau inferior, não há outra saída senão adaptar regras antigas a situações novas. Recentemente, porém, como nota Losano, vê-se a criação de uma mentalidade menos hostil à legislação estatal, tornando-se mais frequentes sentenças em que o magistrado se pronuncia respeitando o precedente, contudo convidando o Poder Legislativo a intervir para regular a matéria de modo novo⁽¹⁵⁾.

Nos países que formaram seus sistemas legais a partir da tradição romano-canônica, o relacionamento entre os poderes passa a ser cada vez mais traumático, a partir da abertura textual presente nas Constituições modernas e da complexidade dos temas que passaram a ser judicializados, levando as cortes a tratarem deles sob a perspectiva de princípios e valores, o que possibilita, sem dúvida, a assunção de perspectivas políticas por parte dos julgadores. Esse novo papel assumido pela magistratura, quando falamos, por exemplo, da Europa Continental, não passa despercebido por alguns autores, para quem a informalização básica do Direito, decorrente do caráter cada vez mais dinâmico da proteção dos bens jurídicos, impõe aos setores sociais a intervenção casuística de um Estado que, para administrar crises ou preveni-las, confronta a autonomia do sujeito para garantir a autonomia dos sistemas funcionais. Nesse mesmo movimento, a moralização da jurisprudência serve à funcionalização do Direito, e a Justiça ganha um significado duplo. Essa nova imagem paterna advinda da jurisdição assume de fato os princípios de uma sociedade que tantas vezes se apresenta “órfã”, a exigir um resguardo moral, que confronta com pontos de vista morais autônomos oriundos dos movimentos sociais de protesto, algo de que os parlamentos podem mais facilmente se desobrigar porque já internalizaram os parâmetros funcionalistas de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis⁽¹⁶⁾.

(13) “Essa necessidade de cálculo de previsão se apresenta, assim, como a resultante comum e simples de diversas necessidades de previsibilidade parciais e complexas da base em sua ação concertada para a superestrutura jurídica e estatal. Reveste uma importância relativamente autônoma para esta superestrutura na medida em que, em seu caráter global, se erige atualmente em valor específico de ‘calculabilidade’ e ‘previsibilidade’” (POULANTZAS, N. *Hegemonia y dominación en el estado moderno*, p. 23).

(14) “É evocando aquela *ratio* que os juízes sucessivos decidirão se aquele precedente se adequa ou não ao caso concreto a ser decidido. Um mesmo caso pode gerar vários precedentes, se sua decisão é ilustrada por uma pluralidade de razões. Até a opinião discordante pode constituir precedente, mas as observações incidentais do juiz (*obiter dicta*) não podem ser levadas em consideração.” (LOSANO, M.G. *Os grandes sistemas jurídicos*, p. 338)

(15) LOSANO, M.G. *Os grandes sistemas jurídicos*, p. 338.

(16) MAUS, I. *O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*, p. 200-201.

A partir do momento em que abertura dos textos legais para temas socioeconômicos passa a ser uma constante o modelo de adjudicação das normas teve de ir se ajustando, como forma de se adaptar aos novos problemas conjunturais que daí adviriam. Em cada país que adota o sistema capitalista, o tratamento dado ao complexo demanda-julgador foi se adequando, de maneira a absorver essas novas contendas, sem prejuízo para a segurança jurídica e a manutenção do *status quo* tão necessária ao funcionamento do modo de produção, dessa feita, numa escala globalizada. Se nos países que adotam o *common law*, a opção foi um reforço ao papel dos precedentes e à conclamação do legislador a adaptar as leis às novas demandas sociais, ou seja, uma política de crescente absenteísmo da função política judicial de maneira generalizada, no âmbito do *civil law*, especialmente naqueles países que adotam o controle difuso da constitucionalidade, o caminho escolhido foi justamente o de priorizar a revisão das políticas públicas e dos atos do parlamento através das cortes onde a influência política se dá de maneira mais intensa, quer dizer, onde a influência das classes dominantes acontece de forma mais contundente e, ao revés, institui uma crescente desconfiança naqueles juízes que estão, por força da forma de recrutamento a que se sujeitam, mais protegidos dessa influência.

No Brasil, há que se mencionar, de logo, a presença, desde a Constituição de 1934, de uma figura singular, representada pelo denominado “quinto constitucional”, quando os tribunais passaram a ser compostos por membros do Ministério Público e da Advocacia, nos termos do art. 104, § 6º, daquela Carta, nestes termos: “Na composição dos Tribunais Superiores, serão reservados lugares correspondentes a um quinto do número total, para que sejam preenchidos por advogados ou membros do Ministério Público de notório merecimento e reputação ilibada, escolhidos de lista tríplice, organizada na forma do § 3º”. Naquele mesmo diploma, restou também reconhecida

a representação classista na Justiça do Trabalho⁽¹⁷⁾, que só foi extinta no país por meio da Emenda Constitucional n. 24/99. Na Constituição de 1988, após a Reforma do Judiciário, o quinto constitucional assume a seguinte forma normativa:

Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

Esse procedimento de escolha discrepa totalmente do recrutamento através de comissão técnica, como no modelo inglês⁽¹⁸⁾,

(17) Estabelecia a Carta de 1934: “Art. 122 Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I”.

Parágrafo único – “A constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de membros, metade pelas associações representativas dos empregados, e metade pelas dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido entre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual.”

(18) No caso inglês, desde 2006, o processo de recrutamento para a Magistratura nos estágios iniciais compete à *Judicial Appointments Commission* (JAC), composta por membros provenientes do Sistema Judiciário, profissões forenses, tribunais, juízos de paz e da sociedade civil, considerando em relação aos candidatos os requisitos de capacidade intelectual (experiência profissional, capacidade de análise e de raciocínio, bons conhecimentos jurídicos); capacidade pessoal (integridade e abertura de espírito, boa capacidade de decisão, objetividade, capacidade de aprendizagem e desenvolvimento pessoal); sensibilidade e capacidade de relacionamento; autoridade e competências comunicacionais, bem como a eficiência (capacidade para trabalhar sobre pressão e organização do trabalho).

por exemplo, e representa uma porta aberta para ingerências políticas no procedimento de ingresso para a magistratura. Já em relação ao recrutamento para a primeira instância, após o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, a regra geral passou a ser o concurso público de provas e títulos, obedecendo-se a ordem de classificação⁽¹⁹⁾ e estabelecendo a previsão de cursos preparatórios apenas como etapa necessária ao vitaliciamento.

Inegavelmente há uma presença constante da ingerência do Poder Executivo no processo de composição dos tribunais, crescendo-se, ainda, a liberdade de indicação de que desfruta o chefe daquele poder, em relação à União, quando se trata da escolha dos integrantes do Supremo Tribunal Federal (Constituição Federal, art. 101), faculdade conferida praticamente nos mesmos moldes do sistema norte-americano.

Trata-se de um procedimento extremamente detalhado, composto não apenas por entrevistas e testes, mas também pela simulação de situações que, cotidianamente, o magistrado irá enfrentar. Em síntese, o processo de escolha leva em consideração a inteireza do candidato, quer dizer, não apenas seus aspectos intelectuais, mas também se ele detém a formação pessoal que se espera do cargo. Contudo, carrega o malefício de contar com critérios de valoração subjetiva por parte da comissão, em que se manifestam opções políticas na seleção, mas fica bem estatuído, até mesmo por uma análise dos critérios escolhidos, que se pretende recrutar um magistrado que tenha um trânsito intenso em relação ao que se passa no âmbito da sociedade civil, colhendo seus influxos para incorporá-los na atividade judicante. (SANTOS *et al.* *O recrutamento e a formação de magistrados*, p. 46).

- (19) “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

IV – previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados;”

Mas é curioso notar que essa interferência representa um fato que se reproduz desde o Brasil-colônia, que, naquela época, visava afastar os juízes do convívio social. Lembra Ovídio Baptista da Silva que um Alvará da Coroa Portuguesa, de 1610, estabelecia que “os desembargadores deviam morar em residências próximas umas das outras e limitar seu contato social com outras pessoas da sociedade”⁽²⁰⁾. Ele refere que o isolamento do magistrado (que buscava distância até mesmo dos advogados da causa) fortaleceu, de um lado, o corporativismo da instituição e favoreceu o espírito burocrático tão presente hoje em nosso Poder Judiciário, na medida em que o juiz, em decorrência desse isolamento social, conservou-se um “elemento da organização”, da qual se tornou dependente, por meio de um sistema de controle administrativo e recursal que sufoca sua atividade. A perda da legitimidade social de nossos juízes é decorrência do modo pelo qual o Poder Judiciário inseriu-se no poder burocrático do Estado contemporâneo. Por outro lado, há que se ter presente que as atribuições dos juízes não eram só jurisdicionais, pois vários serviços administrativos eram confiados, como decorrência da insuficiência política e administrativa na Colônia, fato que também levou a uma estreita ligação e dependência com a Coroa Portuguesa. Por isso, antes de serem juízes, semelhante ao antigo regime francês, eles eram “magistrados do Rei”⁽²¹⁾.

Portanto, a montagem de um sistema micro-hegemônico no Judiciário brasileiro, passa pela influência política dos demais poderes na formação dos tribunais, constituindo as cortes por juízes que potencialmente melhor se afinem com a concepção de mundo prevalecente, ao passo que aqueles que, em tese estivessem mais protegidos de tal influência — os juízes de primeira instância — recrutados que são pela via do concurso público, submetem-se a

(20) SILVA, O. B. *Processo e ideologia*, p. 45.

(21) *Op. cit.*, p. 45-46.

um isolacionismo criativo, como forma de minimizar os riscos decorrentes de opções políticas divergentes, mantendo-se um pensamento marcadamente unitário em áreas estratégicas da aplicação do Direito, especialmente na seara econômica⁽²²⁾. Essa é a diretriz essencial que deve presidir a atividade judicante para o capitalismo em seu estágio atual. E quem diz isso é o próprio Banco Mundial, ao traçar as estratégias para a Reforma do Judiciário na América Latina e no Caribe, em documento produzido ainda em 1995:

É frequentemente dito que o papel dos tribunais é o de promover a justa, rápida e econômica resolução de disputas sobre seus méritos. Sistemas judiciais que estão atolados de prazos processuais, que não são facilmente acessíveis para aqueles que necessitam de seus serviços, ou que continuam casos que poderiam ser melhor resolvidos através de outros meios, não conseguem atender os ditames centrais desse mandato. Para serem seguros e confiáveis, os tribunais também devem ser independentes das influências do Executivo, bem como das dos privados. A Reforma judiciária, portanto, deve procurar alterar o sistema legal e suas operações para minimizar as barreiras para o desenvolvimento econômico e social.

Já que o comércio internacional não pode prosperar onde as condições legais locais não promovem a segurança econômica, é oportuno que essa conferência sobre a

reforma judicial tenha como temas centrais de toda a gama de questões que afetam o desempenho do Poder Judiciário no seu papel *como estabilizadores das nações e facilitadores de relações internas e internacionais*: a independência do Judiciário, os custos econômicos de um sistema judicial, a reforma legal, a administração da justiça, mecanismos de resolução alternativa de litígios, acesso à justiça, a profissão legal e educação e formação legal.

Como todos os elementos de um sistema judicial são interligados, a reforma de um influencia muito, se não todos, os outros elementos. Mudanças na administração dos tribunais, por exemplo, requerem que os juízes, advogados e funcionários mudem seu comportamento. Novos sistemas para a prestação de serviços jurídicos para melhorar o acesso à justiça vão afetar, entre outros, o financiamento dos tribunais, o papel dos advogados individuais e suas organizações profissionais, e uso de mecanismos alternativos de resolução de litígios. Essa independência requer não apenas novas leis, procedimentos e funções administrativas, mas também um sistema de educação e formação para apoiar a mudança e proporcionar novos conhecimentos, habilidades e atitudes para as pessoas que desempenham papéis afetados pela reforma⁽²³⁾ (grifos nossos).

É curioso notar como o Banco Mundial trata da independência do Poder Judiciário em relação ao Executivo, marca constante das repúblicas sul-americanas, ao mesmo tempo em que preconiza um alinhamento operacional em relação aos interesses do mercado internacional. Destaca, ainda, que o processo de educação e treinamento a respeito dessas novas diretrizes deveria ser de forma integrada, envolvendo todos aqueles que atuam no universo jurídico, não apenas juízes, mas também membros do Ministério

(22) No mesmo sentido, ressalta Lorena Freitas: “Dentre os vários aparelhos ideológicos do Estado, e fazendo um empréstimo da expressão de Althusser, preferimos delimitar nosso enfoque nos aparelhos ideológicos jurídicos-estatais, os quais integram não só o poder Judiciário – cuja função precípua é julgar, aplicar a lei, mas também o Executivo que diretamente edita medidas provisórias, por exemplo, e indiretamente quicã, participa econômico-politicamente das duas casas nas discussões legislativas, e o terceiro poder, o Legislativo, que elabora as leis e, **portanto, concretiza na norma a simbologia ideológica que o sistema econômico quer legitimar.**” (*Além da toga*, p. 46, grifo nosso).

(23) *World Bank Technical Paper Number 280*, p. 113-114.

Público, advogados, agências executivas que se relacionam com o cumprimento de políticas públicas, entidades não governamentais coligadas ao sistema, centros de difusão do ensino jurídico, entre outras.

Ressalte-se, no entanto, que uma análise compartimentalizada desse documento, muitas vezes, leva-nos à falsa percepção de que realmente se pretende elevar a qualidade dos serviços judiciários nos países periféricos. Todavia, nos alerta Pereira que a reforma do Judiciário é apenas uma faceta das diretrizes fixadas pelo Banco Mundial para a América Latina e o Caribe, entre 1994 e 1996, e está inclusa num processo maior de ajustamento estrutural para a Reforma do Estado, cujo sentido de modernização incluía como premissa básica a “construção da confiança” (*confidence building*)⁽²⁴⁾, em que deveriam ser atacadas as seguintes frentes:

a) blindagem da política econômica, mediante a independência do banco central, ajuste fiscal rigoroso e mudanças na elaboração e no manejo orçamentário nacional, a fim de torná-lo mais previsível e atrelado ao pagamento da dívida pública — leia-se, à remuneração dos detentores da dívida pública; b) privatização dos bancos públicos e criação de agências de supervisão do mercado financeiro, a fim de afiançar sua competitividade e transparência e favorecer sua integração no mercado global; c) criação de uma nova estrutura de produção dos “bens públicos” (saúde, educação, saneamento, água etc.) por meio de arranjos políticos privados, substituindo “um sistema em que o próprio Estado produz e distribui os bens públicos por outro em que é o setor privado que os produz e distribui e o Estado desenha as políticas e o marco regulatório, supervisionando seu fornecimento” (*¿Qué significa para el Banco Mundial la reforma*

del Estado? Washington, 1997, p. 5); d) reforma do Judiciário, a fim de torná-lo mais “barato”, “ágil” e “transparente”, ou seja, capaz de atender aos interesses do capital privado, eficaz na defesa da propriedade privada e, sobretudo, comprometido com a segurança jurídica de ativos e contratos; e) por fim, a reforma da administração pública, com base na introdução de princípios mercantis já testados na burocracia estatal norte-americana em alguns países europeus.⁽²⁵⁾ (grifo nosso).

Enfim, uma nova concepção para o mundo do Direito passou a ser gestada e gradualmente aplicada, levando ao quadro que encontramos hoje em relação ao nosso país, onde a apatia e o controle predominam em relação aos magistrados de primeira instância.

4. Dorothy e seus amigos

Na história que pauta este ensaio, Dorothy mantém a companhia fiel de três amigos: um espantalho, que não tem cérebro, um leão covarde e um homem de lata (sem coração). Poderiam ser eleitos como juízes-tipo para a primeira instância brasileira, fruto do centralismo burocrático aqui implantado. Essa classificação corre como que em paralelo àquela proposta por François Ost⁽²⁶⁾, tipificando os juízes de conformidade com divindades da antiguidade, Júpiter, Hércules e Hermes, cada qual sendo a representação de uma era, isto é, o juiz do liberalismo, do Estado do bem estar-social e, enfim, da era globalizada. Sobre o denominado juiz Hermes, tipo mais refinado, sustenta Ost que sua concepção do direito se baseia numa estrutura em rede, com infinitas informações disponíveis instantaneamente e ao mesmo tempo, dificilmente matizadas, tal como um grande banco de dados, convivendo com uma multiplicidade de regras, de atores e de alter-

(25) *Op cit.* p. 369.

(26) OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez (Trad.: Isabel Lifante Vidal). *DOXA – Cadernos de Filosofia*, n. 14, 1993.

(24) PEREIRA, J. M. *O Banco Mundial como ator político, intelectual e financeiro: 1944-2008*, p. 368.

nativas disponíveis para solução dos casos⁽²⁷⁾. Tal perfil seria, sem dúvida, mais achegado ao modelo gerencial proposto na mesma época de transição para o neocorporativismo, conforme exposto acima, onde a criatividade e supressão dos padrões hierárquicos passam a ser valores essenciais.

Contudo, as coisas não acontecem assim. Na verdade, o poder judiciário brasileiro contemporâneo pode ser representado como um corpo burocrático sólido, monolítico, que mantém relação com os demais corpos burocráticos e com a sociedade civil. A propósito, um olhar mais detido na organização dos ramos judiciários nos informará que convivemos bem mais com modelos rígidos do que os flexíveis derivados do paradigma gerencial, cenário patológico, onde podem ser encontradas, junto com a clássica noção weberiana de burocracia, facetas mais perversas.

A hipervalorização do modelo burocrático traz consequências nefastas, como bem salientou Owen Fiss em artigo intitulado *A burocratização da judicatura*⁽²⁸⁾, no qual ele dissecou, em relação à Justiça Federal norte-americana, as relações que se estabelecem entre juiz-juiz e juiz-servidores. Além do modelo burocrático weberiano, Fiss destaca o risco da geração, mesmo nas mais avançadas democracias, do padrão identificado por Hannah Arendt, em seu *Eichmann em Jerusalém*, através do qual, a mecanização das atividades no tribunal e a delegação de funções elevadas a servidores de escalão inferior, acarreta num cenário de insensibilidade por parte das autoridades, capaz de legitimar graves atrocidades como se estivessem defronte de fatos aparentemente normais. Arendt, discorrendo acerca da invocação que Eichmann fez em seu julgamento do imperativo categórico de Kant contido na *Crítica da razão pura*, invertendo seu sentido real, acrescenta que

Grande parte do minucioso empenho na execução da Solução Final — um empenho que geralmente atinge o observador como tipicamente alemão, ou característico do perfeito burocrata — pode ser atribuída à estranha noção, efetivamente muito comum na Alemanha, de que ser respeitador das leis significa não apenas obedecer as leis, mas agir como se fôssemos os legisladores da lei que obedecemos. Daí a convicção de que é preciso ir além do chamado do dever.⁽²⁹⁾

Para os nazistas, esse ir além daquilo que está expresso na norma, seria identificado como a vontade do *Führer*. É fato que a modernidade trouxe aos juízes esse poder de transcender o texto da norma, de ir para além do sentido meramente textual, de assumir um protagonismo judicial, poder absolutamente necessário ao bom funcionamento de um regime democrático, mas não indene a riscos. E no caso do judiciário o perigo decorre da compartimentalização e fragmentação das esferas decisórias, isolando os magistrados das experiências intelectuais críticas que deveriam informar seus juízos de valor, nesse sentido, adverte Fiss:

Os juízes que exercem seu poder sem entabular plenamente o diálogo sobre o qual funda sua autoridade — delegando a outros o conhecimento da pretensão que origina o processo ou a explicação de uma decisão — são como o biólogo que opina sobre questões que não restam provadas mediante um método científico. Ainda que possa apontar o resultado correto, não existe razão alguma para crer que suas afirmações são ou podem ser corretas. Carecem de qualquer classe de razão para exigir nosso respeito⁽³⁰⁾.

Corre-se o risco de uma crise de legitimidade. O que não dizer, trazendo o caso para a experiência nacional, considerando as relações juízes-servidores e a avalanche de processos

(27) *Ibidem*, p. 172.

(28) In: FISS, Owen. *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcel Pons, 2007.

(29) ARENDT, H. *Eichmann em Jerusalém*, p. 154.

(30) FISS, Owen. *El derecho como razón pública*, p. 113.

nos tribunais, da excessiva delegação de funções aos serventuários dos gabinetes nos tribunais, dando-lhes a sensação de autênticos revisores dos feitos, uma vez que alguns membros da corte, mesmo por falta tempo, obriga-se a enfrentar questões de maior complexidade e deixam-se levar por seu *ghost writer*? E a política de extermínio em massas das demandas nos tribunais, a partir dos julgamentos em bloco com base em entendimentos sumulados ou de iterativa jurisprudência, que tantas vezes não considera as peculiaridades de um caso imerso na multidão afetada?

Quanto à primeira instância, talvez o modelo burocrático que melhor se adequa é aquele descrito por Antonio Gramsci, denominado de centralismo orgânico ou burocrático, uma vez que aqui o fator preponderante é a disciplina que vai presidir as relações juiz-juiz. Tal modelo toma por premissa que o relacionamento que se estabelece entre governantes e governados se viabiliza através da disciplina, na busca por se realizar uma vontade coletiva. A disciplina é transmitida aos integrantes da sociedade civil por meio do senso comum, como um valor essencial à manutenção da estabilidade social; quanto aos integrantes da sociedade política, nos aparelhos de Estado, esse mesmo senso comum apresenta-se como base da hierarquia que se estabelece na estruturação da administração pública, formando o corpo burocrático.

A discussão acerca da disciplina comparece em Gramsci quando se trata de duas formas de centralismo: o orgânico (ou burocrático) e o democrático, particularmente quando discute o papel do partido como agente revolucionário. A ideia desses centralismos não é original, pois ele colhe os ensinamentos de Lênin a esse respeito, especialmente em seu “*O que fazer?*”⁽³¹⁾, em que o centralismo democrático representa a maneira pela qual o partido revolucionário se organiza. Trata-se de

um método que se biparte em dois momentos sucessivos: é democrático quanto ao processo de tomada da decisão, em que todas as alternativas possíveis são amplamente discutidas em todas as suas possibilidades, como objeto de votação e, uma vez atribuído em caminho, passa a concentrar todas as suas energias na consecução dos objetivos definidos pela maioria. Ou seja, a autoridade da decisão deriva do procedimento que a legitima e da origem da autoridade (escolhida democraticamente), necessária para pôr em prática as estratégias escolhidas, mesmo que se contraponham aos interesses da minoria que não logrou êxito em fazer valerem suas posições. Nesse sentido, a disciplina não anula a personalidade nem a liberdade. A propósito, faria muito bem ao judiciário a prática democrática de eleição direta dos seus gestores, por todos aqueles que integram o órgão judicante e não apenas com a corte compondo o colegiado votante.

O centralismo democrático apresenta-se como uma fórmula flexível, que vive através desse contínuo esforço de adaptação às necessidades sociais, que consiste na adoção de uma postura crítica, que investigue aquilo que é idêntico sobre a aparente diversidade, sabendo discernir também o que é distinto, ou mesmo oposto, sob o manto de uma aparente uniformidade, tudo feito por uma exigência prática de caráter indutivo e experimental, e não, como um esquema puramente racional de características dedutivas e abstratas⁽³²⁾. O centralismo democrático se constrói e é sustentado pela relação orgânica que se estabelece entre a teoria e a prática, entre as camadas intelectuais e as massas populares, entre governantes e governados⁽³³⁾. Noutro lado, o centralismo burocrático elimina a unidade necessária entre a teoria e a ação política prática, fazendo tudo parecer um “pântano, superficialmente calmo e mudo”, um “saco de batatas”, onde há apenas

(31) ULIANOV, Vladimir I. *Que fazer?* São Paulo: LECH, 1977.

(32) MACCIOCCHI, Maria-Antonieta. *A favor de Gramsci*, p. 173.

(33) GRAMSCI, Antonio. *Quaderni del Carcere*, p. 1.635.

justaposição mecânica de “unidades singulares sem conexão entre si”⁽³⁴⁾. Interessante notar que, nessa modalidade, predomina um grupo dirigente ao qual se atribui o papel de “portador infalível da verdade”, de “iluminados pela razão”, que encontrou as leis naturais e infalíveis do desenvolvimento da história, mesmo que, no decurso do tempo, ou até em função de acontecimentos imediatos, isso pareça não lhes outorgar qualquer razão⁽³⁵⁾.

Voltando para a história que pauta nosso trabalho, diferente dos tipos eleitos por Ost, que se mostram como modalidades independentes, muito embora possam aparecer aqui e ali mesmo hoje, no comportamento dos juízes considerados isoladamente, nossa tipologia, inspirada nos três companheiros de jornada da pequena Dorothy tem natureza complementar. O espantalho, que luta para receber um cérebro; o leão, que persegue coragem, e o lenhador de lata, que busca um coração; respectivamente encarnam os ideais da criatividade, do destemor e da sensibilidade mostram-se como virtudes que devem se apresentar na vida e, na atividade judicante, particularmente na primeira instância devem comparecer. Evidentemente, não excluimos tais necessidades quanto aos juízes da segunda instância em diante, todavia, destaque-se que ali se atua num órgão colegiado, onde talvez a capacidade de adaptação ao meio e a concertação de interesses antagônicos se revelem bem mais importantes.

O quadro, contudo, é de um gradual sufocamento desses atributos. Por um lado, o centralismo administrativo do CNJ submete os juízes a uma rígida disciplina quanto ao atingimento das metas, a maioria meramente numérica e considerando o volume produzido, ao revés da qualidade daquilo que se produz, tendo por *longa manus* as Corregedorias para auxiliá-lo nessa cobrança. A perseguição da produtividade

implica ainda numa hipervalorização da conciliação como grande alternativa para composição dos conflitos, criando-se as campanhas para atingimento de resultados (as “semanas da conciliação”, “semanas da execução”), desconsiderando que há determinados segmentos do judiciário, como o caso da Justiça do Trabalho, que possuem, ontologicamente, vocação para a celebração de acordos e que isso poderia acontecer em qualquer momento processual, desde que se respeite a condição que de um lado se encontra muitas vezes uma parte despossuída do poder econômico e carente de recursos, servindo o tempo como um agente cruel, um aguilhão, a impeli-lo para celebrar um acordo mais vantajoso a quem dispõe de meios para especular com a possibilidade de recorrer para os tribunais⁽³⁶⁾. Cremos que o maior motor para a conciliação decorre do fato das partes terem a consciência de que seu caso será julgado com a maior brevidade e, melhor ainda, será executado por um magistrado que possui um arsenal técnico e jurídico capaz de perfurar as couraças daqueles que insistirem em não honrar os compromissos creditícios decorrentes da legislação laboral.

De outra banda, o espaço criativo dos juízes vem sendo reduzido, em virtude da montagem de um sistema procedimental que prioriza a padronização dos entendimentos, seja por meio das súmulas vinculantes ou impeditivas de recursos, tornando a atividade jurisdicional cada vez mais mecânica, envolta no jogo de descoberta se o caso se enquadra ou não naquele determinado entendimento pacificado pelas cortes superiores. Poderia o juiz fazer uso de sua independência funcional e posicionar-se contra tudo isso? Nesse ponto, destacamos o disposto na Resolução do CNJ, de número

(34) *Idem*.

(35) *Op. cit.*, p. 1.650.

(36) No mesmo sentido, ver interessante artigo publicado por Mayara de Carvalho Araújo e Juliana Coelho T. da Silva, intitulado *Ser conivente é conveniente: uma perspectiva das conciliações judiciais como forma de dissimular a crise do judiciário e de perpetuar a subcidadania no Brasil*. Disponível em: <<http://www.abrasd.com.br/biblioteca/anaís/anaísVcongabrasd.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

106, editada em 6 de abril de 2010⁽³⁷⁾, que dispõe sobre os critérios objetivos para aferir o merecimento para a promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau. Ao tratar de um dos requisitos objetivos que norteiam o procedimento de escolha da composição das listas de concorrentes pelo Tribunal, referente à qualidade das decisões, há expressa menção ao “respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores” (art. 5º, letra “e”). Logo, embora seja uma opção ir de encontro à prática sumular, mesmo que não se fale na modalidade vinculante, pode significar a renúncia antecipada do juiz a uma futura promoção na carreira. Noutro item crucial para a promoção, dessa feita a presteza no exercício das funções, resta estabelecida como critério valorativo o “alinhamento com as metas do Poder Judiciário, traçadas sob a coordenação do Conselho Nacional de Justiça” (art. 7º, I, “k”).

Ainda naquelas diretrizes, podem ser identificados diversos pontos que ressaltam o quanto é importante para o juiz um número cada vez maior de processos (art. 6º, item II, referente ao volume de produção), como também privilegiar-se o magistrado “cujo índice de conciliação seja proporcionalmente superior ao índice de sentenças proferidas” (art. 6º, parágrafo único, parte final). Instala-se, assim, uma política de eliminação em massa das ações.

Cria-se, enfim, graças a tais mecanismos, um clima organizacional de autêntica compulsão pela produtividade, que leva o juiz a estranhar os processos que conduziram a uma análise mais profunda do caso e a um contato mais alongado com a realidade vivenciada pelas partes, porquanto a lógica imperante coopta sua subjetividade, e ele passa a ser, como que num paradigmático toyotismo judiciário, um reitor de procedimentos gerenciais, cujo objetivo maior é o de obter produtividade,

números que irão compor estatísticas a serem divulgadas amplamente na mídia, dando conta de que o Judiciário está cada vez afinado com a modernidade do seu tempo.

5. Fugindo de Oz: em busca de um epílogo

No livro de Baum, a pequena Dorothy, que vivia numa pobre e cinzenta fazenda do Kansas, é tragada por um ciclone e chega ao distante e estranho mundo de Oz, nome do mágico “terrível” que o governa. Toda narrativa encarta o esforço da pequena protagonista em querer sair daquele lugar, por mais bonito que algumas vezes pudesse lhe parecer. O mágico, que a princípio parecia ser a única esperança de sucesso nessa empreitada, revela-se um farsante, um velhinho que há muito também fora tragado para aquele mundo, sendo obrigado a fazer uso de suas artes mágicas para se manter incógnito e preservar a ordem no local. Poderes mágicos não tinha, pois o “grande” Oz não passava de um velho embusteiro e covarde. Somente o trabalho em equipe, a conjugação daquelas três virtudes (criatividade, sensibilidade e coragem) e forte desejo em escapar daquele imbróglio, foram capazes de devolver a menina ao seu mundo que, embora cinzento, era a vida real.

Quem é Dorothy nesta narrativa que ora estamos finalizando? O cidadão comum, seja ele autor ou réu, que se vê na contingência de participar de uma demanda judicial, especialmente agudizada quando se relaciona a temas do mundo do trabalho. Um mundo desconfortável e incompreensível. Para aquele que necessita da proteção judicial, é inexplicável testemunhar a perpetuação de um feito, por anos, enquanto que aquele juiz, que presidiu sua audiência, conheceu o caso, ditou seus direitos na sentença, nada pode fazer porque está enredado na trama recursal, prisioneiro de um formalismo sem sentido.

Uma das grandes distorções que o judiciário brasileiro enfrenta é a destinação embutida em cada demanda, não ao juiz de primeira instância,

(37) DJ-e n. 61/2010, em 7.4.2010, p. 6-9.

mas sim procurando-se, insistentemente, às instâncias superiores, quanto mais longe o processo for, de preferência para Brasília (nossa Cidade das Esmeraldas), melhor. A primeira instância deve ser eleita como prioritária não apenas quanto ao aspecto material, mas especialmente em relação aos seus poderes processuais e a capacidade que se tem de amoldar a norma aos imperativos do caso. Claro que não se está pregando aqui uma ditadura dos juízes de primeira instância, tolhendo-se toda e qualquer possibilidade recursal, isso nem poderia ser feito, sob pena de violarmos cânones constitucionais. Mas porque não se adota no judiciário trabalhista a solução das turmas recursais nos moldes daquelas criadas para os juizados especiais (art. 41, § 1º, da Lei n. 9.099/95)?

Por que, ao invés de se desenvolver um programa eletrônico de gerenciamento processo hermético e indistinto, não se permite a implantação de um modelo que valorize as singularidades de cada ramo do judiciário e, especialmente, a criatividade dos juízes em encontrar alternativas mais ágeis ao desenvolvimento da relação processual?

Como justificar o uso desmesurado do mandado de segurança a título de sucedâneo recursal, em alguns casos suprimindo o cabimento de embargos do devedor e do consequente agravo de petição, levando o tumulto à marcha executória? Estimulando-se uma recorrência viciada aos tribunais, eleitos que são autênticos censores da atividade executória que se passa nas Varas?

Qual a razão para se ter tanto temor em se aplicar as sanções decorrentes do ato atentatório à jurisdição, inserto no art. 14, parágrafo único, do CPC, ou mesmo a multa prevista no art. 475-J, *caput*, daquele diploma⁽³⁸⁾? Enfim,

(38) A questão da aplicabilidade da multa do art. 475-J do CPC ao processo do trabalho encontra forte resistência no TST, destacando-se, aqui o RR - 143700-19.2007.5.15.0043, 3ª Turma, da Relatoria do Ministro Mauricio Godinho Delgado, julgado em 12.2.2014, publicado em 14.2.2014, como um dos mais recentes julgados quanto ao tema.

por que vedar o bloqueio de numerário, via *bacen-jud*, em execução provisória, conforme preconizado pelo item III, da Súmula n. 417 do TST, se isso, nem mesmo é defeso pelo CPC? São iniciativas simples, mas que sinalizariam uma mudança de atitude em relação aos juízes de primeira instância.

Fugir de Oz é realmente difícil; mas não é impossível. Fórmulas mágicas inexistem. Tudo passa pela consciência dos problemas, foco naquilo que realmente interessa, qual seja a defesa efetiva da cidadania, no enfrentamento dos problemas de uma maneira realista e, enfim, na valorização dos atributos humanos que os juízes devem ter.

Nossa jornada apenas está começando.

6. Referências bibliográficas

ARAÚJO, Mayara de Carvalho; SILVA, Juliana Coelho T. da Silva. Ser conivente é conveniente: uma perspectiva das conciliações judiciais como forma de dissimular a crise do judiciário e de perpetuar a subcidadania no Brasil. IV CONGRESSO DA ABraSD. Recife. UFPE. 11 a 13 nov. 2013. *Anais Eletrônicos*. Disponível em: <<http://www.abrasd.com.br/biblioteca/anais/anaisIVcongrabrasd.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Cia. das Letras, 2013.

BAUM, L. FRANK. *O mágico de Oz*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, DF, 1995.

FISS, Owen. *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcel Pons, 2007.

FREITAS, Lorena. *Além da toga*: uma pesquisa empírica sobre ideologia e direito. 1. ed. Recife: Bagaço, 2009.

GRAMSCI, Antonio. *Quaderni del Carcere*. Edizione critica dell'Istituto Gramsci. A cura di Valentino Gerratana. 4v. Torino: Einaudi, 2007.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACCIOCCI, Maria-Antonieta. *A favor de Gramsci*. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1976.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, nov. 2000, p. 183-202.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez (Trad. Isabel Lifante Vidal). *DOXA – Cadernos de Filosofia*, n. 14, 1993. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf?portal=0>. Acesso em: 3 out. 2011.

PEREIRA, João Márcio Mendes. *O Banco Mundial como ator político, intelectual e financeiro: 1944-2008*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

POULANZAS, Nico. *O Estado, o poder, o socialismo*. 3ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

_____. *Hegemonia y dominación em el estado moderno*. 4ed. México: Pasado y presente, 1977.

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm. A reforma do poder judiciário sob a ótica do governo federal. *Revista do Serviço Público*, Brasília (DF), n. 56 (2): ENAP, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa; PEDROSO, João; BRANCO, Patrícia. *O recrutamento e a formação de magistrados: análise comparada de sistemas em países da União Europeia*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2006.

SENA, Gabriel Astoni; SILVA, Edson Arlindo; LUQUINI, Roberto de Almeida. A reforma do Poder Judiciário no Brasil: uma análise a partir do modelo gerencial. *Revista de Ciências da Administração*, v.14, n.33, p. 68-78, ago 2012.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ULIANOV, Vladimir I. *Que fazer?* São Paulo: LECH, 1977.

WEBER, Max. *¿Qué es la burocracia?* Madrid: Ediciones elaleph, 2000.

World Bank Technical Paper Number 280, *Judicial Reform in Latin America and Caribbean*: Proceedings of a World Bank Conference. Washington, 1995.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito

Roberta Corrêa de Araújo Monteiro^(*)

Resumo:

- ▶ O reconhecimento de que a dignidade da pessoa humana é o lastro fundamental do constitucionalismo contemporâneo é o ponto de partida para reflexão acerca da construção do seu conceito e sua consolidação no cenário constitucional brasileiro como tarefa e objetivo do Estado. O enfrentamento do problema da abstração e vagueza dos princípios constitucionais definidores dos direitos fundamentais leva à análise da importância de uma atuação do Poder Judiciário alicerçada primordialmente na defesa da força normativa da constituição e na necessidade de uma interpretação constitucional de viés concretista. A Teoria dos Princípios associada a uma Teoria dos Direitos Fundamentais a partir de Robert Alexy e Ronald Dworkin constituem a chave de acesso à abordagem dogmática acerca da eficácia normativa e vinculante dos princípios constitucionais. A concretização judicial do princípio da dignidade humana como valor fundamental a ser realizado na ordem jurídica pátria sobretudo por meio da realização efetiva dos direitos fundamentais representa uma conquista do cidadão e da sociedade para aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave:

- ▶ Princípio da dignidade humana — eficácia normativa — concretização — direitos fundamentais.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A construção e evolução do conceito de pessoa e de dignidade da pessoa humana
 - ▶ 2.1. A tradição grega e a concepção de pessoa e dignidade na antiguidade
 - ▶ 2.2. O período medieval e a concepção de pessoa e de dignidade humana
 - ▶ 2.3. A dignidade humana no prelúdio da modernidade
 - ▶ 2.4. O pensamento moderno e a concepção kantiana de dignidade humana

(*) Juíza do Trabalho – TRT 6ª Região. Mestre e Doutoranda em Direito Público pela UFPE. Especialista em Direito Material e Direito Processual do Trabalho pela

UNICAP. Professora em Graduação e Pós-graduação nas disciplinas de Direito Processual do Trabalho, Direito Material do Trabalho e Teoria Geral da Constituição.

- ▶ 3. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana
 - ▶ 3.1. A dignidade humana como categoria de normatividade constitucional
 - ▶ 3.2. A dignidade humana no contexto do neoconstitucionalismo
 - ▶ 3.3. A dignidade humana na Constituição Federal de 1988
- ▶ 4. A concretização do princípio constitucional da dignidade humana
 - ▶ 4.1. Os princípios constitucionais como espécie do gênero norma jurídica
 - ▶ 4.2. A eficácia normativa dos princípios constitucionais
 - ▶ 4.3. A efetividade e concretude do princípio da dignidade da pessoa humana
 - ▶ 4.4. O papel do Poder Judiciário na concretização da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito brasileiro
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

A compreensão do alcance e significado do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana no contexto da ordem jurídico-constitucional brasileira é essencial para a efetividade dos direitos fundamentais e para consolidação do Estado Democrático de Direito.

Essa a razão pela qual analisa-se no presente artigo a dignidade humana como princípio fundamental da Constituição Federal de 1988 e suas múltiplas manifestações e implicações. A incursão nesta temática justifica-se ainda pela sua relevância não apenas na esfera jurídica, mas também no plano existencial, visto que acima de tudo, refere-se à própria condição humana.

Para tanto, buscar-se-á demonstrar como o conceito de pessoa e de dignidade revela-se no processo histórico como representativo de uma específica concepção de mundo prévia às várias filosofias alojadas em cada uma delas.

Chamar-se-á a atenção também para o fato de que termos como “estado”, “democracia” e “dignidade humana” adquiriram configurações conceituais inteiramente distintas ao longo da história, de modo que para compreendê-los na atualidade, faz-se necessário colocá-los em

relação com a continuidade ou com a descontinuidade das estruturas políticas, econômicas e sociais de cada momento.

O contexto social, filosófico, político e jurídico em que emergiu o fenômeno do neoconstitucionalismo e a mudança de paradigmas jurídico-teóricos que dele resultou, elevou a dignidade humana ao *status* de princípio constitucional, demandando uma nova postura do Estado voltada a sua proteção, promoção e concretização.

O reconhecimento da força normativa da constituição e da eficácia normativa dos princípios constitucionais será abordado como pressuposto teórico à defesa da imediata aplicação e implementação das normas definidoras dos direitos fundamentais do cidadão, especialmente dos direitos sociais, por meio dos quais a dignidade da pessoa humana avulta e se concretiza.

É preciso ter em mente que os direitos reconhecidos como fundamentais no ordenamento constitucional pátrio são vinculados, intrinsecamente, à cláusula ordenadora da dignidade da pessoa humana e, sendo assim, recebem o automático reconhecimento de garantia substancial, valor social primário e princípio constitucional supremo.

A vinculação da sociedade e dos poderes públicos às diretrizes constitucionais promotoras da dignidade da pessoa humana realça o papel jurídico-político do Poder Judiciário na garantia e salvaguarda da máxima eficácia possível das normas constitucionais, sobretudo as definidoras de direitos fundamentais.

As ideias expostas no presente estudo destinam-se ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor fundamental a ser realizado no Estado Democrático de Direito, dotado de imperatividade e aplicabilidade imediata, demandando uma interpretação jurídica e uma intervenção judicial de viés concretizador.

Para tanto, importa compreender a positividade do princípio da dignidade humana não só como uma consequência histórica e cultural, mas como valor que por si só agrega e se estende a todo sistema constitucional, político e social.

Tal constatação demanda uma nova compreensão do direito, que leve em consideração as propostas democraticamente erguidas pelo texto constitucional de 1988 e que seja capaz de implementá-las de forma satisfatória, voltando-se para o respeito à vida digna não só das gerações existentes, mas também das gerações futuras.

Esse compromisso é da sociedade e do Estado e deve ser assumido a partir da proposta de uma cidadania digna e ativa a ser construída pelo Estado Democrático de Direito.

2. A construção e evolução do conceito de pessoa e de dignidade da pessoa humana

O direito é historicamente determinado e só pode ser bem compreendido dessa forma. Isso requer um olhar para história como um caminho para a compreensão do direito hoje. Daí por que analisar a evolução do conceito de dignidade humana torna-se premissa necessária à compreensão de como este conceito se apresenta e se consolida no atual cenário

constitucional brasileiro como pilar central do Estado Democrático de Direito.

O reconhecimento e a proteção da dignidade humana pelo direito ligam-se indissoluvelmente à evolução histórica das ideias a respeito do que é ser pessoa e dos valores que lhe são inerentes, as quais foram também decisivas para influir no modo pelo qual o direito reconhece e protege essa “dignidade”.

Necessário se faz, portanto, remontar-se a questões fundamentais da existência humana a fim de observar como se construiu, através dos tempos e dos pensamentos, a ideia contemporânea de pessoa e de dignidade.

2.1. A tradição grega e a concepção de pessoa e dignidade na antiguidade

Filosoficamente, é na tradição grega que encontramos as primeiras noções que serviram de fundamento para a compreensão tanto da pessoa humana quanto da sua dignidade, embora neste período ainda se apresentassem como noções vagas e imprecisas, inexistindo um conceito de pessoa ou outro objetivamente análogo a ele.

Na antiguidade clássica, a ideia de pessoa não apresentava um sentido ontológico. A palavra latina *persona* corresponde ao grego *prósopon*, que designava no teatro a máscara correspondente ao tipo de personagem que cumpria ao ator representar ou interpretar.

A dignidade humana na antiguidade clássica relacionava-se com os atributos externos do indivíduo, sua posição social. Daí por que existiam pessoas mais ou menos dignas em vista da posição social que ostentasse. Não era, portanto, concebida como valor inerente ao homem, ao seu ser. Ademais, prevalecia uma visão orgânica de mundo, que superava a noção de vida individual e segundo a qual as partes estão em função do todo.

A ideologia que norteava o funcionamento das *polis* gregas era fundamentada na crença de uma ordem perfeita, em que o poder emanava dos deuses, do cosmos ou da natureza.

Por isso, no pensamento clássico a *polis* figurava como realidade ontológica superior às pessoas que a habitavam, inexistindo a noção de uma singularidade valorizadora do ser humano enquanto ser em si, desconectado do contexto social da *polis*.

Com a tragédia grega operou-se um afastamento dessa concepção, visto que ela toma como objeto o próprio homem e este adquire um viés de autonomia, florescendo o seu espírito reflexivo e criador.

O herói trágico aproxima-se do homem real, expondo os dilemas e as contradições nas quais se envolvem os seres humanos e as situações conflitantes que os impelem para a ação.

Embora em um primeiro momento a tragédia grega se alimente do mito, é ela que vai possibilitar a passagem da mitologia para a filosofia, deflagrando a transição de uma visão de mundo mitológica para uma visão de mundo filosófica, a partir da qual o saber consubstanciado no mito tradicional é suplantado pelo saber lógico, racional.

Isso resulta em uma mudança paradigmática por meio da qual são estabelecidos os primeiros passos na direção da ideia de pessoa enquanto ser dotado de autonomia e com finalidade em si mesmo.

Esse cenário se desenha no período que Fábio Comparato⁽¹⁾ aponta como sendo o eixo histórico da humanidade, compreendido entre VIII e II a. C., no qual foram arquitetadas diretrizes fundamentais da vida que continuam em vigor até os nossos dias.

É, contudo, nos séculos VI e V a. C., com os autores pré-socráticos como Parmênides e Heráclito que a pergunta pelo ser tornou-se evidente. Com Heráclito foram criados os fundamentos da concepção dialética do mundo, com a sua teoria do eterno devir na esteira da qual ganhou corpo o movimento denominado

sofística, que se baseava no convencionalismo, no relativismo e no homem empírico.

É inegável que os juízos sofisticos foram de fundamental importância para a construção do pensamento ocidental, inaugurando um paradigma diferente na filosofia que passa a ter como ponto central o homem e seus problemas práticos e particulares, sendo considerado este como um ser que age e participa da vida da cidade.

Ocorre, portanto, segundo o clássico esquema de Windelband⁽²⁾, uma virada onde o determinismo cosmológico dá lugar ao antropocentrismo. Os sofistas foram responsáveis por uma revolução cultural e humanista que se delineou em virtude da crise do pensamento filosófico.

A expansão econômica e militar das cidades-estado gregas, o desenvolvimento cultural e político desencadeado pela descoberta de um novo mundo no oriente, a formação de uma consciência nacional e a irrupção das massas na vida pública fez surgir novas inquietações e desafios em face dos quais a filosofia da natureza revelou-se impotente.

Os sofistas captaram essa inquietação e contribuíram para o abandono da filosofia da natureza. Assim, enquanto a tradição grega ensinava que a *polis* era superior ao indivíduo, os sofistas negavam essa superioridade e situavam o homem como elemento principal, elevando-o a um novo patamar.

Mesmo se considerando que não havia no pensamento grego a noção clara de dignidade, delineia-se na filosofia sofisticada uma grande preocupação com a problemática humana.

Porém, é o pensamento de Aristóteles que na antiguidade destaca-se e sobreleva-se, em vista da sua construção acerca de conceitos como justiça, virtude e ética, delineando o homem virtuoso e destacando que a sua natureza

(1) COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 8-9 e 11.

(2) WINDEL BAND. Wilhelm. *História geral de la filosofía: con un estudio sobre la filosofía del siglo XX*. Barcelona: El Ateneo, 1970. p. 25.

específica está na razão e esta se desenvolve no âmbito do pensar (cognitivo) e do querer (volitivo).

Para Aristóteles, o bem é a finalidade objetiva de toda a ação humana e a felicidade é o bem supremo da vida para cuja consecução direcionam-se todos os demais.

A igualdade era o objetivo da justiça que se voltava para o bem geral da *polis*. Desse modo, a vida política era o cenário no qual se inseria o homem para encontrar a sua própria autonomia e liberdade, que seriam condições de uma vida feliz e que o orientariam a um modo de vida digno.

O pensamento de Aristóteles foi importante e ímpar na construção das amarras conceituais que desenvolveram uma boa parte do pensamento medieval cristão, sobretudo para a ideia de pessoa, definida por Boécio⁽³⁾ como sendo “a substância individual de natureza racional” de modo que a pessoa foi adequada à própria substância do homem individual.

Boécio relata que a pessoa é santidade e indivíduo, um ser absoluto que não podia ser retalhado em seus princípios. O seu pensamento privilegiava a imagem do homem como o espelho do divino.

Apesar de Platão e Aristóteles aplicarem os conceitos de substância, natureza e essência — com seus respectivos matizes — ao homem, o pensamento grego desconhecia a realidade única, particular e concreta do ser pessoa.

Do ponto de vista histórico, a ampla expedição conquistadora de Alexandre Magno (de quem Aristóteles foi preceptor) pode ser apontada como o evento que marca o fim da época helênica e o início da helenística. As mudanças promovidas por Alexandre, com as suas conquistas territoriais e a busca pela constituição de uma monarquia universal provocaram uma desestruturação da *polis* e possibilitaram as condições para a elaboração de um novo modelo de homem.

(3) ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 761.

A desconstrução da importância sociopolítica da *polis* foi a implicação política mais relevante que resultou desse período, visto que destruiu os valores fundamentais da vida espiritual da Grécia clássica.

O pensamento grego passa a considerar o mundo inteiro como cidade e assim a identidade do cidadão grego entra em crise, forçando-o a descobrir-se em uma dimensão individual de modo que os problemas deixam de ser discutidos coletivamente e passam para a esfera do singular, assumindo um viés primordialmente individualista. Assim, a ética clássica que até Aristóteles era fundamentada no pressuposto da identidade entre homem e cidadão passa a se estruturar com base na singularidade do homem⁽⁴⁾.

2.2. O período medieval e a concepção de pessoa e de dignidade humana

Os quinhentos anos que sucederam a Aristóteles foram rendidos à corrente filosófica do estoicismo, que se irradiou no pensamento romano e fundamentou o pensamento medieval cristão.

O movimento estoico se consolidou como iniciativa de valorização da pessoa humana e sua singularidade, oferecendo uma resposta moral às dúvidas dos cidadãos que se inquietavam com relação ao seu comportamento e à sua felicidade num mundo conturbado, onde cada qual desejava ser feliz, mas não sabia como agir⁽⁵⁾.

Mondin⁽⁶⁾ assevera que:

Os estoicos foram precursores do cristianismo, proclamando princípios tais como

(4) REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: antiguidade e idade média*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Paulus, 1990.

(5) NOVAK, Maria da Glória. Estoicismo e epicurismo em Roma. In: *Revista Clássica*, Departamento de Letras Clássicas e Modernas da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, n. 3, São Paulo, Humanitas/FFLCH/USP, 1999, p. 257-273.

(6) MONDIN, Batista. *O homem, quem é ele?* Elementos de antropologia filosófica. São Paulo: Paulinas, 1981. p. 112.

“*homo res sacra homine*” (o homem é coisa sagrada para outro homem) porque todos somos membros de um mesmo corpo: membra *sumus corporis magni*.

A incorporação do estoicismo em Roma no período republicano foi a mola propulsora da construção do humanismo. Nesse período, o estoicismo centra-se no elemento humano e se coloca a serviço da ética, de tal modo que tudo o que não se prestasse à ordenação moral da vida humana carecia de valor.

A finalidade seria levar o homem não apenas ao conhecimento das coisas, mas, acima de tudo, a viver bem, conforme a virtude. Assim, a filosofia passa a estar a serviço da vida, a dignificá-la⁽⁷⁾.

Cícero foi o grande divulgador da ética estoica e com base nela edificou os fundamentos do direito natural romano. Para ele, toda racionalidade existente era imanente à natureza, de modo que a lei natural era manifestada pela consciência ética do homem, e, a partir dela, fundamentava-se toda a moralidade em que o direito romano seria construído.

Cícero apregoava que o homem deveria ser respeitado simplesmente pelo fato de trazer consigo a condição humana. Em seu *De officiis*⁽⁸⁾, ele elaborou deveres concretos de condutas às ações humanas e, a partir disso, abrandou a posição dos escravos e dos peregrinos que, na Grécia clássica, não possuíam nenhum reconhecimento de dignidade superior.

O estoicismo avançou na concepção de dignidade, na medida em que a dissociou da posição social ocupada pelo indivíduo, passando a considerá-la como qualidade inerente ao ser humano que o distinguia de todas as demais criaturas.

A máxima estoica se referia à unidade do gênero humano, reconhecendo no homem a

dignidade por considerá-lo, indistintamente, como filho de Zeus, direcionando-o à posse de direitos inatos e iguais que lhe serviriam em qualquer parte.

A visão de mundo erguida pelo estoicismo foi recepcionada em Roma como o fundamento de legitimidade de toda a ordem jurídica e social.

O conceito de pessoa formulado pelos estoicos foi recepcionado nos primeiros séculos pelo cristianismo, que se valeu de diversos de seus princípios, mas dele se afastou na medida em que fez separação entre as esferas humana e divina, afirmando ser Deus o único ser supremo.

Coube ao cristianismo a construção de uma concepção de dignidade humana esboçada na valorização do homem pela ideia de semelhança do humano com o divino e de participação do divino no humano.

No Cristianismo, a dignidade da pessoa humana tem suas raízes fincadas na ideia do homem como ser criado por Deus à sua imagem e que é destinado à partilha da divindade mediante a redenção efetuada por Cristo. Neste contexto religioso, o conceito de dignidade está eminentemente atrelado ao conceito de pessoa elaborado teologicamente por ocasião das discussões em torno do dogma da Trindade, especialmente nas decisões tomadas no Concílio de Niceia em 325 d. C.

O período medieval caracteriza-se sobretudo pela ligação política entre Igreja e Estado, com a consequente busca de harmonização entre a fé cristã e o pensamento filosófico grego.

Em verdade, o cristianismo, por ser religião fundada em dogmas, buscou desde o início justificar-se diante da razão humana, o que se torna evidente a partir do pensamento de filósofos e teólogos como Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, responsáveis pela construção do paradigma metafísico teológico medieval que moldou os pilares da fé cristã e desencadeou a ideia de liberdade humana vinculada à onipotência divina.

(7) PEREIRA MELO, José Joaquim. *Sêneca: o papel do sábio na formação da humanidade*. Série — Estudos — Periódico do Mestrado em Educação da UCDB. Campo Grande, n. 20, jul./dez., 2005, p. 129-141.

(8) CÍCERO, *Dos Deveres (De Officiis)*, Ciências Sociais e Humanas. Edições 70.

As contribuições de São Tomás de Aquino merecem especial destaque pela influência que teve nos desdobramentos posteriores acerca da concepção de dignidade da pessoa humana, inclusive na abordagem kantiana sobre o assunto, ao destacar em sua filosofia a dimensão racional do ser humano como fundamento da dignidade.

Agostinho elaborou sua doutrina sobre o homem baseado na ideia da unidade essencial, superando definitivamente o dualismo maniqueísta do corpo e do espírito. Ele traçou o caráter do homem como de alguém em busca de uma finalidade extrínseca, que corresponde exatamente ao encontro com a divindade, prefigurado pelo cristianismo.

No pensamento de Santo Agostinho, o homem surge pela primeira vez na história definido teoricamente como um ser livre cuja capacidade advinha do seu próprio esforço, o que também o tornava responsável por sua vontade e pelos seus atos.

Toda a ideia de Agostinho girava em torno do livre-arbítrio, que operava como um poder em si e essa ideia de livre-arbítrio cunhada no início da era medieval foi de fundamental importância para os pensadores posteriores.

Apesar das divergências marcantes que no decorrer da metafísica medieval se estabeleceram sobretudo com São Tomás de Aquino e depois com Guilherme de Ockham, a noção de livre-arbítrio foi extremamente importante no decorrer da modernidade, pois trouxe a ideia de impossibilidade do Estado ou do soberano poder constranger a liberdade individual do homem, limitando-se, somente ao seu exercício⁽⁹⁾.

O ponto fulcral do pensamento de São Tomás de Aquino reside efetivamente no conceito de pessoa. Ele foi pioneiro no uso do termo *dignitas humana*, que consubstancia uma concepção cristã de cunho estoico-aristotélico, defendendo a ideia de que o homem tinha dig-

nidade uma vez que fora feito à imagem e semelhança de Deus, sendo um ser dotado de razão e capacidade de autodeterminação.

Essa a razão pela qual no pensamento tomista a pessoa é um fim em si mesmo, nunca um meio. As coisas são meios e estão ordenadas às pessoas, a seu serviço. Como observa Popper⁽¹⁰⁾:

Cristo não disse: ame a tua tribo, mas ama a teu próximo, a ti e acima de tudo, a teu Deus. Assim, estava fundada a primazia da pessoa humana em relação ao elemento social e natural.

O humanismo e a era contemporânea, com seus individualismos, apenas reforçaram esse impulso de valorização do humano individualmente considerado.

O cristianismo criou uma nova dimensão do homem enquanto pessoa. As ideias de liberdade e individualidade construídas pelo pensamento cristão fortaleceram-se rumo ao pensamento moderno com o nominalismo de Guilherme de Ockham na primeira metade do século XIV cuja obra influenciou especialmente as posições de Thomas Hobbes em seu *Leviatã* e de John Locke, no *Ensaio sobre o entendimento humano*.

O nominalismo foi o legado da era medieval à filosofia da modernidade, sendo o ponto central embasador da ideia de positivismo jurídico e da noção de direito subjetivo individual.

As ideias de Guilherme Ockham⁽¹¹⁾, no tocante à separação entre fé e razão e entre a Igreja e o Estado, tornam-se o coroamento natural da desagregação teórica dos fundamentos que sustentavam o mundo Medieval.

A ideia de liberdade, que até o pensamento de São Tomás de Aquino estava condicionada

(9) FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 91.

(10) POPPER, Karl Raymond. *A democracia e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. São Paulo: Itatiaia, 1974. p. 117.

(11) DE BONI, Luis Alberto. O não poder do papa em Guilherme de Ockham. In: *Veritas*, Porto Alegre, v. 51, n. 203, p. 113-128.

somente à ordem sobrenatural, é trazida para o âmbito da teoria de Guilherme de Ockham, que a reconstrói enquanto algo que pertence à própria constituição do homem.

Para ele o poder é limitado pela liberdade e, portanto, ela constitui um direito pré-estatal e pré-eclesial do indivíduo e do cristão e, como tal, não pode ser tangida por leis positivas de nenhuma proveniência. Assim, nem o papa poderia tirar de alguém os direitos que não foi ele a conceder.

A mudança de paradigmas que se opera nesse período faz surgir uma ideia de direito vinculada à ideia de poder e com isso emerge a concepção de direito subjetivo.

2.3. A dignidade humana no prelúdio da modernidade

A modernidade anuncia-se a partir do século XIV com as novas perspectivas e visões de mundo trazidas pelo nominalismo, que se constitui como ponte para as filosofias modernas calcadas no poder individual, sendo a partir dele que surgiu o viés antropológico em que se construiu a ideia de dignidade humana contemporânea.

Nesse diapasão, surge o homem na sua singularidade, consolidando a ideia de uma natureza humana específica, o que desencadeia, posteriormente, a máxima cartesiana do homem como ser racional e distinto dos demais seres vivos.

Essa reforma paradigmática do pensamento pôs a humanidade como senhora e possuidora da natureza e foi o que mais profundamente caracterizou a revolução acerca do conhecimento na era moderna, fazendo ascender o homem como ser racional e redefinindo a concepção de dignidade humana a partir dessa nova perspectiva.

Todo esse processo está indissolivelmente ligado ao desenrolar de uma série de acontecimentos históricos, tais como a queda de Constantinopla, a expansão marítima territorial e a descoberta do novo mundo e foi protagonizado

pela ascensão e consolidação de uma nova classe social — a burguesia —, e pelo surgimento e amadurecimento do capitalismo.

Desse cenário, resultaram inúmeras mudanças nos campos da economia, da política e da cultura que favoreceram a mentalidade individualista. Novas demandas surgiram como consequência desse contexto sociopolítico e econômico e da consequente necessidade de reestruturação das estruturas do poder político e de segurança e certeza em relação às práticas comerciais, que progrediam crescentemente, fundando por levar ao “individualismo e a utilização do poder político como técnica de engenharia social”⁽¹²⁾.

Foi, contudo, a partir da Reforma Protestante — com Lutero e Calvino — que se operou uma nova estruturação mundial de modo tal que é possível afirmar que a construção do pensamento moderno foi marcada pelo conflito religioso.

Nesse sentido, Fábio Comparato⁽¹³⁾ declara que:

A reforma protestante fortaleceu de modo direto ou indireto as grandes transformações do ideário europeu, sobretudo as que condiziam com o surgimento dos direitos humanos, vinculadas à autonomia individual, às liberdades de consciência e de crença, liberdade de expressão, de opinião, liberdade de reuniões e de associação.

O embate religioso desencadeado com a Reforma provocou a ruptura da unidade do poder eclesiástico, gerando um pluralismo religioso e a consequente necessidade de criação de uma fórmula jurídica que inibisse as guerras religiosas, ameaçadoras da segurança e da paz desejadas pela burguesia como essenciais para a segurança e prosperidade de seus negócios comerciais, em plena ascensão.

(12) COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Cia. das Letras, 2006. p. 157.

(13) *Op. cit.*, p. 168

O conflito político se desenrolava lado a lado com o conflito religioso e a reestruturação da harmonia política tornava-se necessária. O Estado soberano, na construção doutrinal de Jean Bodin e Thomas Hobbes, foi instaurado como resposta à necessidade de reestruturação do poder já que, como absoluto, não reconhece superior e tem o monopólio no uso da força legítima, possibilitando-lhe manter a segurança e a preservação dos valores supremos. O contratualismo surge como categoria central da justificação da ordem política e social.

A ideia de soberania dá origem às chamadas monarquias absolutas, personificando o Estado na figura do rei e submetendo a igreja à sua autoridade, impondo uma incondicional exigência de ordem interna e paz externa.

Desse modo, o fundamento ético do mundo transfere-se do sobrenatural para a pessoa do soberano, visto como representante de Deus na terra e cuja palavra expressava, portanto, a vontade divina.

O humanismo renascentista constrói uma nova concepção de homem, situando-o no centro do universo, dotando-o de valor e liberdade em relação à natureza e à sociedade, o que vai se refletir diretamente na concepção de dignidade da pessoa humana, que passa a associar-se com a liberdade.

Pico della Mirandola⁽¹⁴⁾ foi o primeiro autor renascentista a apontar uma antropologia firmada na dignidade do homem, declarando em sua obra *De dignitate hominis*, que o ser humano é considerado o ser mais digno da criação de Deus, porque foi colocado no centro do universo e porque de tudo quanto foi criado ele possui as sementes, sendo-lhe conferida a liberdade de escolher de acordo com sua vontade e conforme o seu entendimento.

A dignidade e o valor do homem no renascimento se tornaram o tema central da especulação filosófica e da literatura humanista.

(14) MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Lisboa: Edições 70, 2010. p. 48-53.

2.4. O pensamento moderno e a concepção kantiana de dignidade humana

O jusnaturalismo atingiu o seu ápice a partir dos séculos XVII e XVIII, por meio das teorias contratualistas. As formulações de pensadores como Hugo Grócio, Thomas Hobbes, John Milton, Samuel Pufendorf e Rousseau contribuíram decisivamente para a ideia de direitos naturais inalienáveis e para o desenvolvimento do valor da dignidade humana.

Contudo, é o pensamento kantiano que se avulta como o marco da concepção moderna de dignidade e de direitos humanos.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet⁽¹⁵⁾ afirma que:

Kant construiu sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, observando que a autonomia da vontade é um atributo próprio dos seres racionais.

Para Kant⁽¹⁶⁾, se alguma coisa pode ter em sua existência, ou seja, em si mesma, um valor absoluto, tal coisa é o homem, dotado de inteligência e vontade.

Essa a razão pela qual ele não poderá ser utilizado como simples meio para a vontade de outros, mas sempre deverá ser considerado como fim em si mesmo em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo, como nas que dirigem aos outros seres racionais.

Em Kant, o fundamento da dignidade do homem é dissociado do divino e ele é posto acima de todas as coisas, e até mesmo, do próprio Estado. Nessa linha de raciocínio, Kant sustenta que a prerrogativa do legislador universal é de nos tornar pessoa, um ser com dignidade, como fim em si mesmo.

A nova concepção de dignidade humana iniciada por Kant parte da autonomia ética

(15) SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007. p. 34.

(16) KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica do costume*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000. p. 65.

do indivíduo, de sua racionalidade e de capacidade de agir guiado pela razão. Na moral kantiana, a dignidade constitui um valor incondicional e incomparável.

Foi sobretudo Kant quem consolidou as bases teóricas da noção de Dignidade Humana até então vigente no direito contemporâneo. Suas ideias foram essenciais não apenas à atribuição do significado jurídico ao termo, mas também para a determinação do sentido do seu alcance enquanto princípio positivado nos textos constitucionais.

A dignidade do homem foi assim desenhada a partir de uma concepção filosófico-normativa que influenciou de forma contundente as perspectivas jurídicas atuais, na tentativa de uma aproximação conceitual e, consequentemente, de uma concretização constitucional no que se refere à prática estatal voltada a sua promoção e garantia efetiva e real.

3. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana

A primazia da dignidade humana como valor primordial do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro alça-a a princípio fundamental que confere sentido e unidade sistêmica, notadamente quanto aos direitos e garantias fundamentais do homem.

3.1. A dignidade humana como categoria de normatividade constitucional

A partir da segunda metade do século XX, a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para uma ampla reflexão acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.

O pensamento jurídico marcado pelo domínio da filosofia positivista incorporou à teoria do direito o rigor metodológico do raciocínio demonstrativo da ciência matemática. Enquanto nas ciências exatas afastou-se do conhecimento toda a metafísica, no direito, a

busca por uma pretensa objetividade e neutralidade do teórico resultou na separação radical entre o direito e a moral, dissociando o direito de qualquer juízo de valor.

Contudo, ao afastar-se dos valores éticos e morais, o direito foi incapaz de impedir o surgimento de Estados que reproduziram, em poder e em ações, o absolutismo, o totalitarismo e o obscurantismo que o positivismo jurídico buscara combater.

Ao final da Segunda Grande Guerra Mundial restou claro que a ausência de questionamento do conteúdo das leis e o modelo de Direito indiferente aos valores éticos e morais não era mais possível e nem tampouco desejável e o problema dos direitos básicos do homem e da dignidade da pessoa humana foi posto na ordem do dia.

Nesse contexto, o documento que se impôs com o valor de afirmação de uma ética universal e que conserva o seu lugar simbólico e ideal até os dias atuais é a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, a partir da qual se recomendou a preeminência do respeito à pessoa humana como ponto de Arquimedes, para o estabelecimento do poder.

Sob a influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, as constituições passaram a incorporar em seus textos valores morais diretamente relacionados com a ideia de justiça material.

Assim, no período que sucedeu ao término da Segunda Grande Guerra Mundial, as constituições passaram a se apresentar como sustentáculo efetivo dos direitos fundamentais positivados e a dignidade da pessoa humana foi erigida como arcabouço fundamental da ordem estatal, constitucional e democrática.

O expresso reconhecimento e a proteção da dignidade humana nos textos constitucionais vão fornecer o substrato nuclear e essencial à composição dos sistemas constitucionais das sociedades democráticas contemporâneas.

3.2. A dignidade humana no contexto do neoconstitucionalismo

A incorporação de *standards* morais às Constituições gerou profundas transformações no constitucionalismo e levou à necessidade de definição das relações entre valores, princípios e regras e da adoção de uma perspectiva política na atividade do intérprete.

Nesse ambiente, passa a se desenvolver o chamado neoconstitucionalismo. Essa expressão, sem apontar para um sentido único, tem sido largamente utilizada para designar o conjunto de transformações metodológicas, teóricas e ideológicas ocorridas no âmbito do Direito Constitucional a partir da segunda metade do século XX.

Com o final da segunda guerra mundial e o fracasso dos regimes totalitários, desencadeou-se um processo de reconstitucionalização na Europa, focado na superação do paradigma da validade meramente formal do direito e voltado ao equacionamento entre as dimensões do Direito, da Moral e da Política.

Esse processo propulsionou a mudança de um paradigma jurídico centrado no conceito de legalidade do Estado de Direito para um novo paradigma articulado em torno da ideia de um Estado Constitucional de Direito, que firma-se na supremacia da Constituição.

O constitucionalismo, sob esta nova configuração, transcende a uma dimensão meramente jurídica, encontrando também os seus fundamentos a partir de um modelo próprio de organização jurídico-política, o Estado Democrático de Direito, que requer para sua fundamentação uma nova teoria do direito e desloca o princípio da primazia da lei para o princípio da primazia da Constituição.

A ideia de Estado Democrático de Direito liga-se indissociavelmente a um constitucionalismo vocacionado para os direitos fundamentais, constituindo estes, como assevera Konrad

Hesse⁽¹⁷⁾, “bases da ordem jurídica da coletividade”.

A dignidade da pessoa humana é o foco central desse modelo estatal e encontra nos direitos fundamentais, notadamente os sociais, a sua mais expressiva concretude, como constata Rousseau⁽¹⁸⁾ ao dizer que “os direitos fundamentais adquirem vida e inteligência por meio da dignidade da pessoa, ao passo que esta não se realiza e efetiva senão pelos direitos fundamentais”.

Neste contexto, o ser humano passa a ser visto como valor-fonte de todos os valores, que jamais deve ser tratado como meio, mas sim como um fim em si mesmo. O homem e sua dignidade passam à posição de centralidade, enquanto razão de ser da sociedade, do Estado e do Direito, servindo como fundamento do próprio sistema jurídico.

A compreensão da dignidade da pessoa humana como qualidade própria e irrenunciável da condição de ser humano estabelece como pressuposto o seu reconhecimento, respeito, promoção e proteção pelo Estado.

O princípio da dignidade humana é hoje o viés construtivo do direito constitucional, que trouxe para si esse princípio como se fosse uma categoria a ele inerente.

Por isso mesmo, Flávia Piovesan⁽¹⁹⁾ leciona com percuciência que:

O valor da dignidade da pessoa humana, impõe-se como núcleo básico e informador de todo e qualquer ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão de qualquer sistema normativo, mormente o sistema constitucional interno de cada país.

(17) HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. p. 239.

(18) ROUSSEAU, Dominique. *Les libertés individuelles et la dignité de la personae*, p. 70.

(19) PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: PAULA, Alexandre Sturion de (Org.). *Ensaio constitucionais de direitos fundamentais*. Campinas: Servanda, 2006. p. 227.

A Constituição torna-se o lugar de realização da cidadania, ponto de afluência da ética mínima do convívio humano, estando a plenificação da cidadania imersa na ideia de que cada direito fundamental deve atravessar a condição efetiva de acesso a uma vida digna.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais adquirem importância decisiva para a articulação, estruturação e organização da vida político-cívica tutelada pelo Estado Democrático de Direito e as ideias de Supremacia da Constituição, força normativa das normas constitucionais, rigidez constitucional e expansão da jurisdição constitucional tornam-se postulados teóricos fundamentais do constitucionalismo contemporâneo.

3.3. A dignidade humana na Constituição Federal de 1988

No Brasil, é com o processo de redemocratização política e com o advento do texto constitucional de 1988 que se desenvolve esse novo constitucionalismo e o Direito Constitucional se desloca para o centro do ordenamento jurídico.

A consagração do princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se no art. 1º, III, da nossa Constituição Federal, sendo significativa sua inclusão princípio no pórtico da Constituição como fundamento da própria República Federativa do Brasil.

A expressão dignidade aparece, ainda, em outros dispositivos da Constituição Federal. Assim é que o art. 226, § 7º, estabelece que o planejamento familiar é fundado nos princípios da “dignidade da pessoa humana” e da paternidade responsável; o art. 227, *caput*, institui que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à “dignidade”; o art. 230, *caput*, comete à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, “defendendo sua dignidade”.

De igual modo, este princípio também está contido implicitamente em outros dispositivos

constitucionais como o art. 3º, que estabelece, dentre os objetivos fundamentais da República Brasileira, a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” (inciso I), que são valores que se vinculam à dignidade humana, porque constituem condições para a sua efetivação.

O mesmo dispositivo constitucional indica, como objetivo fundamental, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV), consagrando destarte a noção de que todos são merecedores de igual consideração por parte do Estado e de seus semelhantes.

A Constituição Federal de 1988 trouxe nitidamente um fundamento ético à nova ordem constitucional brasileira, afirmando a dignidade da pessoa humana como seu núcleo central e erguendo-a como princípio vetor e diretriz hermenêutica para toda a ordem jurídica.

4. A concretização do princípio constitucional da dignidade humana

Na nova ordem constitucional brasileira instituída a partir de 1988, os princípios, enquanto espécie do gênero norma jurídica, deixaram de figurar como meras referências éticas do ordenamento jurídico para ocupar a posição de normas imperativas e vinculantes.

Tal consideração torna-se de importância ímpar para a realização efetiva dos valores neles consubstanciados e para consecução dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

4.1. Os princípios constitucionais como espécie do gênero norma jurídica

O reconhecimento da normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras, que passou a dominar a teoria jurídica, deve-se, sobretudo aos estudos de Robert Alexy e Ronald Dworkin.

O jusfilósofo norteamericano Ronald Dworkin ao publicar em 1967 o artigo intitulado “The Model of Rules” lançou um ataque

geral (*general attack on positivism*) ao positivismo jurídico a partir das lacunas do direito verificadas especialmente nos *hard cases*, tomando a teoria de Hart como base para a crítica.

Criticando o positivismo de Hart, Dworkin desenvolve uma argumentação em que assenta a ideia do Direito em uma trílice divisão entre regras, princípios jurídicos, e no âmbito destes, pelas políticas, ou seja, pelas *policies*.

Para Dworkin, *rules, principles e policies* seriam as peças que compõem o direito. Segundo o autor, os princípios se constituem em padrões que devem ser obedecidos e correspondem a uma concepção material e objetiva dos valores morais, consubstanciando-se em pautas de exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade e identificados pelo seu conteúdo.

Já a formulação das regras estaria mais atrelada ao papel do Estado e seriam aplicáveis ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*) pelo qual se a incidência de uma regra é preenchida a consequência jurídica deve ser aceita, ou ela não é regra válida.

Os princípios, por sua vez, possuem uma dimensão de peso e, na hipótese de colisão, a questão seria resolvida pelo critério de ponderação da relevância, de modo que o princípio com maior peso se sobrepõe ao outro.

Robert Alexy⁽²⁰⁾ um dos mais influentes jusfilósofos alemães contemporâneos, foi mais além, já que para ele os princípios jurídicos são espécies de normas jurídicas, pelas quais são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, conforme as possibilidades normativas e fáticas. Para Robert Alexy, regras e princípios são normas porque dizem o que deve ser.

A Teoria dos Princípios de Robert Alexy que se acha associada a uma Teoria dos Direitos Fundamentais, cujo desenvolvimento se deu a partir dos estudos seminais de Ronald

Dworkin difundidos no Brasil ao final da década de 80 e ao longo dos anos 90 do século passado, findaram por tornar elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo a atribuição de normatividade aos princípios e o reconhecimento da distinção qualitativa entre regras e princípios.

O reconhecimento da normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos pilares teóricos do direito constitucional contemporâneo.

A acepção das normas jurídico-constitucionais, enquanto regras e princípios, tem valor não meramente doutrinário, mas porque enfatiza a força normativa e vinculante dos princípios, impondo sua observância e aplicação.

4.2. A eficácia normativa dos princípios constitucionais

A elevação dos princípios à hierarquia constitucional conferiu-lhes *status* de diretrizes normativas e hermenêuticas que conferem autoridades aos grandes valores éticos, políticos e jurídicos da democracia contemporânea, de modo que assumem importância central para a teoria constitucional contemporânea, sendo “convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”⁽²¹⁾.

Paulo Bonavides⁽²²⁾ acentua a hegemonia axiológica dos princípios nos textos constitucionais contemporâneos. Para o autor, o reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios da pirâmide normativa (não só formal quanto material) significa que estes devem ser equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.

(21) SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002. p. 41.

(22) BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 263.

(20) ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

Os princípios jurídico-constitucionais passam a dirigir a atuação de todas as normas jurídicas, constituindo-se como base do ordenamento jurídico e das ideias fundamentais e informadoras da organização jurídica da nação.

Como observa Ruy Samuel Espíndola⁽²³⁾:

Os princípios são enunciados como “normas jurídicas vinculantes, dotados de efetiva juridicidade, como quaisquer outros preceitos encontráveis na ordem jurídica; consideram as normas de direito como gênero, dos quais os princípios e as regras são espécies jurídicas.

Nesse sentido, também, se posiciona Luís Roberto Barroso⁽²⁴⁾, afirmando que:

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram que conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata.

A posição de destaque e centralidade dada aos princípios fundamentais na Constituição Federal de 1988 deixa transparecer a nítida intenção do legislador em outorgá-los a qualidade de normas embaixadoras e informativas de toda a ordem constitucional, especialmente das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que, junto com os princípios fundamentais, integram o núcleo essencial da nossa Constituição.

Firma-se, assim, o caráter jurídico e vinculante dos princípios, visto que são normas, têm preceptividade e, portanto, ordenam, proíbem, permitem e servem à regulação de condutas.

4.3. A efetividade e concretude do princípio da dignidade da pessoa humana

Assentes o reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana na ordem jurídico-

-constitucional conformadora do Estado Democrático de Direito, a questão sobre a qual se debate o constitucionalismo contemporâneo não mais se atém à importância desse direito, mas, sim, à forma mais eficaz de implementá-lo e torná-lo concreto, real.

O problema aqui reside no fato de que os princípios jurídicos têm diversas naturezas e densidades. Via de regra, são por demais abertos, gerais e indeterminados.

Andréa Krell⁽²⁵⁾ pondera que grande parte dos valores predominantes na sociedade brasileira está positivada e congregada nos direitos fundamentais, os quais são normas constitucionais principiológicas, ou seja, contêm conceitos vagos, indeterminados, abstratos, de textura aberta.

Dessa constatação, surge o desafio de dar efetividade aos princípios constitucionais, destacadamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, para cuja efetivação impõe-se que os direitos fundamentais do homem sejam não apenas positivados, mas, sobretudo, implementados.

Os direitos fundamentais e destacadamente os direitos sociais se afirmam como exigência e concretização do princípio da dignidade humana, já que são projeções da dignidade da pessoa.

Deste modo, a dignidade da pessoa humana, na condição de valor e princípio normativo fundamental, atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exigindo e pressupondo o reconhecimento e a proteção deles de tal modo que sem se reconhecer à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes e efetivá-los, estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.

Ingo Wolfgang Sarlet⁽²⁶⁾, analiticamente, define a dignidade da pessoa humana como:

(23) ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 34.

(24) BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 327.

(25) KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 81-82.

(26) SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2001, p. 60.

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte 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 e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Os princípios fundamentais sociais contidos na Constituição brasileira têm por função dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático.

É preciso ter em mente que o comando contido no art. 5º, § 1º da Constituição Federal consagra o princípio da máxima efetividade às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Como resultado da normatividade de tais direitos e da sua máxima efetividade e vinculação, exige-se do Estado uma postura de proteção, respeito e promoção aos mesmos.

Nesse sentido, afirma Luís Roberto Barroso⁽²⁷⁾ que a Constituição não pode ser concebida como um “repositório de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata”.

Sobre o tema, relevante é a lição de Ingo Sarlet⁽²⁸⁾:

Neste sentido, importa salientar, de início, que o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo considerado fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido que estes constituem

exigências, concretizações e desdobramento da dignidade da pessoa humana e que com base nesta devem ser interpretados.

A concretização dos direitos fundamentais por meios dos quais se expressa exponencialmente a dignidade da pessoa humana é fator de consolidação próprio Estado Democrático de Direito.

Nessa ordem de ideias, postula-se que em toda interpretação de norma constitucional — em decorrência de sua superioridade hierárquica — sobretudo a que dispuser acerca de direitos fundamentais, deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.

A efetivação da norma constitucional demanda transpô-la do plano do “dever ser”, para o mundo real, fazendo gerar na sociedade os efeitos nela previstos. Em outras palavras, impõe-se que a norma deixe de ser simples subjetivismo constitucional, transmutando-se em um elemento concreto na vida social.

Nesse sentido aponta Celso Ribeiro Bastos⁽²⁹⁾ que:

As normas constitucionais devem ser tomadas como normas atuais e não como preceitos de uma Constituição futura, destituída de eficácia imediata.

Isso determina, mediante a aplicação do princípio da máxima efetividade, o abandono da hermenêutica tradicional, e o reconhecimento da normatividade de princípios e valores constitucionais, principalmente em sede de direitos fundamentais.

4.4. O papel do Poder Judiciário na concretização da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito brasileiro

A incorporação da dignidade da pessoa humana como eixo axiológico central e fundamental dos ordenamentos jurídico-constitucionais dos Estados Democráticos de Direito deu

(27) BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>> Acesso em: 15 jan. 2011.

(28) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998. p. 120-121.

(29) BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 1997. p. 100.

início a uma fase, como bem descreve Norberto Bobbio⁽³⁰⁾ “na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado”.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo ciclo centrado na dignidade da pessoa humana, consagrando um extenso catálogo de normas jurídicas definidoras de direitos e garantias fundamentais e dando início a uma releitura de todos os institutos jurídicos, tendo como base os novos valores constitucionais.

Como pautas éticas e políticas ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais compõem um sistema de valores. A dignidade do homem é a razão de ser destes direitos, que não são meras normas morais, como eficácia simbólica ou política, mas autênticos direitos positivados, com efetiva força jurídica.

Daí por que se impõe considerar como atributo dos direitos fundamentais, a sua capacidade de gerar direitos subjetivos para os seus titulares, na forma de obrigações negativas e positivas dirigidas ao Estado em face do seu dever de proteger e promover a dignidade da pessoa humana. Por isso, eles são exigíveis e concretizáveis judicialmente e isso inclui os direitos sociais.

Disso resulta que a inobservância ou a inércia do legislador ou do executivo diante da imperatividade da concretização dos direitos fundamentais autoriza o Poder Judiciário, mediante provocação, a intervir na esfera de

atuação destes poderes para preservação e garantia da eficácia destes direitos.

A realidade dos fatos demonstra que no Brasil, o Poder Executivo e o Poder Legislativo têm sido historicamente incapazes de cumprir satisfatoriamente os objetivos constitucionais, o que tem levado a sociedade contemporânea a uma busca cada vez maior pelo Poder Judiciário com o escopo de conquistar pelas vias judiciais a concretização de seus direitos fundamentais.

Como resultado desse processo, inúmeras questões de índole estritamente política são trazidas ao exame do Poder Judiciário, ampliando-se os poderes de intervenção dos tribunais na política e alterando-se as funções clássicas dos juízes, que passam a intervir e a orientar as atuações dos outros poderes estatais como forma de assegurar a integridade da Constituição e dos direitos dos cidadãos nas democracias contemporâneas.

Esse fenômeno representa uma releitura da sólida divisão de poderes teorizada por Montesquieu⁽³¹⁾, pela qual a função dos juízes não ultrapassava aquela de mera pronunciação do texto legal, sem a possibilidade de qualquer interferência construtiva na aplicação da lei.

Esse processo no Brasil consolidou-se com o reconhecimento da força normativa da Constituição, a partir da teoria de Konrad Hesse⁽³²⁾ e a consagração da doutrina da efetividade que, consoante Luís Roberto Barroso⁽³³⁾:

Consolidou-se (...) como um mecanismo eficiente de enfrentamento da insinceridade normativa e da superação da supremacia política exercida fora e acima da Constituição.

A doutrina da efetividade buscou a superação das dificuldades de realização do programa normativo constitucional, manejado como

(30) BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 28-30.

(31) MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

(32) HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

(33) BARROSO, Luís Roberto. *A doutrina da efetividade*. Excerto mimeografado. 2004.

texto permeado de promessas inconsequentes e compromissos inexequíveis pela falta de determinação política em dar-lhe cumprimento.

O cerne dessa construção teórico-doutrinária é o de conferir aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais. Em uma realidade constitucional como a brasileira, cuja Constituição, pela abrangência de seu conteúdo e pela quantidade de normas principiológicas, findou por render-se à falta de aplicabilidade, revestiu-se de especial relevo essa doutrina.

Nesse contexto, a atuação do Poder Judiciário adquire especial importância seja para impedir a violação, seja para exigir a implementação de medidas concretas para viabilização efetiva dos direitos fundamentais do cidadão e, por conseguinte, assegurar-lhe dignidade.

Isso demanda a necessidade de uma dogmática jurídica alicerçada primordialmente na defesa da força normativa da Constituição e na necessidade de uma interpretação constitucional principialista e de viés concretista, que afirme e valorize o compromisso ético dos operadores do Direito com a efetividade do texto constitucional e com o caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo.

A dignidade humana se impõe na nova ordem constitucional como limite e tarefa do Estado. Os direitos fundamentais, dos quais emana, impõem limites e diretrizes à atuação estatal que deve ter por meta permanente a sua proteção, promoção e realização.

Primorosa a observação de Lênio Luiz Streck⁽³⁴⁾:

Entretanto, e isto é relevante para os propósitos deste estudo, é pela via judicial que é possível a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição, e, naquilo que se entende por Estado Democrático do Direito, o Judiciário, através do controle da constitucionalidade das leis, pode servir

como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais.

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe aos órgãos estatais não apenas um dever de abstenção no sentido de não violá-la, mas também de condutas positivas tendentes a efetivá-la e protegê-la de modo que diante da omissão do legislativo ou do Executivo na garantia dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário tem não apenas o poder, mas, sobretudo a missão e o dever de intervir para salvaguardar e garantir a dignidade humana em todas as suas dimensões.

5. Considerações finais

Inútil é uma constituição posta em vigor se ela não é cumprida, efetivada e concretizada.

Os direitos fundamentais são projeções concretizadoras da dignidade da pessoa humana e estão indissolivelmente vinculados à democracia.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 simbolizou a ruptura com um passado político e institucional marcado pela negação das liberdades políticas, dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais.

O advento do novo texto constitucional representou um compromisso com a construção do Estado Democrático de Direito, centrado na dignidade da pessoa humana e nos seus direitos fundamentais.

Como observa Luiz Carlos dos Santos Gonçalves⁽³⁵⁾, “se há um coração na Constituição brasileira de 1988, ele é o conjunto de direitos fundamentais”.

Mas a Constituição, por si só, é apenas uma folha de papel. O saudoso professor Pinto Ferreira⁽³⁶⁾ já dizia que:

(35) GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Criminalização e direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos. 1988-2008. 20 anos da Constituição cidadã. p. 149.

(36) FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 10.

(34) STRECK, Lênio Luiz. A necessária constitucionalização do direito: o óbvio a ser desvelado. In: *Revista Direito da UNISC*, n. 9/10, p. 51, 1998.

Dá-se o nome de ilusão constitucional ao erro político, que consiste em ter como existente uma ordem normal jurídica, regulamentada, legal, numa palavra constitucional, mesmo quando essa ordem na verdade não existe.

A realização do Estado Democrático de Direito tem como premissa necessária e inarredável o respeito à Constituição, o acato da força normativa de suas regras e princípios e a afirmação da dignidade humana, especialmente por meio da tutela efetiva dos direitos fundamentais.

Para que a carta constitucional tenha vida, é imperioso que os poderes constituídos e em especial o Poder Judiciário saiba dar-lhe eficácia jurídica e social. Apenas assim a afirmação da dignidade da pessoa humana será não apenas um sonho, um ideal, mas uma conquista crescente e permanente.

6. Referências bibliográficas

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ALEX, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helen Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. 3. ed. rev. São Paulo: Moderna, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>> Acesso em: 15 jan. 2011.
- _____. *A doutrina da efetividade*. Excerto mimeografado. 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CÍCERO. *Dos Deveres (De Officiis)*. Cícero, Ciências Sociais e Humanas. Edições 70.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Ética: direito moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Cia. das Letras, 2006.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves. *Criminalização e Direitos Fundamentais*. In: TAVARES, André Ramos. *1988-2008. 20 anos da Constituição Cidadã*.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*.
- _____. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.
- KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica do costume*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000.
- DE BONI, Luis Alberto. O não poder do papa em Guilherme de Ockham. In: *Veritas*, Porto Alegre, v. 51, n. 203.
- MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Lisboa: Edições 70, 2010.
- MONDIN, Batista. *O homem, quem é ele?* Elementos de antropologia filosófica. São Paulo: Paulinas, 1981.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- NOVAK, Maria da Glória. Estoicismo e epicurismo em Roma. In: *Revista Clássica*, Departamento de

Letras Clássicas e Modernas da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo n. 3, São Paulo: Humanitas/FFLCH/USP, 1999.

PEREIRA MELO, José Joaquim. *Sêneca: o papel do sábio na formação da humanidade*. Série — Estudos — Periódico do Mestrado em Educação da UCDB, Campo Grande, n. 20, jul./dez. 2005.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: PAULA, STURION Alexandre de (Org.). *Ensaio constitucionais de direitos fundamentais*. Campinas: Servanda, 2006.

POPPER, Karl Raymond. *A democracia e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. São Paulo: Itatiaia, 1974.

REALE REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: antiguidade e idade média*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Paulus, 1990.

ROUSSEAU, Dominique. *Les libertés individuelles et la dignité de la personne*. Paris: Montchrestien, 1998.

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

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. A necessária constitucionalização do direito: o óbvio a ser desvelado. In: *Revista Direito da UNISC*, n. 9/10, 1998.

WINDELBAND, Wilhelm. *História geral de la filosofía: con un estudio sobre la filosofía del siglo XX*. Barcelona: El Ateneo, 1970.



Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho
Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho

Tribunal Superior do Trabalho

Processo: TST-RR-75700-37.2010.5.16.0009

Recorrentes: Ministério Público do Trabalho da 16ª Região

Recorridos: Município de Codó

Acórdão:

- ▶ RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. EFETIVAÇÃO DE PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS E INTERNACIONAIS RATIFICADOS, RELATIVOS À PESSOA HUMANA E ÀS RELAÇÕES DE TRABALHO. TRABALHO DECENTE E COMBATE IMEDIATO E PRIORITÁRIO AO TRABALHO INFANTIL E ÀS PIORES FORMAS DE TRABALHO DO ADOLESCENTE. OIT: CONSTITUIÇÃO DE 1919; DECLARAÇÃO DA FILADÉLFIA DE 1944; DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TRABALHO DE 1998; CONVENÇÃO N. 182 DA OIT. EFETIVIDADE JURÍDICA NO PLANO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Organização Internacional do Trabalho, por meio de vários de seus documentos normativos cardeais (Constituição de 1919; Declaração da Filadélfia de 1944; Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998; Convenção n. 182) asseguram, de maneira inarredável, a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho e do emprego, a implementação de trabalho efetivamente decente para os seres humanos, a proibição do trabalho da criança e o combate imediato e prioritário às piores formas de trabalho do adolescente. O Estado Democrático de Direito — estruturado pela Constituição da República e que constitui também o mais eficiente veículo para implementar esses comandos do Texto Máximo da República e dos documentos normativos da OIT — impõe ao Poder Público a adoção de medidas normativas e administrativas para o cumprimento prioritário dessas normas constitucionais e internacionais ratificadas e absolutamente imperativas. A lesão ao direito difuso de crianças e adolescentes, manifestamente desrespeitado no Município, submetidos a relações de trabalho flagrantemente proibidas ou gravemente irregulares, pode ser levada ao Poder Judiciário, mediante Ação Civil Pública, pelo Ministério Público do Trabalho (art. 5º, XXXV, CF; art. 129, I, II e III, CF), sendo competente a Justiça do Trabalho para conhecer e julgar a ACP (art. 114, I e IX, CF). O fulcro da lide são as relações de trabalho irregulares, ao passo que o Município é potencial devedor de medidas públicas eficazes para sanar ou reduzir a lesão — circunstâncias que enquadram, inapelavelmente, o litígio nos marcos da competência da Justiça do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido.

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE VISAM À ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL. EFETIVIDADE DE DIREITOS SOCIAIS. O Direito do Trabalho é campo decisivo no processo de inserção juístral no universo geral do Direito, tendo a Constituição da República firmado o conceito e a estrutura normativos do Estado Democrático de Direito, em que ocupam posições cardeais a pessoa humana e sua dignidade, juntamente com a valorização do trabalho. Cabe à Justiça do Trabalho cumprir o estratégico objetivo de cimentar as balizas de atuação dos distintos atores sociais e estatais, assegurando a efetividade da ordem jurídica de Direito Material. Resta claro, portanto, que a erradicação do trabalho infantil é medida de manifesto interesse ao Direito do Trabalho e, com igual razão, ao campo de atuação do Ministério Público do Trabalho. No presente caso, discute-se pedido decorrente de relação de trabalho que visa à implantação de políticas públicas, pelo Município de Codó, no tocante ao combate ao trabalho infantil e a outras formas degradantes de trabalho. A atuação do Poder Judiciário, em caso de omissão do administrador público para a implementação de tais políticas públicas previstas na CF, insere-se na competência material da Justiça do Trabalho, definida em razão da matéria, nas hipóteses disciplinadas no art. 114, I a IX, da CF. Precedentes do STF. Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n. TST-RR-75700-37.2010.5.16.0009, em que é Recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 16ª REGIÃO e Recorrido MUNICÍPIO DE CODÓ.

Em face da decisão do Tribunal Regional do Trabalho de origem, o MPT interpõe o presente recurso de revista, o qual foi admitido pela Vice-Presidência do Regional, por possível violação do art. 114 da CF.

Foram apresentadas contrarrazões, sendo desnecessária a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, por já atuar como parte no presente feito.

É o relatório.

VOTO

I) CONHECIMENTO

PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Atendidos todos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos do recurso de revista.

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. EFETIVAÇÃO DE PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS E INTERNACIONAIS RATIFICADOS, RELATIVOS À PESSOA HUMANA E ÀS RELAÇÕES DE TRABALHO. TRABALHO DECENTE E COMBATE IMEDIATO E PRIORITÁRIO AO TRABALHO INFANTIL E ÀS PIORES FORMAS DE TRABALHO DO ADOLESCENTE. OIT: CONSTITUIÇÃO DE 1919; DECLARAÇÃO DA FILADÉLFIA DE 1944; DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TRABALHO DE 1998; CONVENÇÃO N. 182/OIT. EFETIVIDADE JURÍDICA NO PLANO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO.

O Tribunal Regional de origem assim decidiu:

“O recorrente sustenta que esta Justiça Especializada é competente para processar e julgar as ações que versem sobre controle judicial das políticas públicas, principalmente quando o Poder Público for omissor em adotar medidas para que se cumpram

as obrigações assumidas pela Carta Política, ao contrário do que entendeu o Juízo de primeiro grau.

De início, destaco a relevância do ofício exercido pelo Ministério Público do Trabalho no combate ao trabalho infantil e a outras formas degradantes de trabalho, pois a exploração abusiva de mão de obra é combatida atualmente pelos ordenamentos jurídicos dos Estados Democráticos de Direito uma vez que se revela grave ofensa à dignidade da pessoa humana, sendo, inclusive, refutado por diversos tratados internacionais e diplomas legais pátrios.

Por sua vez, o Poder Judiciário, na sua função típica (a jurisdicional) e dentro do limite legal de sua atuação, age como coadjuvante no sentido de ver todo o comando normativo observado e respeitado, como não poderia deixar de ser, limitado, pois, a examinar aquilo que lhe é posto como litígio.

A ação tem como questão de fundo a possibilidade de determinação pelo Poder Judiciário de obrigações de fazer e não fazer ao Poder Público a fim de que adote medidas tendentes à erradicação do trabalho infantil, labor este terminantemente proibido através de nossa Lei Maior (art. 7º, XXXIII, da CF/88), ou seja, para que promova políticas públicas para eliminar o trabalho infantil, tratando ora de alocação de recursos públicos, ações legislativas, fiscalização, etc.

Por sua vez, o recorrente tenta fazer crer que a competência para tais políticas públicas são da alçada da Justiça do Trabalho, vez que conexas ao trabalho infantil, consubstanciando suas alegações no art. 114, I e IX, da CF/88.

Com efeito, a matéria de adoção de políticas públicas tendentes a erradicar o trabalho infantil não se amolda ao inciso I do art. 114 da CF/88, vez que o Ente Público recorrido não é o tomador dos serviços, o que é incontroverso nos autos, mas através

do TAC o recorrente busca que o recorrido tome medidas para impedir que essa forma de trabalho exista no âmbito de sua competência.

Por outro lado, a competência material também não se amolda com o inciso IX do art. 114 da CF/88, porque a nossa Lei Maior fixou que também seria a Justiça do Trabalho competente para processar e julgar “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei”, pelo que exige a preexistência de uma lei infraconstitucional que preveja essa competência para esta Especializada, e, ressalte-se, não há previsão legal para tanto.

No entanto, não se está a vedar a possibilidade do Poder Judiciário intervir nas políticas públicas quando necessário, obedecidas batizas norteadas pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Nesse sentido, vale a transcrição de passagem do voto do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, na ADPF 45-9, *in verbis*:

“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário — e nas desta Suprema Corte, em especial — a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto — consoante já proclamou esta Suprema Corte — que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.” (RTJ 175/1212-1213, rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Todavia, a questão de fundo é de cunho administrativo, que envolve obrigações constitucionalmente assumidas pelo Poder Público e, apesar de se tratar, na espécie, de trabalho infantil, não é suficiente para atrair a competência da Justiça do Trabalho.

Destarte, nego provimento ao recurso, por entender que esta Justiça especializada é incompetente para processar e julgar a presente ação.”

No recurso de revista, o *Parquet*, em síntese, insurge-se contra a decisão que declarou a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciação do feito. Aduz que a Justiça do Trabalho é competente para determinar a implementação de políticas públicas que erradiquem e previnam o trabalho infantil. Sustenta que “Uma vez que os municípios, em regra, não atenderam a notificação, visando ainda trabalhar na conscientização dos gestores municipais quanto à urgente necessidade/obrigação de implementação de políticas públicas para erradicar o trabalho infantil, ambos os Ministérios Públicos promoveram 5 (cinco) audiências públicas, inclusive, no interior do Estado, em que foram convidados os 75 prefeitos para tratar da problemática. Muitos municípios compareceram a esses encontros, sendo que a maioria reconheceu o imperativo da tomada de providências urgentes para assegurar direitos constitucionais e legais das crianças e jovens maranhenses, sobretudo,

em termos orçamentários, com o fim da erradicação do trabalho infantil. Nessa ocasião, diversos Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta — TACs foram firmados. Entretanto, em total inércia, o Município Recorrido não atendeu as notificações do Recorrente e nem se dignou a comparecer para discutir a efetivação de Termo de Ajustamento de Conduta, fazendo tábua rasa do chamamento ministerial”; “se a Constituição confere competência material à Justiça do Trabalho para conhecer das ações que envolvam trabalho infantil, seja em relação de emprego subordinado, seja em relações de trabalho lato sensu, em tal competência obviamente está inserido o poder de determinar os meios necessários para adequar tais situações fáticas ao Texto Constitucional, sem que isso venha a configurar interferência em outro poder”; “o Parquet trouxe ao Judiciário uma ação civil pública que é oriunda de relações de trabalho envolvendo crianças e adolescentes em lixões, agricultura familiar, comércio ambulante, etc., fato incontroverso e confessado nos autos (como veremos adiante). Em nenhum momento se falou que o Município seria empregador, pois aqui estamos a tratar de relações de trabalho e não de relações de emprego.”

Indica violação dos arts. 114, I e IX, e 227, da Lei Maior. Colaciona aresto para o confronto de teses. Invoca, em sua defesa, as Convenções ns. 138 e 182 da OIT, que proíbem o trabalho infantil.

Com razão.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Organização Internacional do Trabalho, por meio de vários de seus documentos normativos cardeais (Constituição de 1919; Declaração da Filadélfia de 1944; Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998; Convenção 182 da OIT) asseguram, de maneira inarredável, a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho e do emprego, a implementação de trabalho efetivamente decente para os seres humanos, a proibição do trabalho da criança

e o combate imediato e prioritário às piores formas de trabalho do adolescente.

O Estado Democrático de Direito — estruturado pela Constituição da República e que constitui também o mais eficiente veículo para implementar esses comandos do Texto Máximo da República e dos documentos normativos da OIT — impõe ao Poder Público a adoção de medidas normativas e administrativas para o cumprimento prioritário dessas normas constitucionais e internacionais ratificadas e absolutamente imperativas.

A lesão ao direito difuso de crianças e adolescentes, manifestamente desrespeitado no Município, submetidos a relações de trabalho flagrantemente proibidas ou gravemente irregulares, pode ser levada ao Poder Judiciário mediante Ação Civil Pública pelo Ministério Público do Trabalho (art. 5º, XXXV, CF; art. 129, I, II e III, CF), sendo competente a Justiça do Trabalho para conhecer e julgar a ACP (art. 114, I e IX, CF).

O fulcro da lide são as relações de trabalho irregulares, ao passo que o Município é potencial devedor de medidas públicas eficazes para sanar ou reduzir a lesão — circunstâncias que enquadram, inapelavelmente, o litígio nos marcos da competência da Justiça do Trabalho.

À luz do disposto no art. 114 da Constituição Federal, esta Justiça Especializada é competente para processar e julgar as demandas oriundas de relações de trabalho.

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

[...]

IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. (grifo nosso)

Registre-se, por oportuno, que as pretensões formuladas pelo MPT, na presente ação civil pública, destinam-se à obrigação de fazer da

entidade pública, no sentido de “*apresentar projeto de lei junto à Câmara Municipal, no prazo de 40 (quarenta dias), visando a criação e implementação de programa(s) social(is) municipal para erradicar o trabalho infantil*”; “*o projeto de lei previsto deve contemplar o plano municipal de erradicação de trabalho infantil, mecanismos de controle social, diagnóstico, além da universalização de atendimento*”; o programa “*deverá priorizar a retirada das crianças e adolescentes do trabalho e impedir o acesso de crianças ao trabalho em ruas, oferecendo bolsa-família e/ou programas de educação*”; “*apresentar projeto de lei prevendo penalidade de multa, suspensão e cassação de licença de localização e funcionamento aos estabelecimentos que violem a legislação de proteção ao trabalho do adolescente e de vedação do trabalho infantil*”; “*quando da elaboração do orçamento público, no envio dos projetos de lei do LDO e LOA, garantir dotação suficiente para implementação do(s) programa(s) municipal(is) de erradicação do trabalho infantil (...) com a destinação de, pelo menos, 2% do Fundo de Participação dos Municípios ao Fundo Municipal dos Direitos das Crianças e Adolescentes*”, entre outras conexas.

O Direito do Trabalho é campo decisivo no processo de inserção justalabalhista no universo geral do Direito, tendo a Constituição da República firmado o conceito e a estrutura normativos de Estado Democrático de Direito, em que ocupam posições cardeais a pessoa humana e sua dignidade, juntamente com a valorização do trabalho.

Resta claro, portanto, que a erradicação do trabalho infantil é medida de manifesto interesse ao Direito do Trabalho e, com igual razão, afeto ao campo de atuação do Ministério Público do Trabalho. A atuação do Poder Judiciário, em caso de omissão do administrador público para a implementação de políticas públicas previstas na CF, insere-se na competência material da Justiça do Trabalho, a quem cabe cumprir o estratégico objetivo de cimentar as balizas de atuação dos distintos atores sociais

e estatais, assegurando a efetividade da ordem jurídica de Direito Material.

No presente caso, como visto, discute-se pedido decorrente de relação de trabalho, que visa à implantação de políticas públicas, pelo Município de Codó, no tocante ao combate ao trabalho infantil e a outras formas degradantes de trabalho. Por tais razões, a atuação do Poder Judiciário, em caso de omissão do administrador público para a implementação de políticas públicas previstas na CF, no sentido de prevenir e solucionar os casos de trabalho infantil, insere-se na competência da Justiça do Trabalho, definida em razão da matéria, nas hipóteses disciplinadas no art. 114, I a IX, da CF, independentemente de o Ministério Público do Trabalho ter razão, ou não, no mérito.

O Supremo Tribunal Federal entende que, em situações excepcionais, o Poder Judiciário pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes — o que se aplica ao caso dos autos, no qual se pretende a tutela da erradicação do trabalho infantil.

Nesse sentido:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. SEGU-
RANÇA PÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL
EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPL-
MENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.
AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMEN-
TO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE
INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁ-
RIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS
2º, 6º E 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
1. O direito a segurança é prerrogativa cons-
titucional indisponível, garantido mediante a
implementação de políticas públicas, impon-
do ao Estado a obrigação de criar condições
objetivas que possibilitem o efetivo acesso a
tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário
determinar a implementação pelo Estado,
quando inadimplente, de políticas públicas
constitucionalmente previstas, sem que haja
ingerência em questão que envolve o poder

discricionário do Poder Executivo. Prece-
dentes. 3. Agravo regimental improvido” (RE
559.646-Agr/PR, relª Minª Ellen Gracie, 2ª
Turma, DJe 24.6.2011).

“CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE
IDADE — ATENDIMENTO EM CRECHE
E EM PRÉ-ESCOLA — SENTENÇA QUE
OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A
MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES
DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE
SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO
DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS
LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA
POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA — LEGI-
TIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO
DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER
PÚBLICO — DOCTRINA — JURISPRU-
DÊNCIA — OBRIGAÇÃO ESTATAL DE
RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS
— EDUCAÇÃO INFANTIL — DIREITO
ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO
CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA
REDAÇÃO DADA PELA EC N. 53/2006)
— COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREI-
TO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO
— DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO
SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTA-
DAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211,
§ 2º) — LEGITIMIDADE CONSTITUCIO-
NAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDI-
CIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL
NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS
PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO
— INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO
AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PO-
DERES — PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREI-
TOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS
E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGI-
CAS” — RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO
EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO
SOCIAL — PRETENDIDA EXONERAÇÃO
DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR
EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA
REALIDADE FÁTICA — QUESTÃO QUE
SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES
DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO —
PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” — IN-
VOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTRE-
MO — IMPOSSIBILIDADE — RECURSO

DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. — A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). — Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. — A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. — Os Municípios — que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) — não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. — Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular

e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. — O Poder Público — quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional — transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI n. 1.484/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, *v. g.* — A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. — A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A

INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. — A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. — A cláusula da reserva do possível — que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição — encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. — A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa

Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. — O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. — A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, *v. g.*) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar — mediante supressão total ou parcial — os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. — Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” — que se reveste de função coercitiva — tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência. ARE 639337 AgR/SP – Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 23.8.2011, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação DJE-177, PUBLIC. 15.9.2011.

“Agravos regimentais no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio

ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e as futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido pela Constituição Federal, a qual comete ao Ministério Público a sua proteção. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido.” (REAgR 417408, rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 26.4.2012.)

“Recurso Extraordinário. Ação Civil Pública. Abrigos para moradores de rua. Reexame de fatos e provas. Súmula n. 279 do STF. Ofensa ao princípio da separação dos poderes. Inexistência. Agravo regimental desprovido. Incabível o recurso extraordinário quando as alegações de violação a dispositivos constitucionais exigem o reexame de fatos e provas (Súmula n. 279/STF). Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que não ofende o princípio da separação de poderes a determinação, pelo Poder Judiciário, em situações excepcionais, de realização de políticas públicas indispensáveis para a garantia de relevantes direitos constitucionais. Precedentes. Agravo regimental desprovido.” (RE-AgR 634.643, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 13.8.2012.)

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Constitucional. Poder Judiciário. Determinação para implementação de políticas públicas. Melhoria da qualidade do ensino público. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 2. Agravo regimental não provido. DJe-025 divulg. 3.2.2012 public. 6.2.2012. ARE 635679 AgR/GO, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Órgão Julgador: Primeira Turma.” (grifei)

Em lide análoga à presente, o TST entendeu que:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPE-TÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRABALHO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. ATIVIDADE INSALUBRE. COLETA DE RESÍDUOS SÓLIDOS EM ATERRO SANITÁRIO. MUNICÍPIO. Na hipótese dos autos, constatou-se pelos órgãos de fiscalização do trabalho a presença de crianças e adolescentes em aterro sanitário de propriedade do município, onde realizavam atividade que consistia na coleta de resíduos sólidos com valoração econômica, sem intervenção ostensiva por parte da municipalidade. Se se constata, como nos autos, a ocorrência de labor de crianças e adolescentes em aterro sanitário, pode-se concluir que seu labor dirige-se, ainda que reflexamente, ao ente estatal responsável pela gestão e controle das atividades econômicas de tratamento dos resíduos sólidos da municipalidade. A ausência de retorno financeiro dessa atividade, por opção do município, não pode descaracterizar a nítida relação existente entre os indivíduos envolvidos e o tomador de seus serviços. É dizer, a opção de não desenvolver a atividade em um grau ótimo de aproveitamento econômico não retira a condição de tomador de serviços, bem como de garante das condições mínimas de medicina e segurança do trabalho do meio ambiente laboral. Ademais, é da própria lógica desta ação civil pública e do caráter difuso dos interesses aqui protegidos a abstração quanto aos aspectos fáticos relacionados a cada trabalhador, sendo impossível a identificação precisa das distintas formas de trabalho que, porventura, possam ocorrer no meio ambiente laboral administrado pelo município. Nos dizeres do art. 114 da Constituição, não se limita a competência desta Justiça do Trabalho às causas entre empregadores e empregados, tampouco entre tomadores de serviços e trabalhadores lato sensu, uma vez que é do espectro de sua competência a análise de todas as causas que tenham como origem a relação laboral. A responsabilidade do ente municipal pela guarda das condições do aterro sanitário, sobretudo a vedação de acesso a crianças e adolescentes ao local

de trabalho insalubre, é questão que tem como origem relações laborais, seja porque presente no próprio município a figura de tomador de trabalho, seja porque possível, no âmbito de abstração dos interesses difusos aqui defendidos, a configuração de distintas formas de relação de trabalho e mesmo de emprego dentre os indivíduos que adentram aquele espaço, restando nítida a competência desta Justiça do Trabalho. A vocação desta Justiça do Trabalho se reforça como no caso dos autos, detectando-se a presença do labor humano a um ente tomador de seus serviços, e, assim, justificando-se a especialização deste ramo do Judiciário, mais afeto à temática que ora apresenta o autor desta ação civil pública. Agravo de instrumento não provido. Processo: AIRR – 98040-04.2005.5.22.0002 – Data de Julgamento: 27.6.2012, relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 6.7.2012.” (g. n.)

Cabe a transcrição, por oportuna, de trecho do voto do Ministro Celso de Mello, *verbis*:

“É certo — tal como observei no exame da ADPF 45/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF n. 345/2004) — que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário — e nas desta Suprema Corte, em especial — a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Impende assinalar, contudo, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) não poderão

demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208 da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à criança e ao adolescente, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.” ARE 639337 AgR / SP – Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 23.8.2011, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação DJe-177, PUBLIC 15.9.2011. Grifos acrescidos.

Daniel Sarmiento, ao versar o tema pertinente ao controle judicial de políticas públicas (“Reserva do Possível e Mínimo Existencial”, in “Comentários à Constituição Federal de 1988”, p. 371/388, 371/375, 2009, Gen/Forense), considerou que:

“Até então, o discurso predominante na nossa doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado. As intervenções judiciais neste campo eram raríssimas, prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação de poderes, que via como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais.

Hoje, no entanto, este panorama se inverteu. Em todo o país, tornaram-se frequentes as decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados relacionadas a direitos sociais constitucionalmente positivados. Trata-se de uma mudança altamente positiva, que deve ser celebrada.

Atualmente, pode-se dizer que o Poder Judiciário brasileiro ‘leva a sério’ os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos

fundamentais, e a via judicial parece ter sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna.

Sem embargo, este fenômeno também suscita algumas questões complexas e delicadas, que não podem ser ignoradas. Sabe-se, em primeiro lugar, que os recursos existentes na sociedade são escassos e que o atendimento aos direitos sociais envolve custos. (...).

Neste quadro de escassez, não há como realizar, *'hic et nunc'*, todos os direitos sociais em seu grau máximo. O grau de desenvolvimento socioeconômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar. E a escassez obriga o Estado em muitos casos a confrontar-se com verdadeiras 'escolhas trágicas', pois, diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas. (...)

As complexidades suscitadas são, contudo, insuficientes para afastar a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais. Com a consolidação da nova cultura constitucional que emergiu no país em 1988, a jurisprudência brasileira deu um passo importante, ao reconhecer a plena justiciabilidade dos direitos sociais. No entanto, essas dificuldades devem ser levadas em conta. Vencido, com sucesso, o momento inicial de afirmação da sindicabilidade dos direitos prestacionais, é chegada a hora de racionalizar esse processo." (grifei)

Cabe transcrever, ainda, a lição de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen ("Políticas Públicas — A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público", p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), quando assinala:

"Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas

públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer. (...)

Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

(...)

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração. (...)

As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional." (grifei)

Em "Controle de políticas públicas na justiça do trabalho", de autoria de Manoel Jorge e Silva Neto, publicado na Revista 37 do MPT, o autor afirma:

"Quando o constituinte originário remeteu à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, o fez em linha de afirmação do interesse público que subjaz à determinação da competência tal como constitucionalmente conformada. Com isso, é possível afirmar, sem receio, que ausência de política pública relativamente a direito humano dos trabalhadores, por se converter em omissão estatal com reflexo

imediatamente na relação de trabalho, determina a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a ação. (...)”

A propósito, situação similar à dos presentes autos já tem ocorrido com o trabalho degradante e o trabalho análogo às condições de escravidão, em que se considera manifestamente competente a Justiça do Trabalho para conhecer e julgar lides relativas a tais lesões massivas ultrajantes.

Diante do exposto, **CONHEÇO** do recurso de revista por violação do art. 114, I e IX, da CF.

II) MÉRITO

Conhecido o recurso de revista por violação do art. 114, I e IX, da CF, a consequência lógica é o seu provimento.

Por todo o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de revista para afastar a declaração de incompetência da Justiça do Trabalho quanto aos pedidos relativos à ação civil pública e

determinar o retorno dos autos ao MM. Juízo de Primeiro Grau, para que prossiga no julgamento do feito, como entender de direito.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I – conhecer do recurso de revista por violação do art. 114, I e IX, da CF; II – no mérito, dar-lhe provimento para afastar a declaração de incompetência da Justiça do Trabalho quanto aos pedidos relativos à ação civil pública e determinar o retorno dos autos ao MM. Juízo de Primeiro Grau, para que prossiga no julgamento do feito, como entender de direito.

Brasília, 17 de setembro de 2013.

Firmado por assinatura digital (Lei n. 11.419/2006)

Maurício Godinho Delgado

Ministro Relator

Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

Processo: 0000491-82.2012.5.04.0023

DESEMBARGADORA TÂNIA REGINA SILVA RECKZIEGEL

Órgão Julgador: 2ª Turma

Recorrentes: MAURO SÉRGIO MARQUES DA SILVEIRA - Adv.

Marcelo Kroeff

Recorrentes: WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA. - Adv.

Flávio Obino Filho

Recorridos: OS MESMOS

Origem: 23ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

Prolator da Sentença: JUÍZA CERES BATISTA DA ROSA PAIVA

EMENTA:

- **DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXAUSTIVA.** Todo ser humano tem direito de projetar seu futuro e de realizar escolhas com vistas à sua autorrealização, bem como a fruir da vida de relações (isto é, de desfrutar de relações interpessoais). O dano existencial caracteriza-se justamente pelo tolimento da autodeterminação do indivíduo, inviabilizando a convivência social e frustrando seu projeto de vida. A sujeição habitual do trabalhador à jornada exaustiva implica interferência em sua esfera existencial e violação da dignidade e dos direitos fundamentais do mesmo, ensejando a caracterização do dano existencial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: preliminarmente, por unanimidade, não conhecer do recurso ordinário da reclamada quanto à prescrição por ausência de interesse recursal. No mérito, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário do reclamante para acrescer à condenação o pagamento de indenização por dano existencial de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), com juros e correção monetária na forma da fundamentação. Por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário da reclamada. Em atenção

à solicitação da Procuradoria Regional do Trabalho da 4ª Região (OF/PRT 4ª/GAB/n. 013/2012), oficie-se o Ministério Público do Trabalho acerca do teor da presente decisão. Custas de R\$ 800,00 (oitocentos reais) sobre o valor ora acrescido à condenação de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Intime-se.

Porto Alegre, 15 de maio de 2014 (quinta-feira).

RELATÓRIO

As partes interpõem recursos ordinários em face da sentença de fls. 267-74, que julgou parcialmente procedente a ação.

O reclamante, nas razões de fls. 267-74, busca a reforma da decisão quanto à indenização por dano existencial.

A reclamada, às fls. 276-8, pretende a pronúncia da prescrição quinquenal e a modificação do julgado no tocante ao intervalo interjornada e aos honorários assistenciais.

Com contrarrazões do demandante às fls. 294-6 e da ré às fls. 298-302, sobem os autos ao Tribunal e são distribuídos a esta Relatora.

É o relatório.

VOTO

DESEMBARGADORA TÂNIA (RELATORA): REGINA SILVA RECKZIEGEL

Preliminarmente

Não conhecimento do recurso ordinário da reclamada quanto à prescrição. Ausência de interesse recursal

O interesse recursal constitui pressuposto intrínseco de admissibilidade do recurso, nos termos do art. 499 do CPC, subsidiariamente aplicável ao processo do trabalho por força do art. 769 da CLT.

Entretanto, no caso dos autos, a recorrente carece de interesse em recorrer da sentença quanto à prescrição quinquenal, uma vez que a Magistrada de origem já pronunciou a prescrição “*de todas as parcelas vencidas anteriormente a 24 de abril de 2007*”.

Nestes termos, não conheço do recurso ordinário da reclamada quanto à prescrição por ausência de interesse recursal

Mérito

— RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE

Indenização por dano existencial

Irresignado, o reclamante discorre acerca do conceito de dano existencial. Pondera que sofreu essa espécie de dano em razão das longas jornadas que a demandada lhe obrigava a cumprir. Sustenta que a situação afetou seu lazer, convívio com sua família e seu estudo.

Aponta que cumpria carga horária de 81 a 89 horas semanais. Afirma que a empresa demandada adota como prática rotineira a submissão dos empregados a jornadas de 13 ou 14 horas. Defende que a conduta da ré importa em violação da dignidade humana e do valor social do trabalho. Refere que competia à reclamada obstar o labor em jornada tão extensa. Menciona que a sujeição do trabalhador ao cumprimento de jornada exaustiva é tipificada como crime de sujeição à condição análoga à de escravo no art. 149 do Código Penal. Refere a existência de uma série de decisões favoráveis à sua tese.

Examino.

A Magistrada *a quo* julgou improcedente o pedido de indenização de dano existencial sob o fundamento de que a prestação de labor extraordinário enseja tão somente o pagamento das horas extras correspondentes. Outrossim, entendeu que, ao aceitar promoção, o autor teria priorizado sua ascensão profissional ao convívio familiar e social.

O dano existencial é espécie do gênero dano imaterial que corresponde às lesões que comprometem a liberdade de escolha do indivíduo, impossibilitando-o de realizar um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas e familiares; ou de desenvolver seus projetos de vida no âmbito social e no pessoal. Todo ser humano tem direito de projetar seu futuro e de realizar escolhas com vistas à sua autorrealização, bem como de fruir da vida de relações (isto é, de desfrutar de relações interpessoais e de atividades prazerosas extralaborais). O dano existencial caracteriza-se justamente pelo tolimento da autodeterminação do indivíduo, inviabilizando a convivência social e frustrando seu projeto de vida.

Isso posto, tenho que a sujeição habitual do trabalhador à jornada exaustiva implica interferência em sua esfera existencial e violação da dignidade e dos direitos fundamentais do mesmo (como ao limite de jornada, à saúde e ao lazer, nos termos dos arts. 6º e 7º, XIII da

Constituição Federal), ensejando a caracterização do dano existencial.

No caso dos autos, a jornada do reclamante foi fixada no processo n. 0000698-75.2011.5.04.0004 (anteriormente movido pelo autor em face da ré) como sendo das 07 h às 20h30min, com 30 minutos de intervalo, de segundas a sábados; em três domingos por mês, sendo que um deles compensado com folga durante a semana, das 07 h às 15h30min, com 30 minutos de intervalo; em metade dos feriados verificados na contratualidade, das 07 h às 15h30min, com 30 minutos de intervalo (fl. 182).

Por conseguinte, constata-se que não havia meramente a prestação de horas extras, mas a sujeição do reclamante à jornada visivelmente exaustiva, sendo evidente o prejuízo aos direitos imateriais suprarreferidos.

Ainda, com a devida vênia à Julgadora de origem, entendo que não se pode considerar que o demandante, ao aceitar a promoção, tenha optado pela carreira em detrimento do convívio familiar. Note-se que não se pode entender que a ascensão profissional justifique a sujeição do trabalhador à jornada exaustiva ou a privação do convívio familiar e social, porquanto a assunção de cargo superior na carreira não autoriza a renúncia aos direitos fundamentais. Além disso, no presente caso, o autor foi promovido do cargo de conferente para encarregado de seção, sendo o último salário percebido na demandada de R\$ 1.433,07.

Nesse sentido já se manifestou este Tribunal em processo envolvendo questão análoga em relação à mesma reclamada:

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação

habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que traduzem decisão jurídico-objetiva de valor de nossa Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, do qual constitui projeção o direito ao desenvolvimento profissional, situação que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso do reclamante provido. (TRT da 4ª Região, 1ª Turma, 0002125-29.2010.5.04.0203 RO, em 20.3.2013, Desembargador José Felipe Ledur – Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Iris Lima de Moraes, Desembargadora Laís Helena Jaeger Nicotti.)

DANO EXISTENCIAL. Há dano existencial quando a prática de jornada exaustiva por longo período impõe ao empregado um novo e prejudicial estilo de vida, com privação de direitos de personalidade, como o direito ao lazer, à instrução, à convivência familiar. Prática reiterada da reclamada em relação aos seus empregados que deve ser coibida por lesão ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal). (TRT da 4ª Região, 2ª Turma, 0001133-16.2011.5.04.0015 RO, em 18.4.2013, Desembargador Raul Zoratto Sanvicente – Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Tânia Rosa Maciel de Oliveira, Desembargador Alexandre Corrêa da Cruz.)

No tocante ao *quantum* indenizatório, esse deve, simultaneamente, amenizar o dano experimentado e surtir efeito pedagógico e punitivo em relação ao lesante. Para tanto, deve-se considerar a extensão do dano e a capacidade financeira das partes. Com base em tais parâmetros e considerando as peculiaridades do caso concreto, especialmente a extensão da jornada do autor e o porte da reclamada, fixo a indenização em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Dou provimento ao recurso ordinário do reclamante para acrescer à condenação indenização por dano existencial de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), com juros na forma do art. 883 da CLT e correção monetária na forma da Súmula n. 50 deste TRT.

II – RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA

1. Intervalo interjornada

A reclamada investe contra a sentença quanto ao intervalo interjornada. Defende que o demandante estava enquadrado no art. 62, II da CLT.

Afirma que o autor sempre fruiu integralmente dos intervalos. Sustenta que competia ao demandante demonstrar a existência de diferenças de horas extras a seu favor por se tratar de fato constitutivo do direito vindicado. Alega que o Magistrado não pode produzir prova. Assevera que a não concessão do intervalo entre duas jornadas de trabalho enseja mera infração administrativa.

Examino.

A Magistrada *a quo* condenou a demandada ao pagamento, como extras, das horas trabalhadas em prejuízo ao intervalo interjornada até 15.9.2009.

Em ação anteriormente ajuizada pelo reclamante em face da ora ré, autuada sob o n. 0000698-75.2011.5.04.0004 (cujas decisões já transitou em julgado, conforme documentos de fls. 170 e 207), foi afastada a aplicação do art. 62, II, da CLT e fixada a jornada do autor como sendo das 07 h às 20h30min, com 30 minutos de intervalo, de segundas a sábados; em três domingos por mês, sendo que um deles compensado com folga durante a semana, das 07 h às 15h30min, com 30 minutos de intervalo; em metade dos feriados verificados na contratualidade, das 07 h às 15h30min, com 30 minutos de intervalo (fl. 182).

Por conseguinte, inviável a apreciação do enquadramento do reclamante na exceção prevista no art. 62, II da CLT, porquanto há coisa julgada material no aspecto.

Isso posto, considerando a jornada arbitrada na referida decisão, é evidente o desrespeito ao intervalo mínimo de 11 horas entre duas jornadas de trabalho, previsto no art. 66 da CLT.

Nessas circunstâncias, o reclamante faz jus ao pagamento, como extras, do período que foi subtraído do intervalo previsto no art. 66 da CLT, em consonância com o entendimento contido na OJ n. 355 da SDI-1 do TST:

O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT e na Súmula n. 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional.

Registro que o demandante desincumbiu-se de seu ônus probatório ao trazer aos autos cópia da decisão transitada em julgado do referido processo, uma vez que essa consigna a jornada fixada e, via de consequência, evidencia a não observância do repouso previsto no art. 66 da CLT.

Nego provimento.

2. Honorários assistenciais

A reclamada não se conforma com a sentença quanto aos honorários advocatícios. Afirma que o cálculo dos honorários assistenciais deve ter como base o valor líquido do crédito apurado em execução de sentença. Invoca o art. 11 da CLT.

Examino.

A Julgadora de origem condenou a demandada ao pagamento de honorários assistenciais de 15% sobre o valor bruto da condenação.

Entendo que os honorários devem ser calculados sobre o valor bruto da condenação, na forma da OJ n. 348 da SDI-1 do TST e Súmula n. 37 deste TRT, porquanto a referida Orientação Jurisprudencial inclui na base de cálculo dos honorários as parcelas devidas a título de contribuições previdenciárias e fiscais, o que equivale ao valor bruto da condenação.

Registro que o “*líquido apurado na execução da sentença*”, referido no art. 11, § 1º, da Lei n. 1.060/50, deve ser interpretado como o valor total apurado (liquidado) quando da liquidação de sentença.

Nego provimento.

DESEMBARGADOR ALEXANDRE CORRÊA DA CRUZ:

Acompanho o voto da Exma. Desembargadora relatora.

Desembargador Marcelo José Ferlin D’Ambroso:

Acompanho o voto da Exma. Sra. Des. Relatora, em consonância de seus fundamentos.

Participaram do julgamento:

Desembargadora Tânia Regina Silva Reckziegel (Relatora)

Desembargador Alexandre Corrêa Da Cruz

Desembargador Marcelo José Ferlin D’ambroso

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

Processo: 0000759-89.2012.5.15.0069

Recurso Ordinário

Requerente: INTERSUL TRANSPORTES E TURISMO S.A.

Requerido: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO — PROCURADORIA REGIONAL DO
TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Origem: VARA DO TRABALHO DE REGISTRO

Juiz Sentenciante: VALDIR RINALDI SILVA

EMENTA:

- **AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. DIREITOS E/OU INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. SOCIEDADE DE RISCO. COLETIVIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS. NO CAMPO DO PROCESSO, COLETIVIZAÇÃO DAS AÇÕES.** Numa sociedade em que os riscos se multiplicam e em que só existir é já um grande risco — não que em épocas passadas o viver não representasse algum risco, mas, sem dúvida, em proporção bem menor e vindo de direções mais bem definidas e sob certa ótica mais previsíveis —, parece (*rectius*: chega mesmo) a ser intuitivo, há passar, efetivamente, do individual para o social, para que o social dê sustentação e vida ao individual, e isso, no campo do processo, leva à coletivização das ações, nos termos fixados pelo ordenamento jurídico, e que conferem legitimidade ao Ministério Público do Trabalho para a propositura de Ação Civil Pública, visando a defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, que digam com alguma relação de trabalho.

Da r. sentença de f. 264/8, complementada à f. 272, que julgou PROCEDENTE EM PARTE a ação, recorre a ré, mediante razões de f. 274/85-v, em síntese, quanto à **preliminar de falta de interesse de agir**; em relação à **preliminar de ilegitimidade de parte e impossibilidade jurídica do pedido**; no que tange à **nulidade da sentença extra petita**; em referência à **jornada de trabalho**; no tocante ao valor da **multa pelo descumprimento da obrigação de fazer**; em alusão ao **dano moral coletivo**.

Contrarrazões à f. 304/28, pelo Ministério Público do Trabalho.

Os autos não foram encaminhados para apresentação de parecer pela D. Procuradoria Regional do Trabalho, em atenção ao disposto nos arts. 110 e 111 do Regimento Interno deste E. TRT da 15ª Região.

Publicação da r. decisão em 2.8.2013-6ªf., f. 273, sendo tempestivo o recurso da ré interposto em 12.8.2013, f. 274; representação

processual regular, f. 224 e 274; preparo feito, f. 286/92.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso, por preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade.

DA PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR

O recorrente defende a extinção do processo, sem resolução de mérito, sustentando a falta de interesse de agir, uma vez que a presente ação civil pública, conforme alega, tem o mesmo objeto do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta juntado.

O recorrido, por sua vez, assinala que o TAC foi entabulado por outra filial da empresa.

Decerto, a existência de termo de ajustamento de conduta dispensa o aforamento de ação civil pública, quando houver identidade de partes e do objeto, nos moldes dos arts. 876, 'caput', da CLT, 585, inciso II, do CPC e 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985, que atribuem ao TAC força de título executivo extrajudicial.

Mas, *in casu*, o único TAC apresentado pela ré foi firmado, em 13.7.2010, pela INTERSUL TRANSPORTES E TURISMO S.A. – CNPJ 60.896.248/0006-19, f. 255/7, que, embora faça parte da empresa, se trata de filial, situada em Registro-SP, no centro do município <http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/cnpj/cnpjreva/cnpjreva_solicitacao.asp>.

Observe-se que a matriz trata-se da INTERSUL TRANSPORTES E TURISMO S.A. – CNPJ 60.896.248/0001-04, situada em Osasco/SP – *vide site* da Receita Federal. Mormente, considere-se que a unidade que responde pela presente ação, não se refere à matriz, nem à filial que se comprometeu pelo TAC de f. 255/7, mas da unidade INTERSUL TRANSPORTES E TURISMO S.A. – CNPJ 60.896.248/0004-57, igualmente situada em Registro/SP, mas no bairro Arapongal – *vide site* da Receita Federal.

Trata-se, portanto, a ré, de outra unidade que não aderiu ao TAC de f. 254/7.

Acertada a r. decisão de origem, f. 265/5-v.

Confirmo a rejeição da preliminar de ausência de interesse de agir.

DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DE PARTE

Alega a recorrente que o Ministério Público não tem legitimidade para a propositura da ação civil pública, dizendo que as matérias da extrapolação da jornada de trabalho e da supressão do intervalo interjornadas não se enquadram na definição de interesses difusos ou coletivos, nem mesmo consubstanciam interesses individuais homogêneos, diversamente, cuidam de interesses particulares e singulares, cuja prova, inclusive, deve ser produzida individualmente, de modo que à minguia de amparo legal, relativamente à pretensão deduzida na inicial, a ação deve ser extinta sem apreciação de mérito.

Por sua vez, o recorrido assevera que a pretensão deduzida na inicial é juridicamente possível, tendo amplo amparo na lei, sobretudo nas disposições dos arts. 81, inciso III, da Lei n. 8.078/1990, 127 'caput' e 129, ambos, da CF/1988, ainda, 5º, inciso I, 6º, inciso VII, letra 'd' e 83, inciso III, todos, da LC n. 75/1996 e, por derradeiro, § 1º, inciso III e 3º, ambos, da Lei n. 7.345/1985. Diz que as normas afrontadas são de ordem pública, irrenunciáveis e destinadas a tutelar os interesses transindividuais e indivisíveis dos empregados, vinculados por uma relação jurídica base com o mesmo empregador, estando, assim, autorizado, o *Parquet*, ao ajuizamento da presente ação civil pública.

Descreve a inicial que, por meio de inquérito civil, foi constatado elevado número de reclamações trabalhistas, notadamente o desrespeito, na empresa, ao intervalo do art. 66 da CLT, que estabelece uma pausa mínima de 11 h entre as jornadas visando a segurança e/ou proteção dos trabalhadores, além do desrespeito ao limite legal de horas extras de 02 h

por dia de atividade, impondo uma jornada de trabalho exaustiva aos empregados da empresa de transporte de passageiros, sem qualquer justificativa legal. Ainda, menciona que a ré se recusa a firmar um termo de ajustamento de conduta, f. 03/10.

Dúvida não há que a causa de pedir e o pedido não dizem respeito a meros interesses econômicos individuais de cada trabalhador, não versa, por exemplo, de quantas horas extras tem direito este ou aquele empregado, diversamente, se refere, de um modo muito mais abrangente, ao respeito à legislação do trabalho, especialmente às normas de proteção à higidez física e mental do trabalhador, a saber, ao intervalo mínimo de 11 h e ao limite ao número de 02 h extras por dia de atividade, direitos, de resto, expressamente assegurados por preceitos de lei e, conforme o libelo, vilipendiados pela recorrente.

É dizer, transcende o âmbito dos direitos individuais a defesa do interesse cuja tutela é pretendida na presente ação civil pública, sendo, portanto, o Ministério Público do Trabalho, legitimado a propô-la, porquanto, na dicção do art. 6º, inciso VII, letra ‘d’, da LC n. 75/1993, a D. Procuradoria tem o dever institucional de promover a ação civil pública para a defesa de interesses individuais homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

Ressalto que o *Parquet* não pretende meros direitos econômicos, mas a imposição ao demandado de obrigação de não fazer, relativamente a direito de caráter indisponível, através de prestação jurisdicional de natureza cominatória, com efeitos projetados para o futuro. A propósito, a prática questionada na inicial se estende no tempo e/ou trata-se de procedimento genérico e continuativo da empresa ré, surtindo efeito no futuro, não se contendo e/ou a sua origem não se delimita no tempo e/ou se restringe a determinada ocasião.

José Affonso Dallegrave Neto, tratando do cabimento da ação civil pública na Justiça do Trabalho, leciona:

“Observa-se que é no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) que a expressão ações coletivas encontra-se inserida de forma adequada, vez que ampla e em sintonia com o quadro axiológico da Constituição. Posteriormente, com a edição da Lei Complementar n. 75/93, instituiu-se expressamente a prerrogativa de o Ministério Público do Trabalho propor Ação Civil Pública na defesa dos direitos sociais. A expressão ‘interesses coletivos’ mencionada no inciso III do art. 83 deve ser vista em sua dimensão larga, abrangendo tanto os direitos difusos e coletivos em sentido estrito como os direitos individuais homogêneos que se enquadram dentro do interesse coletivo em sentido amplo. Tal exegese ampla é reforçada pela leitura do *caput* do art. 84 dessa mesma lei complementar. Logo, não remanescem mais dúvidas de que os chamados direitos individuais homogêneos encontram-se igualmente incluídos nessa espécie de ação coletiva.

Pela dicção do art. 6º, VII, “d”, da LC n. 75/93, o termo Ação Civil Pública é utilizado para salvaguardar os direitos coletivos e difusos, enquanto o art. 84 combinado com o art. 6º, XII, da mesma Lei, estabelece que a expressão Ação Civil Coletiva deve ser usada para a tutela dos direitos individuais homogêneos. Ambas as espécies compõem o gênero Ações Coletivas.

Não se pode deixar de prestigiar a interpretação sistêmica da Constituição, mormente, aquela decorrente da interlocução de seus arts. 129, III e 127, *caput*, combinado com o art. 1º do CDC. Nessa mesma esteira hermenêutica, é importante que se diga que não existe taxatividade quando se fala de proteger interesses metaindividuais.

Recentemente, a I Jornada de Direito do Trabalho, promovida pela Anamatra com o apoio do TST, aprovou o seguinte entendimento:

‘SÚMULA N. 75. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. I – O Ministério Público do Trabalho detém legitimidade para defender direitos ou interesses individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum, nos exatos termos do art. 81, inciso III, do CDC. II – Incidem na hipótese os arts. 127 e 129, inciso III, da Constituição Federal, pois a defesa de direitos individuais homogêneos quando coletivamente demandada se enquadra no campo dos interesses sociais previstos no art. 127 da Magna Carta, constituindo os direitos individuais homogêneos em espécie de direitos coletivos *lato sensu*.

Se com a vigência do art. 1º, da Lei n. 7.347/85, a abrangência da ACP se restringia à defesa de danos morais e materiais causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético e histórico, turístico e paisagístico, a partir da Constituição Federal de 1988 a ação civil pública ingressou na esfera trabalhista de forma ampla e efetiva.

Assim, aludida ação coletiva interposta na Justiça do Trabalho constitui remédio jurídico adequado para salvaguardar direitos sociais, sejam esses vistos em sua dimensão coletiva, difusa ou como direitos individuais homogêneos (...)

(...)

A legitimidade para propor Ação Civil Pública encontra-se estabelecida pela legislação (art. 82, IV, do CDC, e art. 5º, I e II, da LACP), devendo ser ampla a interpretação dessas normas processuais em face do propósito que a ação coletiva colima: a salvaguarda dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.” (*in Responsabilidade Civil No Direito do Trabalho*, LTr, 4. ed., p. 184/5.)

Carlos Henrique Bezerra Leite, igualmente, obtempera:

“... factível propor que a ação civil pública é o meio (a), constitucionalmente assegurado

(b) ao Ministério Público, ao Estado ou a outros entes coletivos autorizados por lei (c), para promover a defesa judicial (d) dos interesses ou direitos metaindividuais (e).

(...)

Dos interesses ou direitos metaindividuais (e), expressões juridicamente sinônimas que exprimem o gênero de que são espécies os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Com efeito, a expressão ‘e de outros interesses difusos e coletivos’, prevista no art. 129, III, da CF, comporta interpretação extensiva, isto é, permite ao legislador infraconstitucional catalogar outros interesses, de natureza metaindividual, que considerar socialmente relevantes, como é o caso dos individuais homogêneos” (*in Curso de Direito Processual do Trabalho*, LTr, 8. ed., p. 1.241/2).

De fato, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, visando resguardar o direito da coletividade.

Confesso que, em tempos passados, cheguei a considerar que o Ministério Público do Trabalho não possuía legitimidade para propor ACP, talvez um tanto impressionado com alguma leitura que tenha feito, citando, à guisa de exemplo e por todas, o artigo do preclaro Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, intitulado “Ação Civil Pública e Tutela do Trabalhador”, inserto no livro “Estudos de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho — em Homenagem a J. L. Ferreira Prunes”, que teve como coordenadores Juraci Galvão Júnior e Gelson de Azevedo, LTr, 1998, p. 162-180.

Entretanto, a preocupação com a sorte dos trabalhadores, muitos dos quais sujeitos a toda sorte de abusos, contra os quais não podem lutar, pois a necessidade de obter trabalho bloqueia-lhes qualquer iniciativa, sendo que também não se pode olvidar que o pavor do desemprego sempre funciona como um monstro, assustador, que faz com que quem precise trabalhar aceite as condições as mais adversas, fizeram-me refletir, muito e constantemente,

acerca do assunto, ainda porque, pessoalmente, considero que interessa a toda sociedade o que passa um e qualquer trabalhador, pois, embora participemos de uma sociedade de massa, isso não significa que devamos não dar ouvidos aos gemidos do nosso coração, que sofre — ou normalmente deve sofrer —, com a dor e o infortúnio alheios, como é próprio da natureza humana. A par disso, não podemos também esquecer que, quando alguém, embora sob a proteção da legislação do trabalho, é levado a trabalhar em desacordo com as normas de regência, tal fato provoca danos à toda sociedade e dos mais diversos, como, por exemplo, questões ligadas à saúde e/ou à previdência, cujas consequências acabam sendo assumidas por toda a sociedade, uma espécie de concorrência desleal por parte daqueles que mantêm indivíduos trabalhando em jornadas extenuantes e, portanto, ilícitas, sem assumir, em sua plenitude, as obrigações então decorrentes, o que faz com que seus custos não sejam os mesmos daqueles outros empregadores que, de maneira proba, respondem por suas obrigações e, o que tem muita importância, o desrespeito as normas legais, o que pode provocar abalo no tecido social, entre outros fatos que podem advir de tão reprovável conduta. Evidentemente, tudo considerado, constata-se que, na hipótese, ainda que se considere inerente a interesses que podem ser tidos como individuais homogêneos, e não puramente coletivos, estão presentes, de todo modo, com grande e inegável densidade, interesses da sociedade, o que justifica seja conferida legitimidade para o Ministério Público do Trabalho atuar, propondo a ACP ora “*sub examen*”.

Em seu CPC comentado, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, observam:

“13. Direito individual homogêneo (CDC, 81, parágrafo único, III). Ação coletiva. A defesa do direito individual puro não deve ser feita pelo MP, exceto se for indisponível e houver autorização legal para tanto (v. g. ação de investigação de paternidade: LIP

2º, § 4º). No entanto, o feixe de interesses individuais, ainda que disponíveis, que tenham origem comum, qualifica esses direitos como sendo individuais homogêneos (CDC, 81, parágrafo único, III), dando ensejo à possibilidade de sua defesa poder ser realizada coletivamente em juízo (CDC, 81 *caput* e parágrafo único, III). Essa ação coletiva é deduzida no interesse público em obter-se sentença líquida, homogênea, com eficácia *erga omnes* da coisa julgada (CDC, 103, III), evitando-se decisões conflitantes. Por essa razão está o MP legitimado a propor em juízo a ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos (CF, 129, IX; CDC, 82, I) ou de intervir obrigatoriamente, como *custos legis*, nas que forem ajuizadas pelos demais colegitimados do CDC, 82, I (CDC, 92) (CPC Comentado e Legislação Extravagante, RT, 10. ed., p.305).

No mesmo sentido, *vide* os seguintes arestos:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1) PRELIMINAR DE NULDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. 2) AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. 3) TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. TUTELA INIBITÓRIA 4) CARACTERIZAÇÃO DE DANO MORAL COLETIVO. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. A ação civil pública, prevista na Lei n. 7.347/85, é instrumento de defesa de direitos e interesses metaindividuais. O próprio Código de Defesa do Consumidor (art. 81, inciso III) prevê o cabimento de ações coletivas para salvaguardar direitos ou interesses individuais homogêneos, que são, segundo o STF, subespécie de direitos coletivos e decorrem de uma origem comum. Será cabível a ação civil pública na esfera trabalhista quando se verificar lesão ou ameaça a direito difuso, coletivo ou individual homogêneo decorrente da relação de trabalho, consubstanciando tal ação coletiva um mecanismo de proteção dos direitos sociais constitucionalmente garantidos. Ressalte-se que um mesmo fato, desde que tendo impacto sociocomunitário,

pode dar origem tanto a interesses difusos, como a coletivos, como ainda a individuais homogêneos. Desse modo, nada impede que em uma mesma ação civil pública se cumulem pretensões de obrigação de fazer, de não fazer ou de suportar e de condenação pecuniária por dano genérico, relativas aos direitos difusos e coletivos, com demanda reparatória decorrente das lesões perpetradas aos direitos individuais homogêneos. Aliás, tal medida vai ao encontro dos princípios de economia e celeridade processuais, tão estimados nesta Justiça Especializada. Por outro lado, a Constituição Federal de 1988, em seus arts. 127, *caput*, e 129, III e IX, bem como nos arts. 6º, VII, alínea “d”, 83, III, e 84 da LC n. 75/93, confere legitimidade ao Ministério Público do Trabalho para o ajuizamento da ação civil pública para a defesa dos direitos metaindividuais. No caso concreto, o *Parquet* busca que a Ré: — regularize a contratação dos vendedores (consultores de vendas) e instaladores de equipamentos eletrônicos (alarmes), através da celebração de contrato individual de trabalho e registro nos termos do art. 41 da CLT; abstenha-se de contratar trabalhadores autônomos para realização dos serviços de vendas dos equipamentos eletrônicos comercializados pela empresa e instalação de equipamentos eletrônicos (alarmes), provendo esse tipo de mão de obra que lhe é essencial por meio de contrato de emprego, nos moldes do art. 3º da CLT”. Exsurge da análise das pretensões veiculadas pelo *Parquet* a dimensão social, transindividual, da tutela requerida. A busca da tutela inibitória, com a imposição de conduta negativa (obrigação de não fazer) à Reclamada, não visa apenas a garantir a incolumidade do ordenamento jurídico, mas também a inviolabilidade dos direitos sociais — o que se enquadra perfeitamente no âmbito da missão constitucional destinada ao *Parquet* (art. 127, *caput*, da CF). Nesse contexto, não há falar em ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público do Trabalho nem em carência da ação por falta de interesse de agir. Já em relação ao dano moral coletivo, oportuno frisar que a prática da Ré se contrapõe aos princípios basilares da nova Constituição, mormente àqueles que dizem

respeito à proteção da dignidade humana e da valorização do trabalho humano (art. 1º, III e IV, da CR/88), sendo forçoso concluir pela manutenção da condenação da Reclamada ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), destinado ao FAT. Registre-se que os critérios da razoabilidade e proporcionalidade foram observados no caso em análise, em que o direito lesado se referiu ao descumprimento da legislação trabalhista no tocante à prática de terceirização ilícita. Assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os termos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido.” TST, Processo: AIRR 971-53.2012.5.03.0002. Data de Julgamento: 11.12.2013, relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13.12.2013.

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. É manifesta a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público do Trabalho para propor ação civil pública que verse sobre a proteção de direitos de uma coletividade de trabalhadores, com o escopo de fazer cessar condutas patronais lesivas, dada a natureza coletiva dos interesses emergentes da lide. Aplicação dos arts. 129 da Constituição Federal, 83, inciso III, da Lei Complementar n. 77/93 e 5º, inciso I, da Lei n. 7.347/85.” – TRT da 4ª Região, Acórdão Processo 0014000-69.2005.5.04.0009 (RO). Data: 29.11.2012. Origem: 9ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Redator: Ricardo Tavares Gehling, *in site* do E. TRT4.

Por seu turno, a sempre festejada Ada Pellegrini Grinover, ensina que:

“Ademais, ampliando as categorias de interesse que o MP é legitimado a proteger em juízo pelo art. 129, III da Constituição, o CDC e a LACP também lhe atribuem a titularidade das ações coletivas em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III, *c/c* art. 82, I do CDC; novo art. 21 da LACP): o que

sem dúvida se insere no inc. IX do art. 129 da CF, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com sua finalidade. (...)

(...)

O legislador, ao ampliar a legitimação do MP às ações em defesa de direitos e interesses individuais homogêneos, considerou-os evidentemente de interesse social, embora se trate de interesses individuais disponíveis.” (in “O Processo em Evolução”, Forense Universitária, 2. ed., p. 449.)

Portanto, conclui-se que o objeto da presente ação não versa sobre simples interesses individuais e, distintamente do que proclamado pela recorrente, é plenamente defensável pela via da ação civil pública, por possuir, de certa forma, natureza coletiva, a meu sentir, transindividuais, titularizados por grupo de pessoas ligadas com a empresa ré por uma relação jurídica base.

Vale observar que restará já configurado o interesse coletivo quando exista uma relação jurídica base que una um grupo, e cuja relação se dê apenas com a parte contrária, não sendo imprescindível que exista relação entre os integrantes do grupo, para além do objeto tutelado.

Estou mesmo em que, ao cuidar do tema em foco, não se pode relegar ao oblívio a clara tendência (tendência não mais: a realidade) da coletivização das relações sociais, o que, entre nós, tomou impulso com a própria Constituição Federal de 1988, e maior força adquiriu com o Código Civil de 2002, o qual venceu a marca individualista que tanto marcou o anterior, a Lei substantiva de 1916 — e aqui não se lança qualquer nódoa aquele verdadeiro monumento legislativo, pois se há de vê-lo com os olhos da época em que promulgado, com a realidade social que então o cercava, e não após as vistas terem percorrido toda a evolução social e do direito nas décadas que lhe seguiram, até a publicação do hodierno, com essa cautela, irrecusável reconhecer-lhe o valor que, efetivamente, possuiu!

Deveras, numa sociedade em que os riscos se multiplicam e em que só existir é já um grande risco — *não que em épocas passadas o viver não representasse algum risco, mas, sem dúvida, em proporção bem menor e vindo de direções mais bem definidas e sob certa ótica mais previsíveis* —, parece (*rectius*: chega mesmo) a ser intuitivo, há passar, efetivamente, do individual para o social, para que o social dê sustentação e vida ao individual, e isso, no campo do processo, leva à coletivização das ações, nos termos fixados pelo ordenamento jurídico, e que conferem legitimidade ao Ministério Público do Trabalho para a propositura de Ação Civil Pública, visando a defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, que digam com alguma relação de trabalho.

Em reforço, trago à colação as seguintes manifestações de jurisprudência acerca da matéria:

“DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE ATIVA. O art. 81, III, do CDC versa que ‘a defesa coletiva será exercida quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum’, pelo que os direitos individuais homogêneos permitem postulação coletiva, e, possuindo eles nítida conotação social, podem ser perseguidos pelo Ministério Público. Ricardo de Barros Leonel adverte que: ‘Outra contraposição ao processo coletivo é de que o Ministério Público não estaria legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos. Pondera-se que os limites à atuação do *Parquet* foram estipulados na Constituição Federal, voltada à defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo inaceitável a atuação em defesa de interesses individuais disponíveis (ainda que homogêneos). A resposta à crítica deve levar em conta a extensão e relevância dos interesses individuais homogêneos em cada caso concreto. Se o interesse é de tal extensão e importância que ganha conotação social, estará legitimado o Ministério Público a promovê-lo em juízo. Na hipótese contrária,

tratando-se de interesses simplesmente disponíveis (patrimoniais), de pequena abrangência e revelo, não há justificação para a atuação do *Parquet*. Aí sim estaria afastada a razão de ser da promoção da demanda pela instituição destinada à defesa da ordem jurídica, do regime democrático, e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Assim, a abrangência e a importância dos interesses podem transfigurá-los de simples interesses patrimoniais em interesses sociais, tuteláveis pelo Ministério Público.’ (Manual do Processo Coletivo, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011). No caso em apreço, em que os pedidos se referem a direitos trabalhistas que abrangem considerável número de trabalhadores que laboram em favor de empresa de relevância para a comunidade local, vislumbra-se o viés social que legitima o Ministério Público do Trabalho a propor a competente ação civil pública para resguardo dos direitos dos trabalhadores, nos termos dos arts. 6º, XII, da LC n. 75/93 e 127 da Constituição Federal.” – TRT da 3ª Região; Processo: 00939-2010-098-03-00-4 RO; Data de Publicação: 8.2.2012; Órgão Julgador: Segunda Turma; relatora: Convocada Maria Cristina Diniz Caixeta; revisor: Luiz Ronan Neves Koury; Divulgação: 7.2.2012. DEJT. Página 112 *in site* do E. TRT3.

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA . LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Tem legitimidade o Ministério Público do Trabalho para propor ação civil pública que vise tutelar interesses ou direitos coletivos (art. 81, inciso II, do CDC), conforme autorização do art. 129, inciso III, da Constituição Federal. Caso em que o MPT pretende que o banco reclamado se abstenha de impor aos empregados de determinada agência o cumprimento de mais de duas horas extras diárias, o que configura pedido de caráter geral, versando a demanda sobre interesses ou direitos coletivos, ou seja, ‘transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base’ (art. 81, inciso II, do CDC). Natureza coletiva da pretensão.” – TRT da 4ª Região. Acórdão

Processo 0000329-63.2011.5.04.0010 (RO). Data: 13.3.2013 Origem: 10ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Redator: José Cesário Figueiredo Teixeira *in site* do E. TRT4.

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. O art. 129, III, da CF confere legitimidade ao *Parquet* para tutelar os interesses difusos e coletivos, prevendo, ainda, em seu inciso IX, autorização ao Ministério Público para ‘exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade’. Mantida a sentença que reconheceu a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para ajuizar ação civil pública cujo objeto é determinar que a reclamada conceda intervalos para repouso e alimentação aos empregados vigilantes de, no mínimo, 1 (uma) hora e, no máximo de 2 (duas) horas, nos termos do art. 71 da CLT e, quando não concedido, em caráter excepcional, efetue o pagamento da hora correspondente ao intervalo com acréscimo do adicional legal ou previsto em norma coletiva, caso mais benéfico.” – TRT da 4ª Região. Acórdão Processo 0000887-88.2010.5.04.0521 (RO). Data: 30.1.2013. Origem: 1ª Vara do Trabalho de Erechim. Redatora: Iris Lima De Moraes *in site* do E. TRT4.

“RECURSO DE REVISTA . LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. Conforme assenta a tranquila jurisprudência desta Corte, o Ministério Público do Trabalho é parte legítima para promover ação civil pública fundada em eventual violação de direitos coletivos, difusos, e individuais homogêneos decorrentes da relação de trabalho. Não conhecido.” – TST Processo: RR 104700-41.2008.5.04.0121. Data de Julgamento: 9.5.2012, relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24.8.2012 *in site* do C. TST.

Acertada a decisão de origem, f. 264-v/5.

Confirmo a rejeição da preliminar de ilegitimidade de parte.

DA PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Como exposto, o recorrente cogita da ausência de possibilidade jurídica do pedido, o que é refutado pelo recorrido.

O pedido é juridicamente possível quando, em tese, é tutelado pelo ordenamento jurídico vigente ou quando não é proibido. No caso, a controvérsia estabelecida diz respeito à exigibilidade da empresa se adequar à legislação do trabalho e deixar de exigir dos seus empregados trabalho habitual em regime de prorrogação excessiva da jornada, inclusive, de abster-se da supressão do intervalo interjornadas.

Estando presentes, pois, as condições da ação e tendo a pretensão, em tese, amparo no ordenamento jurídico, sendo, ainda, partes legítimas, autor e ré, por fim demonstrado o interesse processual dos demandantes, não cabe falar de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido.

O autor, escorado na regra do inciso XXXV do art. 5º da CF/1988, possui amplo direito de ação, ou seja, de postular em juízo o reconhecimento dos direitos reputados devidos; sendo certo que o deferimento ou não da pretensão diz respeito ao mérito da causa, o que será apreciado a tempo e modo próprios.

Oportuno consignar, nos moldes do art. 8º da CLT, na falta de disposições legais específicas e naquilo que não for incompatível com os princípios fundamentais do direito do trabalho, a Justiça do Trabalho decidirá por outros meios de integração, como a analogia, equidade, outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho e ainda de acordo com os usos e costumes e o direito comparado, de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. No contexto, descabe falar, no caso presente, do acolhimento da preliminar por falta de possibilidade jurídica, porquanto, em princípio, a legislação e mesmo os demais meios integrativos permitem decidir sobre a pretensão.

Acertada a decisão de origem, f. 265.

Confirmo a rejeição da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA EXTRA PETITA

Segundo a recorrente, a inicial não faz menção ao intervalo semanal de 24 h. Pugna, em razão do alegado desrespeito ao princípio da adstrição, pela nulidade do *decisum*, por *extra petita*.

O recorrido defende a legalidade da decisão uma vez que dispõe sobre norma de ordem pública.

Por certo, a r. decisão de origem trata da obrigação da ré de assegurar ao motorista profissional, além dos intervalos intrajornada mínimos de 01 h para refeição e do intervalo de 11 h entre cada jornada diária, ainda, impôs à recorrente o dever de observância do intervalo de 24 h entre cada jornada semanal, com imposição de *astreintes* pelo descumprimento da respectiva obrigação de não fazer.

Ocorre que a controvérsia estabelecida pela inicial e contestação não alcança o intervalo semanal de 24 h, de sorte que extrapola os contornos da lide impor à recorrente a obrigação de não fazer e *astreintes* pelo seu eventual descumprimento.

Não se entenda, obviamente, que a presente decisão constitui estímulo ou “passe livre” para abuso da parte da recorrente, que, naturalmente deverá observar a CLT e respeitar o direito do empregado, sem prejuízo do intervalo de 11 h, ainda, ao do intervalo de 24 h entre uma semana e outra, sob as penas da lei, resultando em um intervalo entre uma semana e outra de 35 h no total.

Mas, descabe cogitar da nulidade do processado, cabendo, tão somente, expurgar da r. decisão de origem, a obrigação de não fazer e respectivas *astreintes*, relativamente ao intervalo semanal de 24 h, sem prejuízo da manutenção da obrigação de não fazer e respectivas

astreintes, relativamente ao intervalo diário de 11 h que antecede o intervalo semanal de 24 h.

Colhe em parte.

DA JORNADA DE TRABALHO

A ré assegura que é esporádica a extra-polação da jornada, porém, às vezes, diz ser inevitável, em razão da péssima estrutura viária. Alega que, não obstante, fornece boas condições de trabalho aos seus empregados, mormente assinala que as provas oferecidas pelo autor não refletem a atual situação da empresa. Ainda, fala das dificuldades para contratação de novos empregados e argumenta que desempenha importante papel social fomentando a economia e empregando mais de 400 trabalhadores do Vale do Ribeira, com salários acima da média local.

Ocorre que os elementos de prova apresentados pela recorrente, f. 74/101, basicamente alusivos ao fornecimento de alojamento aos empregados, não elidem a força probante da documentação fornecida pelo autor, f. 13/40 e 42/6, que comprovam a prática reiterada da empresa ré de desrespeitar o limite legal de 02 h extras por dia de serviço, igualmente, do intervalo de 11h entre cada jornada diária.

As condições de tráfego da estrada, bem conhecidas, objeto da documentação de f. 105/71, dizem respeito ao risco do empreendimento que não pode ser sumariamente transferido ao empregado.

Em que pese a segunda testemunha da ré, presidente do sindicato da categoria profissional, ter declarado que a empresa melhorou muito na atual administração, afirmou desconhecer sobre os intervalos interjornadas, f. 241. Quanto à primeira testemunha, a despeito de se reportar aos alojamentos disponibilizados, ao grande número de acidentes e tempo de paralisação nas estradas, nada acrescentou ao deslinde da controvérsia, ou seja, não esclareceu sobre a observância da jornada de trabalho nos limites legais, inclusive da concessão do intervalo interjornadas como estabelecido na CLT, f. 240/1.

Quanto ao juízo de origem, averbou na r. sentença hostilizada:

“Operação em estrada perigosa, trânsito urbano caótico, escassez de profissional qualificado no mercado de trabalho para contratação não são argumentos válidos para o descumprimento das obrigações trabalhistas, até porque, tais fatos não são novidades, são antigos e conhecidos dos dirigentes da ré antes mesmo da constituição da empresa, ou da aquisição dela. Portanto, ao assumir a empresa seus empreendedores conheciam os riscos da atividade econômica e, por conseguinte, deviam adequar suas operações em conformidade com a legislação trabalhista, atendendo, assim, e por inteiro, a sua função social.

A função social de uma empresa de transporte de pessoas não se resume apenas em assegurar um transporte digno aos seus usuários, a recolher os impostos pertinentes para os diversos cofres públicos e a produzir empregos, mas consiste também em cumprir as normas trabalhistas vigentes objetivando sempre melhorar a ‘condição social’ de seus empregados (art. 7º, *caput*, da CRFB/88).

Dentre as condições sociais especificadas no art. 7º, *caput*, da CRFB/88 está a ‘duração normal do trabalho não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais’, facultando ‘a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho’ (XIII).

Inseridas na condição social acima encontram-se as regras infraconstitucionais que asseguram ao trabalhador intervalo mínimo para refeição e descanso e, bem como, o intervalo interjornadas ou entrejornadas de onze horas e de trinta cinco horas quando somadas ao descanso semanal remunerado (arts. 71, *caput*, 66 e 235-C, da CLT).

A duração da jornada de trabalho e os intervalos são ‘assuntos correlatos’ porque

‘combinam as extensões da jornada e respectivos intervalos, de modo a estabelecer o efetivo período de disponibilidade’ do empregado em face de seu empregador, não somente no aspecto estritamente econômico (trabalho versus contraprestação), mas e principalmente quanto à saúde e segurança do empregado em certas atividades laborativas”, f. 266.

Dos fundamentos que justificam a limitação da jornada de trabalho, destacam-se os de ordem biológica e que dizem respeito aos efeitos psicofisiológicos decorrentes da fadiga; os de ordem social e que dizem respeito à convivência e relacionamento com a família e com outras pessoas; os de ordem econômica e que dizem respeito à supressão de novos postos de trabalho e limitação do desenvolvimento/aperfeiçoamento do trabalhador; e, ainda, os de ordem humana e que dizem respeito à redução do número de acidentes de trabalho e preservação da vida, saúde e dignidade da pessoa.

Na forma do art. 7º, inciso XII, da CF/1988 a duração do trabalho é de 08 h diárias e 44 h semanais. No mesmo passo, o art. 59, ‘caput’ da CLT limita em 02 h o número de extras diárias. O intervalo de 11 h entra as jornadas diárias é tutelado pelo art. 66 da CLT, tratando-se de direito indisponível, porquanto, tal limitação tem por escopo preservar a saúde e higidez física e mental do trabalhador.

A imposição de jornada exaustiva, de forma habitual, constitui abuso de direito e, como tal, obstaculiza a invocação de qualquer excludente, como o exercício regular de direito, necessidade imperiosa do serviço, inclusive de força maior.

Não há dúvida de que trabalho extraordinário agride a saúde do trabalhador, contribui para o surgimento da fadiga e, quando esta se prolonga, induz à estafa, comprometendo o sistema imunológico e deixando o trabalhador vulnerável a doenças, redundando, ainda, em insatisfação e em desinteresse pelo trabalho,

absenteísmo e baixa produtividade, sem falar na potencialização da possibilidade de acidente de trabalho, mais, ainda, nas atividades de risco.

Não colhe.

DA MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER

Aduz a recorrente que a manutenção da condenação implica na inviabilidade da continuidade das atividades da empresa, não sendo razoável, nem proporcional, a importância estipulada a título de multa pelo descumprimento da obrigação de não fazer.

Mas, corolário do que decidido nos tópicos anteriores, é a manutenção da pena de multa diária, por empregado, que incidirá somente no caso de descumprimento da legislação do trabalho, condição que esvazia por completo a argumentação da recorrente.

Relativamente ao valor da multa, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por trabalhador ativo afetado e por constatação, f. 267, letras ‘a’ e ‘b’, é razoável, proporcional à conduta e ao dano e provido de conteúdo pedagógico.

Não colhe.

DO DANO MORAL COLETIVO

A recorrente tem por não satisfeitos os requisitos necessários à caracterização da responsabilidade civil, aduz, especialmente, que as supostas infrações não geram dano de ordem moral, bem como que a lesão não pode ser presumida, mas comprovada. Alternativamente, pugna pela redução da condenação no aspecto.

De acordo com o recorrido, inquestionável o dano moral, o qual decorre dos atos ilícitos perpetrados pela empregadora contra os seus empregados, sendo descabida a pretendida redução do valor da penalidade imposta.

Restou superada a tese de que não restaram afrontados os direitos dos trabalhadores, pois, ao contrário do alegado pela apelante, claramente demonstrado o desrespeito ao intervalo interjornadas de 11 h e ao limite legal de 02 horas extras diárias.

O descumprimento contumaz dos direitos e/ou das garantias mínimas do trabalho, como devidamente comprovado, rende mesmo ensejo à indenização por dano moral coletivo.

Ilustrativamente:

“DESRESPEITO REITERADO A NORMAS TRABALHISTAS. MACROLESÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. JORNADA EXAUSTIVA. DANO MORAL COLETIVO. A conduta do réu ao submeter seus empregados a jornadas de trabalho exaustivas, descumprindo reiteradamente a legislação trabalhista e causando macrolesões a direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, atinge a moral e a consciência social civilizatória de toda a coletividade, dando ensejo à indenização por dano moral coletivo, que possui finalidade compensatória e pedagógica.” – TRT 17ª Região. Acórdão 6053/2013 Processo: 0051800-39.2012.5.17.0005 RO Gabinete: Secretaria da 3ª Turma. Data Publicação: 25.7.2013. Relator: Carlos Henrique Bezerra Leite *in site* do E. TRT17.

A empresa, agindo como agiu, acabou por produzir autêntica macrolesão, com repercussão social do fato que merece tutela indenizatória, a título de dano moral coletivo, por sujeitar os seus empregados a uma jornada de trabalho superior à regulamentada, em flagrante prejuízo às normas de ordem pública, destinadas à proteção da saúde e segurança dos trabalhadores, criando, inclusive, um risco, para ser assumido pelo restante da sociedade.

Nesse sentido, cabível indenização, conforme, aliás, autorizam os arts. 1º e 3º da CF e art. 1º e 21 da Lei n. 7.347/1985 c/c art. 6º incisos VI e VII da Lei n. 8.078/90, ainda, os arts. 186, 187 e 927 do CC/2002.

Não é demais mencionar as lições de José Affonso Dallegrave Neto, a respeito do tema, para quem, então:

“A Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo e importante paradigma: o solidarismo, capaz de reconhecer o outro, assegurando dignidade a toda pessoa humana. Nessa esteira, a coletivização dos

interesses passou a ser tutelada de forma inovadora, seja através das associações e dos sindicatos na representação de seus associados, seja por meio do alargamento da função do Ministério Público, máxime a de promover a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis do cidadão.

(...)

Xisto Tiago de Medeiros Neto verifica que os dois principais fatores que propiciam a proteção jurídica a interesses titularizados por coletividade de pessoas foram: (i) a abertura do sistema jurídico visando a plena proteção à personalidade e à dignidade humana; e (ii) o fenômeno da coletivização do direito, fruto da sociedade de massas, de relações multiformes e ampliativas no universo social.

Sobre o tema, assinale os comentários de Cássio Casagrande, de que esta fragmentação de interesses é um fenômeno da sociedade contemporânea decorrente de complexa estratificação social do mundo pós-industrial, em que a divisão das classes sociais não pode mais ser feita (apenas) com base no modelo marxista de organização social a partir da divisão capital/trabalho, isto é, a dicotomia (que todavia continua a existir) classe operária/classe proprietária.

A partir de tais observações, Xisto Medeiros Neto define o dano moral coletivo como aquele ‘correspondente à lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões — grupos, classes ou categorias de pessoas), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade’.

Considerando que para nós o conceito de dano moral é aquele que se caracteriza pela simples violação de um direito de personalidade, o chamado dano moral coletivo é aquele que decorre da ofensa do patrimônio

imaterial de uma coletividade, ou seja, ex-surge da ocorrência de um fato grave capaz de lesar o direito de personalidade de um grupo, classe ou comunidade de pessoas e, por conseguinte, de toda a sociedade em potencial.” (“in” Responsabilidade Civil do Direito do Trabalho, São Paulo, LTr, 4. ed., 2010, p. 181/2.)

O referido autor, fazendo alusão, desta vez, a Luciano Martinez, ainda, observa que:

“...a lesão produzida pelo dano moral social viola expectativas e crenças, notadamente aquelas construídas sob os comportamentos virtuosos” produzindo, pois, em toda a sociedade “um sentimento de desonra e de repúdio moral, capaz de aviltar a confiança que se poderia depositar no empresário brasileiro e na fiscalização nacional do trabalho.” (in obra citada *supra*, p. 189.)

No que tange à prova do dano moral coletivo, automaticamente, se perfaz na mera ocorrência da conduta antijurídica violadora dos interesses transindividuais, se afigurando, nesse passo, irrelevante a prova do prejuízo material. Não se duvide que o desrespeito às normas de proteção à saúde e segurança do trabalho consubstancia hipótese configuradora do dano moral coletivo, na inteligência dos arts. 7º, inciso XXXIII, 200, inciso VIII, e 225 todos da CF/88.

A ementa adiante extraída de voto da lavra do Desembargador Helcio Dantas Lobo Junior, cujos termos, *permissa venia*, tomo como razões de decidir para robustecer a presente motivação, bem ilustra o entendimento acolhido na r. sentença atacada:

“EMENTA: DANO MORAL COLETIVO — CONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES EM CONDIÇÕES SUBUMANAS: A defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos deve possuir interpretação sistemática com a proteção aos direitos sociais previstos na Constituição Federal. Portanto, o interesse social deve ser interpretado como aquele entendido como ‘bem comum’. A questão relativa aos danos morais de ordem

individual vem expresso na Constituição Federal em seu art. 5º, V e X. Portanto, não mais se discute a sua aplicabilidade na ordem jurídica. Não obstante isso, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, coloca como fundamentos do Estado Democrático de Direito, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e, ainda, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa. Em seu art. 3º, coloca como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a fim de garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Como é de conhecimento de todos, o princípio essencialmente norteador da Constituição Federal de 1988 é o da dignidade da pessoa humana, ou seja, o que se busca é a afirmação do indivíduo perante o corpo social como ente único, que deve ter respeitado o seu direito em face da coletividade. Assim, o ente social, considerado em sua unidade, deve reunir condições para a sua subsistência e de sua família com base. Nesse sentido, poderíamos chegar à conclusão de que os danos morais somente poderiam ocorrer quando o ente social fosse violado em sua intimidade individual, o que não procede. A legislação infraconstitucional, com esteio na Constituição Federal, regulamenta a indenização pelos danos morais coletivos, como é o caso do art. 1º da Lei n. 7.347/85, art. 6º, VI e VII da Lei n. 8.078/90, bem como do previsto no ECA. Portanto, a violação aos direitos da personalidade coletiva, transindividuais, emergem do senso comum de observância do dever-ser abstrato que se revelam através das normas sociais e de direito material. Nesse sentido, os direitos subjetivos são imanentes do ser social, considerado coletivamente, transcendendo os valores individualmente considerados. Portanto, a contratação de trabalhadores sem a observância das garantias mínimas trabalhistas, inclusive, quando existem provas de submissão a condições subumanas de sobrevivência, não fere apenas direitos individualmente considerados, mas, sim, de todo o corpo social, sobressaindo a

obrigação do tomador de indenizar os danos morais coletivos.” – TRT da 15ª Região, Decisão n. 038654/2011-PATR, Processo n. 0067600-84.2007.5.15.0055 RO, 3ª Câmara (Segunda Turma), relator Desembargador Helcio Dantas Lobo Junior, Publicação 24.6.2011, *in site* do E. TRT15.

Considere-se, no mesmo sentido, o aresto abaixo:

“DANO MORAL COLETIVO. INJUSTA AGRESSÃO AO PATRIMÔNIO VALORATIVO DE DETERMINADA COLETIVIDADE. DESRESPEITO ÀS NORMAS DE PROTEÇÃO À SAÚDE, À SEGURANÇA E AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. OCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO. A responsabilidade civil avança conforme progride a sociedade, adequando-se às novas necessidades e realidades sociais. A proteção aos direitos humanos transmuda a concepção de obrigação e responsabilidade, passando do campo meramente individual para o coletivo ou social, conferindo ao homem, antes indivíduo, proteção jurídica enquanto membro de uma coletividade por ele integrada. No campo da coletividade, considerando-se os interesses transindividuais em jogo, para a ocorrência do dano moral coletivo não há sequer necessidade de vinculação ao foro íntimo ou subjetivo dos seus membros, bastando a verificação de agressão injusta ao patrimônio valorativo de uma determinada coletividade, sendo irrelevante a verificação de prejuízo material concreto. O desrespeito às normas de proteção à saúde, segurança e meio ambiente laboral encontra ressonância nas prescrições dos arts. 200, VIII e 225 (como garantia do meio ambiente de trabalho sadio) e art. 7º, XXXIII, da Carta Republicana (quanto ao dever patronal de redução dos riscos inerentes ao trabalho), ensejando, nesses casos, hipótese configuradora do dano moral coletivo, com o correlato dever de indenização.” – TRT da 15ª Região, Decisão n. 067700/2008-PATR, Processo n. 0062685-72.2000.5.15.0043 RO, 4ª Câmara (Segunda Turma), relator Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva, Publicação 17.10.2008, *in site* do E. TRT15.

Decerto, a questão fática dos autos que ensejou o dano moral, ou seja, contumazes agressões a direitos mínimos dos trabalhadores evidencia abuso de direito e caracteriza dano de natureza moral, por aplicação dos mencionados arts. 1º e 21 da Lei n. 7.347/1985 c/c Lei n. 8.078/1990 e dos arts. 186, 187 e 927 do CC/2002. Ainda, ressalto que os arts. 404 do CC/2002 e, no mesmo sentido, os arts. 652, alínea “d” e 832, parágrafo 1º, da CLT dão fundamento para impor ao agressor contumaz o pagamento de uma indenização suplementar.

O exame dos autos deixa claro e firme, que a reprovável conduta da empregadora repercute nos direitos dos seus trabalhadores, ficando provado que a ré tem por hábito impor extensas jornadas, com número de horas extras para além de 02 diárias, além da inobservância do intervalo interjornada de 11 h, quando era notório que deveria (*rectius*: tinha por obrigação) tomar providências, no sentido de proporcionar aos trabalhadores uma jornada de trabalho sem excessos e/ou um ambiente de trabalho adequado.

Destarte, por expor os empregados a condições de trabalho inadequadas, uma vez que submetidos a extenuantes jornadas, a conduta da recorrente representou diversas violações legais, sobretudo à dignidade da pessoa humana dos trabalhadores, consoante art. 1º, III, da Carta Magna.

A situação que se vê nos autos, portanto, é da existência de claro dano de ordem moral que atinge a coletividade de trabalhadores, afrontando a legislação do trabalho e, também, os valores sociais do trabalho, à dignidade humana, aos direitos humanos enfim.

Some-se a tudo isso que a empresa, sem dúvida, ainda aufere vantagens econômicas com a prática, pois se beneficia em detrimento das empresas concorrentes que cumprem com o dever social de respeitar os limites do trabalho humano.

Portanto, de rigor a confirmação da condenação, no valor escorреitamente estimado

pelo juízo de origem, que, à míngua de prova de ser impraticável o seu pagamento, a quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, deve ser integralmente mantida, f. 267-v.

Por fim, quanto a esse tópico, cumpre notar que a ofensa moral, em sede trabalhista é de ser considerada mais grave do que se cometida em outras situações, ou, pelo menos, em algumas outras situações, pois traduz abuso ou descaso reprovável, diante da inferioridade econômica do trabalhador, podendo mesmo, em determinados casos, resvalando para ato de desumanidade, o que, por seu turno, deve, também, ser considerado, na e para a fixação da indenização.

Consigne-se que a indenização a ser estipulada não deve ser excessiva, mas razoável e de acordo com o dano experimentado e levando-se “em conta a necessidade de, com aquela quantia, satisfazer a dor do trabalhador e dissuadir de igual e novo atentado o autor da ofensa”, como bem dilucidado por Beatriz Della Giustina, em artigo inserto na Revista “Trabalho & Doutrina”, n. 10, Saraiva, p. 11, ou, nas palavras de Carlos Alberto Bittar: “de bom alvitre analisar-se, primeiro, a) a repercussão na esfera de lesado, depois, b) o potencial econômico-social de lesante e c) as circunstâncias do caso, para finalmente se definir o valor da indenização, alcançando-se, assim, os resultados próprios: compensação a um e sancionamento a outro” (“*in*” “Revista do Advogado”, n. 44, p. 27) e, irrecusavelmente, esses parâmetros são os seguidos e observados, importando salientar que, se a indenização não for fixada em valor que faça quem ofendeu sentir, profundamente, o mal que fez, não se estará atendendo, integralmente, os fins visados com sua imposição, em linguagem simples e por isso mesmo muito elucidativa, o Juiz Cláudio Ost definiu a situação, *verbis*: “Aquele que causa o dano moral deve sofrer no ‘bolso’ dor igual a que fez sofrer moralmente a outra pessoa” (*in*

“Sentenças Trabalhistas Gaúchas”, 3ª Série, HS Editora, abr. 2000).

Assim, a indenização está de acordo com o dano moral coletivo sofrido, de modo que tal quantia, entendo, está de acordo com as circunstâncias fáticas, condições das partes, inclusive econômicas; e constitui fator de desestímulo à prática e postura adotada pela ré; ainda leva em consideração os critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse passo, útil o evocar-se a advertência de Rui Manuel de Freitas Rangel, eminente jurista português, o qual, com pena de mestre, afirmou que:

“actualmente , a responsabilidade civil não cumpre verdadeiramente o seu desiderato principal que assenta na reparação justa e equitativa dos interesses jurídicos do lesado que foram violados através do comportamento culposos do lesante.

É no domínio da profundidade ou densidade da reparação que este instituto tem falhado, quer quanto à indenização a fixar no âmbito dos danos morais ou não patrimoniais (onde se torna difícil, sobretudo fixar um valor, atenta a natureza de tais danos).

O lesado é aqui confrontado, ao nível da indenização pelos danos não patrimoniais resultantes da violação, com um julgador que, a coberto de uma aparente equidade, se baseia em critérios miserabilistas e insensíveis, desajustados da prova integral dos factos que lhe competia provar, para ter direito a uma indenização justa e adequada. Esta é, sem dúvida, a melhor forma de se ‘matar’ o instituto da responsabilidade civil ” (*in* “A Reparação Judicial dos Danos na Responsabilidade Civil”, Livraria Almedina-Coimbra, 2002, p. 07.

Tenho em que correta a retrotranscrita observação, e acredito mesmo que isso faz parte, de certo modo, da nossa cultura jurídica, como a da Pátria-mãe também, pelo que enxergo aqui, em algumas situações, entre nós, o mesmo que enxergou o citado jurista lusitano, no sentido de que:

“A prática dos nossos Tribunais tem sido a de nivelar por baixo, na avaliação econômica que fazem destes danos, a circunstância a que não é alheia e que se encontra associada ao tipo de mentalidade e cultura próprios do nosso país, economicamente pobre, com deficiências estruturais e assimetrias sociais graves.” (*in ob. cit.*, p. 37)

Portanto, atento ao caráter compensatório da indenização, a gravidade do dano, a conduta e a condição econômica das partes, notadamente o caráter pedagógico da sanção, a qual, *in casu*, deve ser exemplar, considero justa a importância *supra*.

Observe, na conformidade da decisão de primeira instância prolatada em sede de embargos declaratórios, o entendimento do juízo, relativamente aos juros e correção monetária, acertadamente, está de acordo com a Súmula n. 439 do C. TST, que deverá ser observada, *verbis*: “SÚM-439. DANOS MORAIS. JUROS DE MORA E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL – Res. n. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012. 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.”

Mantida a r. decisão de origem.

DO PREQUESTIONAMENTO

A considerar a alegação de afronta aos diversos preceitos discriminados, registre-se que não violados os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais mencionados em recurso e contrarrazões, sendo fundamentada a decisão proferida. Consigne-se que, na dicção da Súmula n. 297 do C. TST, diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito, inclusive, na conformidade da OJ-SDI1 n. 118 do C. TST, havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessário contenha nela referência expressa do dispositivo legal para ter-se como prequestionado este.

CONCLUSÃO

DIANTE DO EXPOSTO, decido CONHECER do recurso de INTERSUL TRANSPORTES E TURISMO S.A. e, no mérito, O PROVER EM PARTE, para excluir dos títulos da condenação a obrigação de não fazer e respectivas *astreintes*, relativamente ao intervalo interjornadas semanal de 24 h; tudo nos termos da fundamentação.

Para fins recursais, mantenho o valor arbitrado à condenação.

FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO
GIORDANI

DESEMBARGADOR RELATOR

Sentenças

Vara do Trabalho de Mineiros – GO

Processo: 0001836-11.2011.5.18.0191

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO

Réu: BRENCO – COMPANHIA BRASILEIRA DE ENERGIA RENOVÁVEL

O Excelentíssimo Senhor Juiz do Trabalho Substituto RUI BARBOSA DE CARVALHO SANTOS proferiu a seguinte SENTENÇA:

I – RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, por meio da Procuradoria Regional do Trabalho no Município de Rio Verde, ajuizou a presente Ação Civil Pública em face de BRENCO — COMPANHIA BRASILEIRA DE ENERGIA RENOVÁVEL S.A.

O autor alega ter constatado que a empresa ré, de forma incorreta e reiterada, enquadra seus trabalhadores, independente da atividade exercida, na categoria profissional de industriários com o intuito de negar a estes o pagamento de horas *in itinere*, não havendo, inclusive, o registro pelos trabalhadores do tempo gasto no trajeto de ida e volta do trabalho. Acrescenta que em decorrência da ausência de registro das horas de percurso não há a devida quitação aos trabalhadores, o que resulta na propositura de inúmeras reclamações trabalhistas com este objeto. Aduz que o tempo à disposição da reclamada, consistente na colocação e retirada de EPIs pelos trabalhadores, manutenção dos instrumentos de trabalho e espera do transporte ao final da jornada, também não é registrado nos cartões de ponto, acarretando a ausência de pagamento do respectivo tempo aos empregados da ré. Informa que a ré também descumpra as normas relativas à limitação de jornada, especialmente no que tange aos intervalos intra e interjornada, exigência de horas

extras de forma ilegal, bem como o descanso semanal remunerado. Por derradeiro, afirma que diante das irregularidades acima mencionadas foram violados direitos de natureza coletiva (*lato sensu*). Pela narrativa, requer o autor, em sede de **tutela antecipada**, a condenação da empresa ré ao cumprimento das obrigações abaixo elencadas, bem como que sejam tomadas as seguintes providências: a) enquadramento de todos os seus empregados na categoria de empregados rurais e, de forma subsidiária, o enquadramento de seus trabalhadores na categoria correspondente à efetiva atividade econômica exercida; b) expedição de ofício à Receita Federal do Brasil para que seja alterada a atividade econômica da ré junto aos seus cadastros para todos os efeitos fiscais, especialmente os tributários e previdenciários; c) registro do início e término das horas *in itinere* de seus empregados; d) pagamento, com esteio nos registros de ponto requeridos, das horas *in itinere* efetivamente despendidas ou, de forma subsidiária, caso se entenda pela possibilidade de negociação de tal matéria por diploma coletivo, conste de referido diploma a obrigação de pagar o valor relativo às horas *in itinere* correspondente ao tempo de deslocamento igual ou superior ao que consta na certidão dos autos da RT 1562/2008, bem como em demais certidões e decisões judiciais que venham a complementá-la; e) declaração incidental de invalidade dos instrumentos coletivos que tenham disposições contrárias aos pedidos acima aduzidos; f) registro do tempo à disposição da

reclamada, incluído neste o necessário para que o trabalhador proceda à limpeza de seus materiais de trabalho, colocação e retirada de EPI's e espera pelo transporte fornecido pela reclamada ao final da jornada; g) pagamento aos trabalhadores, com esteio nos registros requeridos, do tempo à disposição da reclamada; h) conceda aos seus empregados descanso semanal de 24 horas consecutivas; i) abstenha de prorrogar a jornada normal de trabalho de seus empregados, além do limite legal de 2 horas diárias, sem qualquer justificativa legal; j) conceda intervalo de 11 horas entre duas jornadas de trabalho; l) conceda intervalo intrajornada de, no mínimo, 1 hora e, no máximo, 2 horas em qualquer trabalho contínuo de duração superior a 6 horas; m) fixação de multa não inferior a R\$ 150.000,00 por cada infração cometida pela reclamada, aplicável a cada mês de ocorrência da irregularidade. De forma **definitiva**, requer a condenação da reclamada nas seguintes obrigações: a) de forma definitiva nas obrigações e multas requeridas em sede de antecipação de tutela, e b) ao pagamento de indenização não inferior a R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) a título de danos morais coletivos em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador — FAT ou entidades/projetos a serem indicados pelo MPT que permitam recomposição de danos coletivos à sociedade.

Por meio do despacho de fls. 266 e sob o fundamento de se obter maiores subsídios para a decisão, foi postergada a análise do requerimento de tutela antecipada.

A ré opôs exceção de incompetência territorial às fls. 267/270. Manifestação do MPT às fls. 279/292. Rejeitada a exceção de incompetência às fls. 296/300. Protestos pela ré às fls. 302.

Às fls. 333/406 foi apresentada contestação por meio da qual a ré alegou em **preliminar**: a) limitação da pretensão do MPT à unidade de “Morro Vermelho, sob o argumento de que a vara do trabalho de Mineiros/GO não é competente para apreciar questões ligadas aos

obreiros que se encontram em outras jurisdições; b) ilegitimidade do MPT para propor ação civil pública que tenha como objeto direitos individuais não homogêneos; c) ilegitimidade do MPT para postular enquadramento sindical, bem como incompetência material da justiça do trabalho para julgar tal pleito; d) inépcia da inicial por falta de interesse de agir do MPT em decorrência do pedido de invalidade das normas coletivas e enquadramento sindical, sendo o meio processual utilizado inadequado; e) inépcia dos pedidos de concessão de descanso semanal de 24 horas, abstenção de prorrogação da jornada normal de trabalho além do limite legal de 2 horas sem justificativa legal, concessão do intervalo de 11 horas entre jornadas e concessão de intervalo intrajornada sob o argumento de não existirem nos autos informações quanto ao descumprimento de tais obrigações; f) litispendência dos pedidos de registro de tempo à disposição da reclamada, bem como o seu pagamento, concessão de descanso semanal de 24 horas, abstenção de prorrogação da jornada normal de trabalho além do limite legal de 2 horas sem justificativa legal, concessão do intervalo de 11 horas entre jornadas e concessão de intervalo intrajornada em relação ao Processo n. 1.477/2010, distribuído na vara do trabalho de Alto Araguaia/MT. No **mérito**, suscitou coisa julgada em relação aos pedidos de registro de tempo à disposição da reclamada, bem como o seu pagamento, concessão de descanso semanal de 24 horas, abstenção de prorrogação da jornada normal de trabalho além do limite legal de 2 horas sem justificativa legal, concessão do intervalo de 11 horas entre jornadas e concessão de intervalo intrajornada por terem tais matérias sido objeto de transação entre as partes na ACP n. 1.477/2010, proposta na vara do trabalho de Alto Araguaia/MT, a qual foi homologada em 11.4.2012. Rechaçou todos os demais pedidos e alegações. Apresentada impugnação à contestação às fls. 896/953.

Em audiência de instrução (fls. 971/975) foi requerida a desistência dos pedidos de

concessão de descanso semanal de 24 horas, abstenção de prorrogação da jornada normal de trabalho além do limite legal de 2 horas sem justificativa legal, concessão do intervalo de 11 horas entre jornadas e concessão de intervalo intrajornada. A reclamada não se opôs ao requerimento, o qual restou devidamente homologado. Foram colhidos os depoimentos de duas testemunhas. Razões finais por memoriais pela reclamada às fls. 980/986.

Em audiência de encerramento de instrução (fls.987), ausentes as partes. Prejudicada derradeira proposta conciliatória. Encerrada a instrução processual, vieram os autos conclusos para julgamento. É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINARES

LIMITAÇÃO DA PRETENSÃO DO MPT À UNIDADE “MORRO VERMELHO” DA EMPRESA RÉ

A empresa ré alega que esta Vara do Trabalho de Mineiros não é competente para apreciar questões ligadas aos empregados de suas demais unidades localizadas em outros municípios e, por isso, pediu que fosse limitada a pretensão da presente ação à unidade de Morro Vermelho.

A questão da competência territorial da Vara do Trabalho de Mineiros foi debatida e decidida na sentença que julgou a exceção arguida pela reclamada (fls. 296-300). A pretensão de tratar cada uma das unidades da reclamada como centros de direitos e obrigações autônomos e de restrição do alcance dos pedidos do autor à unidade de Morro Vermelho foi indeferida.

Naquela decisão deixei assentado o seguinte:

Registro ainda que a ACP foi proposta em face da pessoa jurídica, independente dos locais e quantidades de seus estabelecimentos, como bem ressalta o MPT às fls. 281, logo, é esta pessoa jurídica que deverá responder por todo e qualquer dano ocasionado por suas filiais,

eis que possui, inclusive, poder de direção e hierarquia sobre estas.

Por isso, considero que esta preliminar repete a tese da incompetência territorial da Vara do Trabalho de Mineiros. Também não posso deixar de registrar que a empresa tenta manejar os critérios de competência e jurisdição sempre em seu proveito, de forma protelatória e contraditória: a um só tempo alega a existência de acordo judicial de âmbito nacional firmado com o MPT nos autos do Processo n. 1.477/2010, distribuído na vara do trabalho de Alto Araguaia/MT, desprezando seus próprios argumentos de que não é possível decisão judicial de uma vara do trabalho abrangendo todas as suas unidades. Além disso, afirma a existência de listispedência, de coisa julgada (como se fosse possível as duas coisas ao mesmo tempo) em razão do mesmo Processo n. 1.477/2010. Por fim, confunde limites da coisa julgada com limites da jurisdição.

Por ser manifestamente improcedente, rejeito a preliminar.

ILEGITIMIDADE ATIVA/DESCABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DIREITOS INDIVIDUAIS NÃO HOMOGÊNEOS

A defesa sustenta que o MPT pretende, com esta ação, ver reconhecido o pagamento de inúmeros direitos individuais não homogêneos. Assim, pede a extinção do feito sem resolução de mérito, por ilegitimidade ativa e descabimento da substituição processual para postular direitos individuais não homogêneos.

Sem razão a reclamada. As questões relacionadas a horas extras e controle de jornada têm profundas repercussões em interesses difusos, coletivos ou mesmo individuais homogêneos.

A ausência de controle de jornada associada à realização de jornadas de trabalho extenuantes pelos trabalhadores de qualquer empresa interferem em direitos coletivos porque podem acarretar acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, com sérias consequências no plano social familiar, de saúde pública e também no âmbito da previdência pública.

Além disso, e por sua relevância social e coletiva, a limitação da jornada, para a qual o controle é condição fundamental, vem estampada no art. 7º, inciso XIII, da Constituição da República, como um direito social de todos os trabalhadores urbanos e rurais.

Assim, por entender que as questões relacionadas a horas extras e controle de jornada têm repercussões em interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, rejeito a preliminar.

ILEGITIMIDADE ATIVA DO MPT PARA POSTULAR ENQUADRAMENTO SINDICAL E INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A ré alega que o MPT também é parte manifestamente ilegítima para postular o enquadramento sindical dos empregados da BRENCO, sustentando que o *Parquet* não serve como substituto processual do Sindicato representativo da categoria profissional dos empregados.

A questão do enquadramento sindical não diz respeito unicamente aos sindicatos apontados como legítimos ou ilegítimos. Os direitos trabalhistas coletivos e individuais são em regra modulados pelos acordos e convenções coletivas de trabalho. Por essa razão, em grande número de ações individuais que tramitam nesta Vara do Trabalho de Mineiros as partes discutem o enquadramento sindical dos trabalhadores da BRENCO, sendo que a empresa, em regra, sustenta o enquadramento de seus empregados como industriários.

Ora, é bastante evidente que não cabe à empresa escolher o enquadramento sindical que melhor atenda a seus interesses econômicos. As regras relativas à definição das categorias profissionais, ao enquadramento sindical e também à unicidade sindical, são de ordem pública e dizem respeito, sobretudo, aos interesses coletivos e sociais.

Quanto à competência da Justiça do Trabalho para essa matéria, é bastante dizer que está

firmente fixada pelo art. 114 da Constituição Federal.

Por isso, rejeito a preliminar.

INÉPCIA DA INICIAL – FALTA DE INTERESSE DE AGIR DO MPT PARA POSTULAR INVALIDADE DE NORMAS COLETIVAS E ENQUADRAMENTO SINDICAL – MEIO PROCESSUAL INADEQUADO

A empresa ré sustenta que o MPT também não possui interesse de agir no tocante ao pleito de invalidade de normas coletivas e que somente as partes convenientes do instrumento normativo é que têm legitimidade para postular a nulidade dos referidos instrumentos.

Sem razão a empresa ré. Se a norma coletiva limita, restringe ou modula de qualquer forma direitos laborais e a ação civil pública busca restabelecer direitos coletivos e individuais homogêneos que o autor considera violados, inclusive pela aplicação da norma coletiva, em sede de controle difuso de constitucionalidade e de legalidade, tem o MPT legitimidade para postular a invalidade de tais normas.

Como sustentou o autor, sua legitimidade ativa “*decorre do Texto Constitucional (art. 129, inc. III), ou seja, restando demonstrada a violação ao ordenamento jurídico, incontroversa é a legitimidade Ministerial*”.

O MPT ressaltou que “*a invalidade das cláusulas normativas buscada pelo Parquet é incidental, ou seja, apenas os fins da presente demanda*” e que o pleito de invalidade de cláusulas da norma coletiva é feito nos termos dos arts. 5º e 325 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao Processo do Trabalho.

Ora, se o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, no chamado controle difuso, admite que qualquer Juiz ou Tribunal decida de modo incidental arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pela mesma *ratio iuris* poderá o magistrado, se for o caso, declarar a invalidade, por violadores da Constituição Federal, de convenção ou de acordo coletivo de trabalho.

Quanto ao enquadramento sindical, conforme decidi acima, as regras relativas à definição das categorias profissionais, ao enquadramento sindical e também à unicidade sindical, são de ordem pública e dizem respeito, sobretudo, aos interesses coletivos e sociais. Por isso, não estão na livre disposição da empresa, sendo o MPT parte legítima em ação na qual se discute o enquadramento sindical com vista à aplicação de normas coletivas.

Nesse sentido, tem o *Parquet* interesse processual e o procedimento é adequado, não havendo vício que torne inepta a petição de ingresso. Rejeito a preliminar de inépcia, por esse fundamento.

INÉPCIA DOS PEDIDOS ELENCADOS NOS ITENS 'F', 'G', 'H' e 'I' DO ROL DOS PEDIDOS DA EXORDIAL

A empresa sustenta que a petição inicial é inepta quanto aos pedidos alocados nos itens 'f', 'g', 'h', e 'i' porque não haveria qualquer esclarecimento sobre o efetivo descumprimento dessas obrigações pela contestante e não estariam indicados os empregados que teriam sido prejudicados.

Sem viabilidade a preliminar. A ação judicial teve por base fiscalização realizada dentro do PROGRAMA NACIONAL DE PROMOÇÃO DO TRABALHO DECENTE NO SETOR SUCROALCOOLEIRO NO ESTADO DE GOIÁS, promovido pelo Ministério Público do Trabalho, conforme relatório de fls. 36-109 e também diversas reclamações trabalhistas individuais, cujas atas de intrução processual e sentenças estão anexadas aos autos.

A própria empresa alega em sua defesa que firmou acordo judicial nos autos do processo n. 1.477/2010, que tramitou na vara do trabalho de Alto Araguaia/MT, se comprometendo a sanar algumas das irregularidades debatidas nesta ação.

Nenhuma das hipóteses do art. 295, parágrafo único do CPC estão configuradas. Rejeito a preliminar de inépcia por esse fundamento.

LITISPENDÊNCIA DOS PEDIDOS ELENCADOS NOS ITENS 'D', 'E', 'F', 'G', 'H' e 'I' DO ROL DOS PEDIDOS DA EXORDIAL

Pede a empresa ré a declaração de litispendência da presente demanda com aquela autuada sob o n. 0147700-04.2010.5.23.0021, em trâmite na Vara do Trabalho de Alto Araguaia-MT, asseverando a existência de pedidos idênticos e informando que foi celebrado acordo com o MPT naqueles autos, com abrangência nacional.

Conforme consta do documento de fls. 421/422 o referido acordo judicial foi homologado pelo Juízo Vara do Trabalho de Alto Araguaia no dia 11.4.2012.

Não há litispendência entre demandas, quando uma delas foi encerrada por decisão transitada em julgado. Rejeito a preliminar.

MÉRITO

COISA JULGADA

A ré alega que o acordo homologado na Ação Civil Pública autuada sob o n. 0147700-04.2010.5.23.0021, na Vara do Trabalho de Alto Araguaia-MT, fez coisa julgada quanto aos pedidos:

Item 3.1.1. 'D' (consignação de horário de trabalho nos controles de ponto);

Item 3.1.1. 'E' (pagamento de salários até o 5º dia útil subsequente);

Item 3.1.1. 'F' (conceder descanso semanal de 24 horas consecutivas);

Item 3.1.1. 'G' (abster-se de prorrogar jornada além do limite legal de 2 horas);

Item 3.1.1. 'H' (conceder período mínimo de 11 horas entre duas jornadas);

Item 3.1.1. 'I' (conceder intervalo intrajornada de no mínimo 1 hora e no máximo 2 horas).

Sobre a alegação de coisa julgada, o MPT disse que ocorreu transação com relação aos pedidos de letras "f", "g", "h" e "i", mas asseverou

que inexistia coisa julgada quanto aos seguintes pedidos:

Item 3.1.1. 'D' (consignação de horário de trabalho nos controles de ponto);

Item 3.1.1. 'E' (pagamento de salários até o 5º dia útil subsequente);

Item 3.1.1. 'F' (conceder descanso semanal de 24 horas consecutivas);

Item 3.1.1. 'G' (abster-se de prorrogar jornada além do limite legal de 2 horas);

Item 3.1.1. 'H' (conceder período mínimo de 11 horas entre duas jornadas);

Item 3.1.1. 'I' (conceder intervalo intrajornada de no mínimo 1 hora e no máximo 2 horas).

Na audiência realizada em 26 de fevereiro de 2013 (fls. 971-975) o autor desistiu dos pedidos F, G, H, I e reiterou os pedidos 3.1.1 alínea A (A.1 e A.2); alínea B; alínea C (C.1 e C.2), alíneas D e E.

Pois bem, vamos ao cotejo dos pedidos formulados nesta demanda com aqueles que foram objeto do acordo homologado no processo n. 0147700-04.2010.5.23.0021, na Vara do Trabalho de Alto Araguaia-MT:

Quanto ao pedido identificado na petição inicial como "D", quer o MPT obrigar a empresa a fazer registro dos horários de início e término do tempo em que seus empregados permaneceram à sua **disposição**, aí incluídos os períodos em que o trabalhador estiver realizando, entre outras atividades, a limpeza, colocação e retirada de EPI's e materiais de trabalho, e estiver esperando, ao final da jornada, o transporte fornecido pela empregadora.

No acordo homologado (fl. 408), na cláusula ou item 3.7 a empresa ficou obrigada a fazer o registro dos horários de entrada e saída, mas não do tempo à disposição incluídos os períodos em que o trabalhador estiver realizando, entre outras atividades, a limpeza, colocação e retirada de EPI's e materiais de trabalho, e estiver esperando, ao final da jornada, o transporte fornecido pela empregadora. Por isso, nesse ponto, não ocorreu coisa julgada.

Quanto ao pedido identificado na petição inicial como "E", quer o MPT obrigar a empresa a pagar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido, os valores relativos ao **tempo integral em que os seus empregados permanecem à sua disposição**, aí incluídos os períodos em que o trabalhador estiver realizando, entre outras atividades, a limpeza, colocação e retirada de EPI's e materiais de trabalho, e estiver esperando, ao final da jornada, o transporte fornecido pela empregadora.

No acordo homologado (fl. 408), na cláusula ou item 3.3 a empresa ficou obrigada a efetuar o pagamento integral dos salários até o quinto dia útil subsequente ao mês vencido, mas não se obrigou a pagar especificamente os valores relativos ao **tempo integral em que os seus empregados permanecem à sua disposição**, aí incluídos os períodos em que o trabalhador estiver realizando, entre outras atividades, a limpeza, colocação e retirada de EPI's e materiais de trabalho, e estiver esperando, ao final da jornada, o transporte fornecido pela empregadora. Por isso, nesse ponto, também não ocorreu coisa julgada, pois o pedido, nesta ação civil pública, é mais amplo que aquele objeto do acordo feito no processo n. 0147700-04.2010.5.23.0021, da Vara do Trabalho de Alto Araguaia-MT.

Como o autor desistiu dos pedidos F, G, H, I, reconhecendo a coisa julgada sobre eles, e a desistência foi homologada na audiência realizada em 26 de fevereiro de 2013 (fls. 971-975), nesse ponto, a prejudicial de mérito perdeu o objeto.

Pelas razões expostas e relativamente aos demais pedidos, rejeito a preliminar de coisa julgada.

ENQUADRAMENTO SINDICAL DOS EMPREGADOS DA BRENCO

O autor informa que esta Vara do Trabalho de Mineiros encaminhou cópia da

sentença prolatada na RTSum 0001113-89.2011.5.18.0191, na qual o juízo registrou que a reclamada, com o intuito de fraudar a aplicação dos preceitos consolidados, em agosto de 2010 procedeu a alteração da nomenclatura da função do reclamante e de todos os seus empregados rurais, sem qualquer alteração de atividades laborais, passando a denominá-la de “auxiliar de produção agrícola”.

Narra o autor que a ficha cadastral do reclamante na RTSum 0001113-89.2011.5.18.0191 e em diversos outros processos confirma a fraude perpetrada pela ré, pois estaria consignado no item “valores sindicais” que até 03/2010 houve repasse da contribuição sindical para o SINDICATO DOS TRABALHADORES RURAIS DE MINEIROS, e em 03/2011 a contribuição passou a ser recolhida para SINDICATO TRAB. IND. AGROIN. FAB. ALCOOL CARB. Afirma que a modificação também é expressa no item “sindicatos”, em que se verifica, inclusive, a data da modificação, que foi em 1º.8.2010.

Segundo o MPT, com a alteração no enquadramento sindical a empresa pretendeu, aplicando as normas coletivas dos industriários, entre outras coisas, a exclusão do direito às horas *in itinere*. Disse que a citada convenção coletiva previa a mera renúncia deste direito.

Com essa narrativa, o autor pediu a condenação da reclamada a fazer o enquadramento de todos os seus empregados na categoria de empregados rurais e, de forma subsidiária, o enquadramento de seus trabalhadores na categoria correspondente à efetiva atividade econômica exercida. Pleiteou também a expedição de ofício à Receita Federal do Brasil para que seja alterada a atividade econômica da ré junto aos seus cadastros para todos os efeitos fiscais, especialmente os tributários e previdenciários.

A ré impugnou o pedido alegando que sua atividade econômica é a fabricação de álcool e que “o enquadramento sindical dos empregados

deve seguir a atividade econômica do empregador e quando houver o exercício de mais de uma atividade, deve-se obedecer à preponderante, conforme redação do § 2º, do art. 581, da Consolidação das Leis do Trabalho, de modo que serão as condições de trabalho negociadas com o sindicato profissional correspondente à categoria preponderante que serão aplicadas a todos os empregados”.

A defesa sustenta também que nos termos do § 5º do art. 2º do Decreto n. 73.626/74, “*não pode ser considerada indústria rural, posto que tem como atividade primordial a transformação da matéria-prima (cana-de-açúcar) em álcool, alterando sua natureza*”. Disse, todavia, que ainda possui trabalhadores enquadrados como rurais e que não houve prejuízo a seus empregados.

Pois bem. A BRENCO tem enquadrado senão todas, diversas funções de trabalho tipicamente rural como trabalho industrial, aplicando a esses trabalhadores normas coletivas e legais dos trabalhadores industriais.

O MPT trouxe aos autos diversos exemplos de casos de trabalhadores rurais classificados como Auxiliares de Produção Agrícola, que passaram a ser tratados como trabalhadores urbanos (industriários) pela reclamada, como foi o caso de Raimundo Nonato Ferreira dos Santos (documentos de fls. 80-96), relativo ao Processo RTSum 0001113.89.2011.5.18.0191.

No espelho do CNPJ da reclamada colacionado à fl. 98 consta que a empresa tem como atividade principal o cultivo de cana-de-açúcar. Mas a ré, em defesa (fl. 353), disse que sua atividade econômica principal declarada junto à Receita Federal é a fabricação de álcool, tendo reproduzido o espelho do CNPJ no qual consta essa informação. Disso se conclui que a empresa alterou seu cadastro junto ao CNPJ para fazer constar a atividade industrial em substituição à atividade agroindustrial, mas isso não resolve a questão, pois se trata de declaração unilateral da empresa e contraditória com a declaração anterior.

O fato de a empresa produzir álcool em suas usinas não implica que sua atividade principal seja industrial e que o enquadramento dos trabalhadores rurais que laboram em suas fazendas deva ser como industriários.

A reclamada atua tanto na produção em grande escala de cana-de-açúcar, como na fabricação de álcool. Como estabelecer qual dessas atividades é a principal?

As lavouras da reclamada (são muitas e se estendem por vários municípios dos Estados de Goiás, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul) não são meras continuidades das usinas instaladas em Mineiros-GO/Perolândia-GO (Morro Vermelho e Água Emendada), Alto Taquari-MT/Alto Araguaia-MT, Costa Rica-MS e Paranaíba-MS, são empreendimentos complexos e operacionalmente distintos das usinas.

O número de trabalhadores empregados nas lavouras desses municípios (Mineiros-GO, Perolândia-GO, Alto Taquari-MT, Alto Araguaia-MT, Costa Rica-MS, Paranaíba-MS etc.) é manifestamente superior ao de trabalhadores empregados nas usinas. No caso da unidade de Morro Vermelho, em Mineiros-GO, segundo levantamento do MPT e da SRTE (fls. 37-38) são 1.271 trabalhadores na lavoura, 198 na usina (agroindústria) e 99 nos setores administrativos. Portanto, a atividade rural é flagrantemente preponderante sobre a atividade industrial, quanto ao emprego de mão de obra.

Quanto à receita das lavouras, comparadas à receita das usinas, nada é possível concluir, pois a reclamada não trouxe aos autos qualquer elemento que demonstre qual dessas atividades produz maior receita financeira.

Tomando por base a área de terra empregada nas lavouras, o fato de serem terras altamente produtivas e localizadas em regiões muito valorizadas e a grande quantidade de máquinas e implementos agrícolas sofisticados utilizados no cultivo e colheita da cana, também é possível dizer que a atividade de cultivo de cana é a principal atividade da reclamada.

Além disso, conforme o art. 2º do Estatuto Social da Brenco, a Companhia tem por objeto social, ou seja, como atividade **preponderante**, entre outras, “a exploração de atividades agrícolas, em especial, sem qualquer tipo de limitação, a exploração da agricultura de cana-de-açúcar, soja, amendoim e milho”.

O § 5º do art. 2º do Decreto n. 73.626/74 não permite a conclusão de que a reclamada não se enquadra como empregadora rural, porque a atividade da empresa não se resume a fazer a primeira transformação do produto agrário e alterar a sua natureza, retirando-lhe a condição de matéria-prima. A BRENCO efetivamente tem como atividade principal a produção agrícola de cana-de-açúcar em larga escala.

O balizamento legal é dado sobretudo pela Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973, além dos arts. 511 e 581 da CLT. Quanto ao posicionamento pretoriano, prevalece na jurisprudência do TST o entendimento de que o enquadramento sindical deve se dar pela atividade preponderante da empresa. A Orientação Jurisprudencial 419, da SBDI-1 traz o seguinte texto:

419. ENQUADRAMENTO. EMPREGADO QUE EXERCE ATIVIDADE EM EMPRESA AGROINDUSTRIAL. DEFINIÇÃO PELA ATIVIDADE PREPONDERANTE DA EMPRESA. (DEJT divulgado em 28 e 29.6.2012 e 2.7.2012)

Considera-se rurícola empregado que, a despeito da atividade exercida, presta serviços a empregador agroindustrial (art. 3º, § 1º, da Lei n. 5.889, de 8.6.1973), visto que, neste caso, é a atividade preponderante da empresa que determina o enquadramento.

É importante dizer que o fato de o trabalhador realizar atividades manuais ou mecanizadas, não descaracteriza a natureza rural da atividade. Por isso, a alegação da empresa, repetida pelo seu supervisor Herivelton Lobo, ouvido como testemunha, segundo o qual “atualmente não há nas lavouras da reclamada

trabalhadores rurais porque não há plantio manual, esclarecendo que toda a atividade é feita com máquinas e os trabalhadores são chamados de auxiliares de produção; todas as atividades na lavoura são mecanizadas”, não deve prosperar. Há manifesto equívoco na afirmação do gestor, pois nos termos do art. 2º da Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973: “*Empregado rural é toda pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário.*”

A mesma Lei n. 5.889/1973, em seu art. 3º, traz a definição de empregador rural: “*Considera-se empregador, rural, para os efeitos desta Lei, a pessoa física ou jurídica, proprietário ou não, que explore atividade agro-econômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados.*”

Portanto, é completamente indiferente, para a caracterização do empregado rural, que a empresa utilize trabalho manual ou mecanizado ou que dê treinamento para o empregado ou que o empregado opere equipamentos sofisticados.

A mudança da nomenclatura de Trabalhador Rural para Auxiliar de Produção Agrícola não tem o condão de transformar o trabalhador rural em trabalhador urbano. Aliás, o depoimento do gestor Herivelton Lobo reflete, sobretudo, um preconceito que associa a atividade rural à atividade desqualificada, bruta.

A fala do gestor da reclamada Herivelton Lobo confirma as asserções do MPT de que a empresa buscou com a mudança de nomenclatura dos cargos fazer o enquadramento sindical que melhor convinha a seus interesses econômicos, burlando a legislação laboral.

É evidente que a mudança do enquadramento traz prejuízos tanto aos trabalhadores como ao Estado Brasileiro. Não é outra a razão pela qual o trabalho rural é regulado por norma específica (Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973).

No plano das relações de trabalho, o trabalhador rural tem direitos específicos, como por exemplo o adicional de trabalho noturno, cujos horários e percentual são específicos da atividade rural, entre outros. Há também questões previdenciárias e tributárias de incidência específica para o empregador rural, não se podendo dizer que se inclui no *ius variandi* do empregador a escolha quanto ao enquadramento da atividade econômica e, por consequência, ao enquadramento sindical.

Por se tratar de norma específica, a Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973 se sobrepõe a qualquer outra de caráter geral.

Nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973, inclui-se na atividade agro-econômica a exploração industrial em estabelecimento agrário, e esse é, precisamente, o caso da reclamada, pois além das vastas lavouras, as usinas são estabelecimentos agroindustriais.

A douta Juíza do Trabalho Dra. Alciane Margaria de Carvalho, em diversas sentenças proferidas nesta Vara do Trabalho de Mineiros-GO e anexadas à petição inicial desta ação civil pública (são exemplos: RTSum-0001113.89.2011.5.18.0191, RTSum-01522-2011-191-18-00-1, RTSum-01524-2011-191-18-00-0, RTOrd-0000284.11.2011.5.18.0191, RTOrd-0000285.93.2011.5.18.0191, RTOrd-0000586.40.2011.5.18.0191) destacou a má-fé da empresa BRENCO, que manipula o enquadramento de sua atividade como rural ou industrial, de acordo com suas conveniências em prejuízo dos trabalhadores e do Sistema Tributário. Consta das referidas sentenças as seguintes asserções:

Vale ressaltar que as alegações contestatórias de que o reclamante passou a trabalhar na indústria constitui em má-fé processual, eis que altera a reclamada a verdade dos fatos, visto que os documentos que acompanham a defesa são suficientes para demonstrar que o reclamante continuou a trabalhar no

cultivo de cana, no setor agrícola, a exemplo dos documentos de fls. 62/63.

No TRCT de fls. 64 consta que a atividade do reclamante estaria inserida no CNAE 0113000 que se refere ao cultivo de cana-de-açúcar. Nos autos do processo 0000768-60.2010.5.18.0191 a reclamada assim peticionou, evidenciando que suas atividades preponderantes, inclusive para recolhimentos previdenciários, são as de trabalho rural:

[...]

II. DO EQUÍVOCO DOS CÁLCULOS HOMOLOGADOS POR ESSE MM. JUÍZO

[...]

4. De acordo com o art. 22-A, inciso I, da Lei n. 8.212/91, as empresas que exercem atividades agroindustriais, têm como base para os recolhimentos previdenciários a “RECEITA BRUTA DE VENDA DA PRODUÇÃO”, sendo totalmente dispensada do recolhimento da cota-parte empregador em folha salarial ou qualquer outro meio, que gera obrigações de recolhimento previdenciário.

“Art. 22A. A contribuição devida pela agroindústria, definida, para os efeitos desta Lei, como sendo o produtor rural pessoa jurídica cuja atividade econômica seja a industrialização de produção própria ou de produção própria e adquirida de terceiros, incidente sobre o valor da receita bruta proveniente da comercialização da produção, em substituição às previstas nos incisos I e II do art. 22 desta Lei, é de:

I – dois vírgula cinco por cento destinados à Seguridade Social; ...”

5. Desse modo, a Embargante recolhe o valor devido ao INSS sobre o valor da receita bruta proveniente da comercialização da produção, não se tratando da hipótese legal de recolhimento sobre a folha de pagamento.

6. Sendo assim, tratando-se de recolhimento em regime de substituição, tal como estabelece a lei, nada é devido pela Empresa a título de recolhimento previdenciário cota patronal decorrente dos créditos oriundos da presente execução.

7. Não podem prevalecer, destarte, os cálculos homologados nesse ponto, pelo que requer a Executada a retificação das contas de liquidação elaboradas pela contadoria para adequação dos percentuais praticados na apuração dos recolhimentos previdenciários patronais, conforme o texto legal.

Assim, considero provado que a atividade principal da ré é o cultivo de cana-de-açúcar; que, nos termos da Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973, a BRENCO — COMPANHIA BRASILEIRA DE ENERGIA RENOVÁVEL é empresa agroindustrial e que seus trabalhadores são, para todos os fins legais, rurais.

HORAS *IN ITINERE* — REGISTRO

O Ministério Público do Trabalho alega que a ré não anota os horários relativos ao tempo de deslocamento (horas *in itinere*) e não computa corretamente tal período na jornada de trabalho de seus empregados para todos os efeitos legais, inclusive de pagamento. Por isso, pediu a condenação da ré à obrigação de registrar o início e término das horas *in itinere* de seus empregados e a pagar, com esteio nos registros de ponto, as horas *in itinere* efetivamente despendidas ou, de forma subsidiária, caso se entenda pela possibilidade de negociação de tal matéria por diploma coletivo, conste de referido diploma a obrigação de pagar o valor relativo às horas *in itinere* correspondente ao tempo de deslocamento igual ou superior ao que consta na certidão dos autos da RT n. 1.562/2008, bem como em demais certidões e decisões judiciais que venham complementá-la. Pediu também a declaração incidental de invalidade dos instrumentos coletivos que tenham disposições contrárias ao pagamento das horas *in itinere* efetivamente despendidas.

Em defesa, a reclamada sustenta que é impossível a anotação/registo das horas *in itinere* dos trabalhadores rurais que se deslocam diretamente para diversas frentes de trabalho. Segundo a ré, “a dificuldade se dá em razão da diversidade das funções dos empregados, e que estes podem prestar seus serviços em diversas

frentes de trabalhos com distâncias e itinerários diferentes, bem como a pluralidade de locais de que partem e que há trajetos com transporte público regular, seja em todo ou parte dele, o que reduziria ou eliminaria o direito às horas itinerantes, além da própria impossibilidade de se mensurar com exatidão o tempo de deslocamento dentro das variáveis e requisitos que ensejam o percebimento das horas de percurso”.

Segundo a defesa, é bastante razoável a pré fixação das horas *in itinere* em 01 h diária, conforme Cláusula 28ª da anexa CCT 2011/2012 aplicável às unidades do Estado de Goiás, Cláusula 4ª dos anexos ACTs 2009/2011 aplicáveis às unidades de Costa Rica e Paranaíba, no Estado de Mato Grosso do Sul, Cláusula 29ª do anexo ACT 2011/2012 firmada com a Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado de Mato Grosso e com o Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Alto Araguaia-MT, aplicável à unidade de Alto Araguaia/Alto Taquari, no Estado de Mato Grosso.

Em relação aos trabalhadores da usina de Alto Taquari-MT/Alto Araguaia-MT, a defesa alega que a Cláusula 29ª do ACT 2011/2012 firmada com a Federação dos Trabalhadores da Indústria do Estado de Mato Grosso e com o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria da Fabricação do Alcool do Estado de Mato Grosso, pré fixou as horas *in itinere* em 01h diária.

Quanto aos trabalhadores nas usinas de Costa Rica-MS e Paranaíba-MS, segundo a defesa, a Cláusula 9ª do ACT 2011/2012 firmada com a Federação dos Trabalhadores da Indústria do Estado de Mato Grosso do Sul, pré fixou as horas *in itinere* em 01 h diária. Disse também que os trabalhadores da Unidade de Costa Rica-MS têm à sua disposição transporte público coletivo.

Sobre os trabalhadores das usinas de Morro Vermelho, em Mineiros-GO e de Água Emendada, em Perolândia-GO, disse a defesa que não há negociação coletiva pré-fixando o tempo de trajeto, mas o trajeto seria servido por transporte público coletivo.

Passo ao exame da controvérsia.

Não há qualquer limitação técnica para que seja feito o registro das horas *in itinere*. A BRENCO há muitos anos utiliza equipamentos eletrônicos portáteis (*palm top*) para registrar a jornada de trabalho nas lavouras, chamadas de frentes de serviço e esse fato foi referido pelo supervisor da empresa Severino Antônio da Silva, ouvido como testemunha (fl. 974). O mesmo equipamento que registra o início e encerramento da jornada pode registrar as horas de trajeto. Aliás, é bastante comum que os líderes das frentes de serviço façam o registro da jornada durante a viagem, pois eles registram o ponto no horário previsto (por exemplo, às 07h20min), independentemente do local em que se encontram e ainda que estejam em deslocamento.

O problema da pré-fixação do tempo de trajeto para fins de pagamento das horas *in itinere* somente ganha relevância quando o tempo pré-fixado é desproporcionalmente inferior ao tempo efetivamente gasto pelo empregado e isso somente pode ser aferido por meio do registro fidedigno das horas de trajeto.

Aqui, cabe uma indagação fundamental, como pré-fixar o mesmo tempo de 30 minutos por viagem (de ida ou de volta) para todas as unidades da ré, em ao menos 06 municípios de 03 Estados diferentes? É fato notório que as frentes de serviço da ré se espalham por centenas de quilômetros nesses municípios e os trabalhadores não atuam apenas em uma frente, mas são deslocados por todas as frentes nos vários municípios e nos 03 estados.

Ainda que não fosse para pagar as horas de trajeto medidas, somente a medição poderia confirmar ou infirmar com precisão se o tempo pactuado pelas entidades sindicais estaria razoável.

Mas, somente a ré tem os meios para medir esse tempo e ela se nega a fazê-lo, embora nenhum recurso técnico ou logística especial seja necessário para esse fim, pois já é feito o registro das horas de início e encerramento da

jornada. Prefere a ré a pré-fixação do tempo de 30 minutos por trajeto (01 h por dia), de maneira uniforme para todos os casos, desprezando a diversidade de distâncias percorridas, de tipos de estradas (solo arenoso, argiloso, com atoleiros etc.) e as condições específicas de deslocamento para cada frente de serviço.

O auto de inspeção judicial produzido na RTSum-0001522-65.2011.5.18.0191 comprovou que o tempo de percurso até a região do Morro Vermelho, no Município de Mineiros, onde estão situadas várias fazendas da reclamada, é em média de 01h30min por trajeto de ida ou de volta, totalizando 03 h por dia, ou seja, 3 vezes mais do o tempo diário pré-fixado pela reclamada, sendo que para algumas fazendas, como Pirapitanga e Adriana o tempo é superior, chegando a 02h12min e 01h52min, respectivamente.

Os tempos certificados pelo Sr. Oficial de Justiça na RTSum-0001522-65.2011.5.18.0191 correspondem ao trajeto da saída da cidade até a entrada das fazendas, sendo certo que tais fazendas têm vários quilômetros de extensão cujo tempo de percurso interno não restou computado. Além disso, o tempo de embarque e desembarque dos trabalhadores nos bairros também não foi computado.

Para outras fazendas da região de Morro Vermelho, em Mineiros-GO, a distância é percorrida em tempo menor, tendo o Sr. Oficial de Justiça desta Vara do Trabalho, na RTSum-0001522-65.2011.5.18.0191, certificado os seguintes tempos de percurso e distâncias:

FAZENDA MORRINHOS – 66,3 Km – 1h10min

FAZENDA MORRO VERMELHO – 74,3 Km – 01h20min

FAZENDA SETE MILHAS – 11,8 Km – 12 min

FAZENDA SALTINHO DAS PERDIZES – 18,2 Km – 18 min

FAZENDA BILICÃO – 35,3 Km – 37 min

FAZENDA ÁGUA EMENDADA – 39,6Km – 43 min

FAZENDA RIO VERDE – 43,4Km – 48 min

FAZENDA ADRIANA – 124,2KM – 1h52min

FAZENDA PIRAPITANGA – 144,3KM – 02h12min

FAZENDA BONFIM – 76,3Km – 01h15min

O auto de inspeção judicial produzido pelo inclito Juiz do Trabalho Dr. Fabiano Coelho de Souza na RT n. 01849-10.2011.191.18.00-8, mediu as distâncias e tempos de viagem nos trajetos compreendidos entre o trevo do “Daim” (saída de Mineiros/GO) e as entradas das fazendas da unidade de Água Emendada. Também nesses casos as frentes de trabalho nas fazendas têm vários quilômetros de extensão cujo tempo de percurso interno não restou computado, bem como o tempo de embarque e desembarque dos trabalhadores nos bairros.

Em referido documento consta que o tempo de viagem gasto no trajeto compreendido entre o trevo do “Daim” (saída de Mineiros/GO) até a fazenda Primavera, na cidade de Perolândia/GO, onde se situa a unidade de Água Emendada, é de 1h02min, ou seja, mais que o dobro do tempo fixado nos instrumentos coletivos aplicados pela ré para cada trajeto (30 minutos). Há diversas outras fazendas na mesma unidade, cujo trajeto e tempo de viagem não foram medidos.

O depoimento do supervisor Herivelton Lobo, fls. 972-973, não infirma as demais provas, especialmente, o auto de inspeção judicial produzido na RTSum-0001522-65.2011.5.18.0191 e a certidão do Sr. Oficial de Justiça na RTSum-0001522-65.2011.5.18.0191. O senhor Herivelton Lobo externou apenas opiniões sobre o transporte dos trabalhadores e os tempos de viagem, já que não usa o transporte e declarou desconhecer os itinerários das linhas.

Sobre o transporte para a usina de Água Emendada, Herivelton Lobo disse que o ponto final dos ônibus do transporte público

coletivo é na cidade de Perolândia, embora os documentos trazidos pela ré façam prova de que trata-se da Linha Intermunicipal n. 516, Mineiros/Aragarças e não de transporte urbano público coletivo com ponto final em Perolândia.

As declarações da testemunha Severino Antônio da Silva, que também é supervisor e tem atribuições de gestor na empresa ré, de igual modo, não excluem a necessidade de registro do tempo de deslocamento, mesmo porque, segundo essa testemunha, “da Usina até a cidade de Alto Araguaia-MT são 50 km”, o que, no mínimo, põe em dúvida a afirmação dessa mesma testemunha de que “a frente de trabalho mais distante fica a 30 km”.

Os ACTs e as CCTs firmados por entidades sindicais de industriários (Federação dos Trabalhadores na Indústria do Estado de Goiás e congêneres de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul) não são aplicáveis aos empregados da BRENCO, sejam eles trabalhadores das lavouras, mecanizadas ou não, sejam das usinas, pois todos são trabalhadores rurais, conforme dispõe o art. 3º, § 1º, da Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973.

Quanto aos acordos e convenções coletivas de trabalhadores rurais (subscritos pela Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado de Mato Grosso, Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Alto Araguaia-MT, Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado de Goiás e Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado do Mato Grosso do Sul), resta claro que a pactuação uniforme de 30 minutos para cada trajeto de ida ou de volta do trabalho, totalizando 1 h por dia, é flagrantemente desproporcional aos tempos efetivamente despendidos pelos trabalhadores.

Nos termos da Súmula 08 do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, se a limitação das horas *in itinere* em normas coletivas mostrar-se desarrazoada em face das condições particulares de deslocamento do trabalhador, com dispêndio de tempo

consideravelmente maior do que o definido na norma, deve-se apurar o tempo efetivamente percorrido, vale dizer, deve ser afastada a norma, para que se faça a apuração do tempo de trajeto. *Ipsis verbis*:

HORAS *IN ITINERE*. LIMITES DO PODER NEGOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE RENÚNCIA. PACTUAÇÃO DO TEMPO DE PERCURSO. VALIDADE. RAZOABILIDADE.

I. Ofende o interesse público e configura desrespeito aos comandos constitucionais mínimos a renúncia às horas *in itinere*, mas não a pactuação a respeito da quantidade de horas, razão por que são válidas as normas coletivas que fixam um número ou limitam a quantidade de horas *in itinere*.

II. Se a limitação das horas *in itinere* mostrar-se desarrazoada em face das condições particulares de deslocamento do trabalhador, com dispêndio de tempo consideravelmente maior do que o definido na norma coletiva, deve-se apurar o tempo efetivamente percorrido. (RA n. 37/2010, DJE – 11.5.2010, 12.5.2010 e 13.5.2010.)

As normas convencionais, desde que não contrariem normas de ordem pública e não configurem mera renúncia de direitos pelos trabalhadores, são perfeitamente válidas. Tal validade deflui do art. 7º, XXVI, da CF/88, e as regras estabelecidas por meio de Instrumentos Normativos ou Convenções Coletivas fazem lei entre as partes.

Quando as normas coletivas são mero biombo para a eliminação de direitos trabalhistas assegurados pela Constituição Federal, como no caso da limitação da jornada diária de trabalho (art. 7º, inciso XII, da CF/88), devem ser declaradas inválidas/ineficazes, como bem destacou o Ministro Milton de Moura França na seguinte ementa relativa ao Processo AIRR - 644-41.2010.5.03.0047:

HORAS *IN ITINERE* — NORMA COLETIVA — SUPRESSÃO — IMPOSSIBILIDADE. Acordo ou convenção coletiva pode dispor sobre a duração e remuneração de horas *in*

itinere, segundo os interesses de empregados e empregadores. Entretanto, a supressão, pura e simples do direito, em típica renúncia por parte dos empregados, contraria o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, razão pela qual é ineficaz no mundo jurídico. Agravo de instrumento não provido.

A teoria do conglobamento (ou da incindibilidade ou da globalização) não serve de panaceia para justificar toda e qualquer pactuação coletiva, mesmo que flagrantemente lesiva a direitos indisponíveis dos trabalhadores. Não basta afirmar que a convenção ou acordo coletivo, no seu conjunto, traz algum ou alguns benefícios aos empregados, quando há renúncia ou limitação de direitos laborais. Os benefícios compensatórios devem ser evidentes e correlacionados, sob pena de se validar cláusulas que configuram efetivamente redução ou renúncia de direitos, sem contraprestação alguma à coletividade de trabalhadores atingida pela norma coletiva.

Explicando a teoria do conglobamento, Mauricio Godinho Delgado faz a seguinte digressão:

Tal teoria propugna pela organização do instrumental normativo em função da matéria tratada (*ratione materiae*), para se extrair o instrumental mais favorável, encarado este sob um ângulo unitário, do conjunto. Está-se, portanto, diante de um critério sistemático, em que se respeita cada regime normativo em sua unidade inteira e global.⁽¹⁾

Desse modo, conforme a lição de Mauricio Godinho Delgado, deve-se cotejar a cláusula normativa sobre horas *in itinere*, no contexto sistemático do acordo ou da convenção coletiva em que está inserida, com a norma celetária sobre a mesma matéria, para que **se busque aplicar a mais favorável ao trabalhador**. Certamente, não se trata de constatar que a norma coletiva traz algum benefício à coletividade

dos trabalhadores, mas que, sistematicamente considerada, a norma é mais benéfica que a legislação de regência, mesmo quando limita ou exclui o direito às horas *in itinere*.

Por óbvio, esse não é o caso das convenções e acordos coletivos trazidos à baila pela ré, pois a empresa não conseguiu demonstrar que a limitação do pagamento de horas *in itinere* foi efetivamente compensada com alguma outra vantagem e que sua aplicação é mais benéfica. Nesse caso, as cláusulas que pré-fixaram as horas *in itinere* configuraram abusiva limitação do direito constitucional de duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais.

Noutro enfoque, a ré sustenta que os trabalhadores da Unidade de Costa Rica-MS têm à sua disposição transporte público coletivo. Assim como os trabalhadores das usinas de Morro Vermelho, em Mineiros-GO e de Água Emendada, em Perolândia-GO.

Sem razão a defesa. Em todos os casos os preços, os horários e a frota de veículos postos nas linhas que trafegam até as usinas são incompatíveis com o uso diário pelos trabalhadores. Não se trata de mera deficiência do transporte público e sim inaptidão para o transporte coletivo dos milhares de empregados que se dirigem às unidades agroindustriais localizadas, todas elas, na zona rural.

Em relação à usina de Morro Vermelho, em Mineiros-GO a Portaria SMT n. 005/2010, de 16 de agosto de 2010 que instituiu linha de transporte coletivo urbano de Mineiros até a Usina (fls. 526-528), não afasta a incidência de horas *in itinere*, visto que a implantação de referida linha é incompatível com o uso diário pelos trabalhadores e tem preço de passagem diferenciado em relação às linhas que circulam na cidade. Conforme declarações de Herivelton Lobo (fl. 973), “os ônibus do transporte coletivo fazem viagem em 3 horários do dia”.

Conforme consta do art. 2º da Portaria n. 001/2012, de 27 de janeiro de 2012, da Prefeitura de Mineiros (fl. 538) a frota da linha

(1) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr. 2006. p. 1.394.

Mineiros — Usina de Morro Vermelho é composta por UM ÚNICO ÔNIBUS para atender a 1.568 trabalhadores, com itinerário total de 85 km e tempo de viagem de 01h30min. Não se trata de mera insuficiência do transporte público, mas de efetiva simulação.

Além disso, é fato notório que o Decreto Municipal n. 405, de 05 de agosto de 2010, em seu art. 7º, fixou o valor inicial da passagem em R\$ 12,80, para aquele ano. Logo, trata-se de uma linha de transporte que não caracteriza transporte público urbano e, pelo preço cobrado, não permite o uso pelo trabalhadores da usina de Morro Vermelho.

No caso da usina de Costa Rica, em janeiro de 2012 o preço da passagem variava de R\$ 5,00 a R\$ 17,00, ou seja, de R\$ 10,00 a R\$ 34,00 por dia para os percursos de ida e volta, conforme documentos de fls. 578-589. Merece registro o fato das linhas estarem identificadas com os turnos de trabalho da usina (Linha 1 Turno I, fl. 592; Linha 1 Turno II, fl. 594, etc.), indicando que foram instituídas exclusivamente para o transporte dos trabalhadores da usina e não como transporte público.

Quanto aos trabalhadores da usina de Água Emendada, situada no município de Perolândia-GO, o documento de fl. 560, com data de 12.1.2012, revela com clareza que a BRENCO solicitou a implantação de um serviço de “viagens parciais” a uma empresa de transporte intermunicipal, com o fito de caracterizar a existência de transporte público. Note-se que o serviço foi autorizado pela Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos-AGR, órgão estadual, e não pelos municípios de Perolândia ou de Mineiros.

Ainda assim, os horários são extremamente limitados e os preços incompatíveis com o uso diário pelos trabalhadores. Conforme consta do documento de fl. 561, a passagem de Mineiros-GO (local onde reside a quase totalidade dos empregados) até a usina, custava em 11.7.2009 R\$ 9,61 e até a sede do município de

Perolândia R\$ 14,61. A ré não trouxe aos autos os valores atuais dessas passagens.

Segundo o quadro de horários de fl. 562, os ônibus saem de Mineiros-GO para Aragarças-GO, passando pela usina de Água Emendada às 05h45min, 13h50min e 22h10min. Há transporte somente nesses horários. Na verdade, conforme prova o documento de fl. 564, trata-se da linha intermunicipal n. 516, Mineiros/Aragarças e não de transporte urbano público coletivo.

Situação semelhante a essas foi bem analisada pelo TRT 18ª Região no seguinte julgado:

“O § 2º do art. 58 da CLT é expresso ao determinar o cômputo na jornada do tempo de deslocamento despendido pelo empregado quando o local for de difícil acesso ou não servido por transporte público. É fato público e notório, prescindível de prova (CPC, art. 334, I), que o reclamante trabalhava em zona rural, o que gera presunção de local de difícil acesso e não servido por transporte público regular. Vale dizer que se entende por regular aquele transporte público que circula ao menos de hora em hora, atendendo as necessidades mínimas dos usuários, o que não ocorre na região em comento. Conforme analisado nos autos do RO-0001312-18.2010.5.18.0201, em que também atuo como Relatora, esse transporte tinha alto custo para os hipossuficientes empregados, caso quisessem utilizá-lo (cerca de R\$ 8,00 por dia, R\$ 4,00/passagem). O alto custo inviabiliza que o reclamante utilize o transporte público intermunicipal por sua conta, diferentemente do transporte público municipal, que apresenta passagens de menor custo. Além disso, a certidão produzida nos autos demonstra a existência de poucos ônibus da Viação Goianésia envolvidos no transporte intermunicipal no trajeto Goianésia-GO a Barro Alto-GO e vice-versa. Destarte, presume-se a falta de capacidade para transportar o público em geral mais os empregados da reclamada e demais prestadores de serviços que atuam no Projeto Anglo American em Barro Alto-GO, o que é agravado pela proibição existente no transporte intermunicipal de transportar passageiros em pé. Conforme destacado na r. sentença, a obra contava com cerca de 4.000 empregados.

Isto torna impossível cogitar que o transporte intermunicipal público e regular noticiado nos presentes autos atendesse à demanda. Assim, o fornecimento de transporte gratuito era e é essencial à atração de força de trabalho necessária ao desenvolvimento das atividades econômicas das reclamadas. Quanto ao tempo médio de trajeto, irrepreensível a r. sentença que deferiu 1h18min por dia trabalhado (já computadas a ida e a volta), considerando o ponto de embarque/desembarque (Rua 40 com Av. Goiás), com base na medição realizada pelo Oficial de Justiça nos autos da RT n. 1.146/2010 e na prova emprestada do autos da RT n. 1.235/2010. Por fim, insta ressaltar que a situação jurídica dos empregados da reclamada é distinta dos demais trabalhadores urbanos que utilizam condução até o trabalho, sendo que o tratamento diferenciado de suas relações de trabalho não implica violação ao princípio da igualdade. Diante da fundamentação expendida, restam incólumes os arts. 5º, II, e 7º, XXVI, da CF/88. Por sua natureza salarial, as horas 'in itinere' deferidas produzem reflexos DSR's, 13ºs salários, férias + 1/3 e no FGTS + 40%. Mantenho." (TRT 18 – RO n. 0000185-11.2011.5.18.0201, Desª Elza Cândida daSilveira, Julgado em 29.7.2011.)

De tudo o que se disse, posso concluir o seguinte: 1) não há qualquer óbice para a empresa ré registrar o tempo de trajeto de seus empregados das lavouras e das usinas, utilizando os mesmos equipamentos portáteis utilizados atualmente; 2) a reclamada tem a obrigação de fazer o registro do tempo de trajeto (horas *in itinere*); 3) o tempo de 30 minutos por trajeto de ida ou de volta, totalizando 01 h por dia, é desproporcionalmente inferior ao tempo despendido em trajeto pelos trabalhadores de todas as unidades da ré; 4) a BRENCO deve pagar as horas *in itinere* conforme medição real e fidedigna dos tempos de viagem; 5) não há transporte público para as lavouras que se espalham por centenas de quilômetros de vários municípios dos estados de Goiás, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul; 6) as linhas de transporte instituídas para as usinas de Costa Rica-MS e Morro Vermelho-GO, não

atendem efetivamente ao conceito de transporte urbano público coletivo, pois possuem preços, horários e frota incompatíveis com o uso diário pelos trabalhadores, não se tratando de mera insuficiência do transporte; 7) não há transporte público coletivo para a usina de Água Emendada; 8) a empresa não provou que, aplicando a teoria do conglobamento, o exame sistemático das normas coletivas trazidas aos autos justificaria a limitação do pagamento de horas *in itinere*, portanto, é abusiva a limitação do direito constitucional de duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais; 9) as convenções e acordos coletivos dos industriários não se aplicam aos empregados da empresa ré, por força do art. 3º § 1º da Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973.

Por todas essas razões, declaro a inaplicabilidade aos empregados da reclamada das convenções e acordos coletivos dos industriários e, incidentalmente, declaro a invalidade/ineficácia de todas as cláusulas dos instrumentos coletivos firmados pelas entidades sindicais de trabalhadores rurais, apresentados pela reclamada, que pré-fixam ou limitam o pagamento de horas *in itinere* (Cláusula 28ª da CCT 2011/2012, subscrita pela Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado de Goiás, fls. 468-493; Cláusula 4ª do ACT 2009/2011 subscrita pela Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado de Mato Grosso do Sul, fls. 444-447; Cláusula 4ª do ACT 2009/2011 subscrita pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Paranaíba-MS, fls. 447-449; Cláusula 29ª do ACT 2011/2012 firmado pela Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado de Mato Grosso e com o Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Alto Araguaia-MT, fls. 450-466).

TEMPO À DISPOSIÇÃO – PAGAMENTO

O MPT requereu a condenação da BRENCO ao pagamento integral do tempo em que os seus empregados permanecem à sua disposição, aí incluídos os períodos em que

o trabalhador estiver realizando, entre outras atividades, a limpeza, colocação e retirada de EPIs e materiais de trabalho, tomando café, lanche e demais refeições e, por fim, estiver esperando, ao final da jornada, o transporte fornecido pela empregadora.

Em defesa, a ré alegou que o Termo de Inspeção Judicial realizada pelo MM. Juiz Titular da Vara do Trabalho de Mineiros-GO, Dr. Fabiano Coelho de Souza, constatou a inexistência de tempo à disposição não remunerado. Disse também que seus empregados têm o registro do ponto efetuado no momento em que desembarcam do ônibus no início da jornada e ao final da jornada no momento em que o ônibus inicia a viagem de retorno.

Contudo, e contradizendo suas alegações iniciais de defesa nesse ponto, a BRENCO sustentou (fl. 386) que a pretensão de registro do tempo de espera dos trabalhadores, após terem batido o ponto, *“não encontra qualquer previsão legal que a ampare, posto que no tempo de espera não enseja sequer expectativa de trabalho no momento em que os empregados estão no ônibus que os levam para a casa”*, disse também que *“o tempo destinado à higienização e guarda de EPIs não enseja tempo à disposição do empregador, posto que não o trabalhador não mais está aguardando ordens de serviço”*.

Diante das afirmações da defesa, considero incontroverso que a BRENCO não registra nos cartões de ponto de seus empregados o tempo destinado à retirada, higienização e guarda de EPI's, troca de turno e espera para embarque, no final da jornada.

A Súmula n. 429 do TST considera como tempo à disposição do empregador, na forma do art. 4º da CLT, o tempo necessário ao deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho, desde que supere o limite de 10 (dez) minutos diários. Com mais razão, deve ser considerado como tempo à disposição aquele destinado à troca de turno (passagem do serviço de uma para outra equipe), retirada, higienização e guarda de EPIs etc.

No mesmo sentido e ainda mais específica, a Súmula n. 17 do TRT-18 dispõe que *“O tempo de espera ao final da jornada é considerado à disposição, se o trabalhador depende, exclusivamente, do transporte fornecido pelo empregador”*.

O Termo de Inspeção Judicial realizada pelo MM. Juiz Titular da Vara do Trabalho de Mineiros-GO, Dr. Fabiano Coelho de Souza, não exclui a ocorrência fática de situações nas quais o tempo de embarque e início da viagem de retorno é superior a 10 minutos. Primeiro, porque não foram inspecionadas todas as frentes de serviço; segundo porque não houve acompanhamento específico de embarque e viagem ao final da jornada nas várias frentes de serviço.

São muitos os depoimentos de testemunhas no sentido de que o tempo à disposição ao final do expediente não é registrado no cartão de ponto e, por isso, não é pago pela empresa ré. Dentre aqueles trazidos aos autos pelo MPT, transcrevo os seguintes, apenas exemplificativamente:

RTSum-0001113.89.2011.5.18.0191 (prova emprestada RT 344/2011)

Depoimento de ADEMILSON BORGES DOS SANTOS: *“que as atividades encerram na lavoura às 16 h; que até o ônibus sair variava de 45 min a 1 hora, dependendo do dia; que demorava esse tempo tendo em vista que algum trabalhador, algumas vezes, demorava um pouco mais para lavar equipamentos e guardar EPIs.”*

RTSum-01524-2011-191-18-00-0 (prova emprestada RT 1409/2011)

Depoimento de HUGO DELOAN SOARES AQUINO: *“que ao término do trabalho, no turno vespertino, aguardavam a troca de turno por volta de 30 minutos para depois iniciarem a viagem de retorno; que nos outros turnos também havia troca de turno.”*

Para mim, é bastante claro que o tempo à disposição, após o registro do ponto ao final

da jornada, não ocorre de modo uniforme e idêntico em todas as frentes de trabalho, havendo situações em que o embarque ao final da jornada é imediato, após o registro do ponto, e outras situações nas quais ocorre demora para o início da viagem, em razão de troca de turno, retirada e lavagem de EPI, parada na usina, etc. Esse tempo de espera ou demora ao final da jornada depende do tipo de trabalho executado e até do método de trabalho de cada líder de frente.

O depoimento do supervisor Herivelton Lobo, fls. 972-973, não leva ao convencimento de que em todas as frentes de trabalho, sem exceção, o embarque e viagem de retorno ocorram imediatamente após o registro ponto. Essa testemunha mostrou desconhecer a realidade das frentes de serviço, entre outras coisas, por não usar o transporte e não saber os itinerários das linhas, além de ter declarado que o ponto final dos ônibus “de transporte público” que atendem a unidade de Água Emendada é na cidade de Perolândia, embora os documentos trazidos pela ré façam prova de que trata-se da linha intermunicipal n. 516, Mineiros/Aragarças e não de transporte urbano público coletivo com ponto final em Perolândia.

As declarações da testemunha Severino Antônio da Silva (794), que também é supervisor e tem atribuições de gestor na empresa ré, não são convincentes porque são generalizantes e não específicas, tais como “*o tempo de espera para seguir viagem de retorno, ao final da jornada é o estritamente necessário para bater o ponto e embarcar*”.

Na RT 00059-2013-191-18-00-2, à fl. 329, o preposto da BRENCO confessou que, no caso de operadores de máquinas, há o procedimento chamado “troca de turno com ônibus em movimento”, nas palavras do preposto:

“[...] é feita troca de turno com ônibus em movimento; esclarecendo, ocorre troca de turno em movimento quando o ônibus embarca trabalhadores que estão nas máquinas distantes da área de vivência; o ônibus vai

até o ponto final da frente de serviço e retorna recolhendo os trabalhadores ao longo da linha, seguindo para MINEIROS; o ônibus leva 20 min no máximo para embarcar todos os trabalhadores [...]”

Portanto, a empresa deve sempre e em todos os casos registrar o tempo despendido pelos trabalhadores com qualquer atividade posterior ao encerramento do trabalho na lavoura ou na usina, especialmente aquele destinado à troca de turno (passagem do serviço de uma para outra equipe), retirada, higienização e guarda de EPIs, apontamento de horas, parada na usina para qualquer tipo de providência, etc.

OBRIGAÇÕES DE FAZER

Por todas as razões expendidas acima, defiro os pedidos do Ministério Público do Trabalho para condenar a empresa ré ao cumprimento das seguintes obrigações:

- 1) Fazer, o enquadramento de todos os seus empregados na categoria de trabalhadores rurais, aplicando aos respectivos contratos as normas convencionais e legais relativas aos rurais;
- 2) Consignar em registro mecânico, manual ou eletrônico, os horários de início e término das horas *in itinere*;
- 3) Pagar, com esteio nos registros de ponto as horas *in itinere* efetivamente despendidas por seus empregados, inclusive com o adicional de horas extras, quando a jornada diária, incluídas as horas *in itinere* e horas à disposição, for superior a 08 horas ou a jornada semanal incluídas as horas *in itinere* e horas à disposição for superior a 44 horas;
- 4) Consignar em registro mecânico, manual ou sistema eletrônico, os horários de início e término do tempo em que seus empregados permaneceram à sua disposição, aí incluídos os períodos em que o trabalhador estiver realizando, entre outras atividades, troca de turno (passagem do serviço de uma para outra equipe), retirada, higienização e guarda de EPIs e materiais de trabalho,

apontamentos de horas ou lançamento de dados por líderes e apontadores, parada na usina para qualquer tipo de providência, e, por fim, estiver esperando, ao final da jornada, o transporte fornecido pela empregadora;

5) Pagar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido, os valores relativos ao tempo integral em que os seus empregados permanecem à sua disposição, aí incluídos os períodos em que o trabalhador estiver realizando, entre outras atividades, a limpeza, colocação e retirada de EPIs e materiais de trabalho, e, por fim, estiver esperando, ao final da jornada, o transporte fornecido pela empregadora;

6) Pagar multa de R\$ 150.000,00 por mês, no caso de violar qualquer das obrigações de fazer a que foi condenada, até o efetivo cumprimento da obrigação.

EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO

Pelas razões expostas acima, determino a expedição de ofício à Receita Federal do Brasil para que seja alterada a atividade econômica da ré junto aos seus cadastros para todos os efeitos fiscais, especialmente os tributários e previdenciários, a fim de fazer constar como atividade principal de BRENCO — COMPANHIA BRASILEIRA DE ENERGIA RENOVÁVEL o Cultivo de Cana-de-Açúcar.

DANO MORAL COLETIVO

O autor, alegando que a ré viola os valores princípios fundamentais, expressos na Carta Constitucional vigente, dentre outros, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e os valores sociais do trabalho (art. 1º, IV) e se recusa a adequar sua conduta às exigências legais, e arrimando-se em parâmetros apontados pela doutrina para a quantificação da condenação por dano moral coletivo (a natureza, a gravidade e a repercussão da lesão; situação econômica do ofensor; o proveito obtido com a conduta ilícita; o grau da culpa ou do dolo; e o grau de reprovabilidade social

da conduta adotada), pediu a condenação da empresa a pagar indenização não inferior a R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) reversíveis ao Fundo de Amparo ao Trabalhador — FAT, ou a entidades públicas, ou a entidades privadas sem fins lucrativos a serem previamente indicadas pelo MPT.

Em defesa, a empresa ré disse que “não se recusa a cumprir a lei e não desrespeita as normas coletivas e nem mesmo as decisões judiciais”. Alegou também que não há nenhuma prova e nem mesmo simples indício de que não se preocupa com seus empregados ou com a questão social destes e que proporciona a seus empregados as melhores condições de trabalho. Sustentou que não restou demonstrado o cometimento de alguma violação a direito coletivo e de interesse público passível de indenização por dano moral coletivo. Impugnou também o valor pleiteado pelo MPT.

Por fim, a empresa ré pediu, alternativamente, para o caso de ser condenada a pagar indenização por danos morais, a compensação dos valores investidos em prol da comunidade local, no montante de R\$ 1.200.000,00, além da indenização de R\$ 100.000,00 pagos em decorrência do acordo celebrado nos autos da Ação Civil Pública n. 0147700-04.2010.5.23.0021, que tramita perante a Vara do Trabalho de Alto Araguaia-MT.

Passo ao exame desse ponto.

A Vara do Trabalho de Mineiros vive há anos um intenso congestionamento processual de ações oriundas das relações de trabalho estabelecidas pelo BRENCO. Nessas reclamações trabalhistas, invariavelmente, queixam-se os trabalhadores das condições de trabalho, em especial, da baixa qualidade da alimentação servida, das jornadas de trabalho muito extensas, com comprometimento do intervalo entre jornadas e do intervalo semanal, problemas de registro da jornada, ausência de pagamento de horas de trajeto (*in itinere*) e de horas à disposição ao final do expediente, redução ou supressão do intervalo intrajornada etc.

Não se trata de uma ou outra ação judicial com alegações temerárias, mas de uma verdadeira avalanche de ações. Dezenas ou talvez centenas de testemunhas já foram ouvidas, foram feitas inspeções judiciais e inspeções da fiscalização. O grande afluxo de trabalhadores à Justiça do Trabalho para demandar a ré é, por si só, um importante indício de que há problemas graves e persistentes no âmbito das relações de trabalho da BRENCO. Mas, além disso, grande parte das irregularidades foram provadas por depoimentos de dezenas de testemunhas em milhares de processos judiciais e também pelas inspeções judiciais.

A despeito disso, a empresa mantém conduta inflexível, não faz acordos nas ações individuais e suscita sempre muitos incidentes, oferecendo grande resistência nos processos e recorrendo a todas as instâncias possíveis.

A conduta da ré se reveste de particular gravidade porque os abusos no elasticimento da jornada de trabalho, inclusive pelo não registro de horas de trajeto e tempo à disposição após o trabalho na lavoura ou na usina, põe em risco a saúde e segurança de seus trabalhadores. E no caso, são milhares de trabalhadores, distribuídos em vários municípios de 3 estados da federação.

Chama a atenção o fato da ré, ao longo desses anos, ao invés de enquadrar sua conduta gerencial, com estrito respeito aos direitos laborais, princípios e regras constitucionais relativos ao trabalho e às relações econômicas, tem buscado formas de esquivar-se, pactuando com entidades sindicais acordos ou convenções que eliminam ou reduzem direitos e tentam dar foros de legalidade àquilo que está à margem da Lei. Esses pactos com entidades sindicais não arrefeceram o ímpeto da massa de trabalhadores, ao contrário, vive-se hoje em todos os lugares onde a ré possui unidades um ambiente de completa litigiosidade, uma litigiosidade de massa.

A conduta da reclamada resulta em uma grande massa de reclamações trabalhistas.

Somente nesta Vara do Trabalho de Mineiros já tramitaram ou tramitam 2.519 reclamações em face de BRENCO — COMPANHIA BRASILEIRA DE ENERGIA RENOVÁVEL, incluindo as ações ajuizadas em face da empresa controladora ETH BIO PARTICIPAÇÕES S.A. No ano de 2010 foram 369 processos, em 2011 foram 420 processos, em 2012 foram 630 processos e em 2013, até o momento, já são 168 processos.

Não se pode olvidar o fato de a ré ser uma litigante habitual nesta Vara do Trabalho de Mineiros e noutras onde possui unidades, o que induz a conclusão de que a violação de direitos laborais é parte de sua política de gestão de pessoal.

Assim, considero presentes os requisitos fático-jurídicos para a condenação ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, quais sejam, a conduta ilícita, a lesão a interesses, bens e valores coletivos e o nexo de causalidade entre tal conduta e as lesões produzidas.

A legislação brasileira prevê expressamente a possibilidade de condenação ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, em especial no art. 1º, IV da Lei n. 7.347/85, no arts. 5º, V e X da CF/88 e no art. 6º, VI e VII da Lei n. 8.078/90.

A reclamada é uma empresa de grande porte, com expressivo patrimônio e atuação tanto no mercado interno como no mercado internacional. A indenização deve ter efeito sancionatório e também pedagógico, além da finalidade reparadora do dano.

A condenação ao pagamento de indenização por danos morais coletivos deve, sobretudo, estimular a empresa a buscar formas de gestão de pessoal que respeitem os direitos dos trabalhadores e pacifiquem o ambiente de trabalho e o ambiente social em que essas relações laborais estão inseridas. Deve desestimular a litigiosidade ínsita à conduta gerencial da empresa.

Rejeito o pleito da empresa de compensação dos valores supostamente investidos em prol da comunidade local, no montante de R\$ 1.200.000,00 e da indenização de R\$ 100.000,00 pagos em decorrência do acordo celebrado nos autos da Ação Civil Pública n. 0147700-04.2010.5.23.0021, que tramita perante a Vara do Trabalho de Alto Araguaia-MT. No primeiro caso, porque não se pode pensar que os valores investidos pela empresa voluntariamente em qualquer atividade social cria alguma espécie de conta corrente ou de créditos, que lhe permitam violar a lei e ofender direitos coletivos, sem sofrer as consequências. E em ambos os casos (investimentos em ações sociais e pagamento de indenização em outro processual judicial), porque se tratam de fatos e fundamentos distintos, não compensáveis com os pagamentos decorrentes desta ação civil pública.

Por essas razões e tendo em vista que parte dos pedidos foram objeto de pactuação nos autos da Ação Civil Pública n. 0147700-04.2010.5.23.0021, defiro o pedido para condenar a ré ao pagamento de indenização pelo dano moral coletivo no montante de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), devendo tal valor ser revertido para entidades públicas ou filantrópicas dedicadas à educação de crianças e adultos e à assistência a saúde de crianças e idosos, localizadas nos municípios de Mineiros-GO, Perolândia-GO, Portelândia-GO, Alto Taquari-MT, Alto Araguaia-MT, Costa Rica-MS e Paranaíba-MS, a serem oportunamente identificadas pelo Ministério Público do Trabalho.

JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

A atualização monetária será feita tomando-se por base o vencimento das parcelas devidas na época em que deveriam ter sido pagas. Juros moratórios simples de 1% ao mês sobre o montante atualizado monetariamente, a partir da data de ajuizamento da ação, conforme Lei n. 8.177/91. No entanto, quanto aos danos morais, nos termos da Súmula n. 439 do TST

deverá a atualização monetária ser aplicada a partir da data da decisão de arbitramento ou de alteração do valor. Os juros incidirão desde o ajuizamento da ação, nos termos do art. 883 da CLT.

TUTELA ANTECIPADA

O MPT alega que os fundamentos da demanda são relevantes por que a conduta reiterada da requerida adviria efeitos nocivos para os seus obreiros e para a sociedade. Alega também justificado receio de ineficácia do provimento final pelos danos de difícil reparação que continuariam a emanar das ações ilícitas da requerida, uma vez que estarão sob risco grave e imediato a vida, a incolumidade física e mental dos demais empregados da Ré, ante a falta de limitação da jornada de trabalho e a falta de intervalos para descanso.

A ré impugnou o pedido alegando que não estão presentes os requisitos para concessão da tutela antecipada.

Pois bem. Entendo que no caso em exame estão presentes todos os requisitos legais para a concessão da tutela antecipada, ao menos em relação aos pedidos de registro das horas *in itinere*, de registro do tempo à disposição ao final da jornada e de enquadramento dos empregados como trabalhadores rurais.

Mais do que verosimilhança, há a certeza do direito alegado, pois a empresa, nos termos do art. 58, § 2º da CLT, última parte, deve incluir na jornada de trabalho o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno. Também conferem certeza ao direito alegado as prescrições das Súmulas n. 90 do TST e n. 8 do TRT18. Quanto ao enquadramento dos empregados como trabalhadores rurais, o reconhecimento feito nesta sentença confere certeza ao direito alegado.

Há também fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, pois as consequências nefastas do excesso de jornada para a saúde do trabalhador são bastantes conhecidas e conferem à matéria a natureza de direito

indisponível, pois traduzem medidas de medicina e segurança no trabalho (TST, Súmula n. 437 inciso II).

Não há risco de irreversibilidade da medida, em relação ao registro das horas *in itinere* e tempo à disposição ao final da jornada e ao enquadramento dos empregados como trabalhadores rurais, pois o registro é medida indispensável de controle e até de verificação da alegada razoabilidade da pré-fixação das horas *in itinere* em normas coletivas de trabalho e o enquadramento como trabalhadores rurais já era adotado pela empresa antes da mudança de nomenclatura dos cargos.

Por fim, a empresa ré tem meios para fazer tais registros, já que sempre utilizou equipamentos portáteis para fazer o registro da jornada dos empregados que laboram nas lavouras (frentes de serviço). O uso pela BRENCO de equipamentos eletrônicos portáteis para o registro da jornada é fato notório e também foi referido pela testemunha Severino Antônio da Silva (fl. 974).

Assim, presentes os requisitos do art. 273 do CPC e arrimado no art. 84, § 3º da Lei n. 8.078/90, ambos de aplicação subsidiária, defiro o pedido de antecipação de tutela para determinar o cumprimento das seguintes obrigações pela empresa ré, de imediato e independentemente do trânsito em julgado:

7) Fazer, o enquadramento de todos os seus empregados na categoria de trabalhadores rurais, aplicando aos respectivos contratos as normas convencionais e legais relativas aos rurais;

8) Consignar em registro mecânico, manual ou eletrônico, os horários de início e término das horas *in itinere*;

9) Consignar em registro mecânico, manual ou sistema eletrônico, os horários de início e término do tempo em que seus empregados permaneceram à sua disposição, aí incluídos os períodos em que o trabalhador estiver realizando, entre outras atividades, troca de turno (passagem do serviço de uma

para outra equipe), retirada, higienização e guarda de EPIs e materiais de trabalho, apontamentos de horas ou lançamento de dados por líderes e apontadores, parada na usina para qualquer tipo de providência, e, por fim, estiver esperando, ao final da jornada, o transporte fornecido pela empregadora;

10) Pagar multa de R\$ 150.000,00 por mês, no caso de violar qualquer das obrigações de fazer indicadas acima, até o efetivo cumprimento da obrigação.

Indefiro o pedido de antecipação da tutela de mérito em relação aos pleitos de pagamento das horas *in itinere* efetivamente despendidas pelos empregados da ré e do tempo integral em que esses empregados permanecem à disposição da empresa, aí incluídos os períodos em que o trabalhador estiver realizando, entre outras atividades, a limpeza, colocação e retirada de EPIs e materiais de trabalho, e, por fim, estiver esperando, ao final da jornada, o transporte fornecido pela empregadora, por se tratar de medidas, em tese, irreversíveis (art. 273, § 2º do CPC).

III – DISPOSITIVO

Pelas razões expostas e nos termos da fundamentação, rejeito todas as preliminares arguidas pela defesa e julgo PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados por MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO na AÇÃO CIVIL PÚBLICA ajuizada em face de BRENCO — COMPANHIA BRASILEIRA DE ENERGIA RENOVÁVEL para condenar a ré ao cumprimento das seguintes obrigações:

I) Como provimento antecipatório da tutela de mérito, do art. 273 do CPC e arrimado no art. 84, § 3º da Lei n. 8.078/90, ambos de aplicação subsidiária, de imediato e independentemente do trânsito em julgado e sob pena de multa de R\$ 150.000,00 por mês, até o efetivo cumprimento da obrigação:

1. Fazer, o enquadramento de todos os seus empregados na categoria de trabalhadores

rurais, aplicando aos respectivos contratos as normas convencionais e legais relativas aos rurais;

2. Consignar em registro mecânico, manual ou eletrônico, os horários de início e término das horas *in itinere*;

3. Consignar em registro mecânico, manual ou sistema eletrônico, os horários de início e término do tempo em que seus empregados permaneceram à sua disposição, aí incluídos os períodos em que o trabalhador estiver realizando, entre outras atividades, troca de turno (passagem do serviço de uma para outra equipe), retirada, higienização e guarda de EPI's e materiais de trabalho, apontamentos de horas ou lançamento de dados por líderes e apontadores, parada na usina para qualquer tipo de providência, e, por fim, estiver esperando, ao final da jornada, o transporte fornecido pela empregadora.

II) Como provimento final e ratificando a antecipação de tutela:

1. Fazer o enquadramento de todos os seus empregados na categoria de trabalhadores rurais, aplicando aos respectivos contratos as normas convencionais e legais relativas aos rurais;

2. Consignar em registro mecânico, manual ou eletrônico, os horários de início e término das horas *in itinere*;

3. Pagar, com esteio nos registros de ponto as horas *in itinere* efetivamente despendidas por seus empregados, inclusive com o adicional de horas extras, quando a jornada diária, incluídas as horas *in itinere* e horas à disposição, for superior a 08 horas ou a jornada semanal incluídas as horas *in itinere* e horas à disposição for superior a 44 horas;

4. Consignar em registro mecânico, manual ou sistema eletrônico, os horários de início e término do tempo em que seus empregados permaneceram à sua disposição, aí incluídos os períodos em que o trabalhador

estiver realizando, entre outras atividades, troca de turno (passagem do serviço de uma para outra equipe), retirada, higienização e guarda de EPIs e materiais de trabalho, apontamentos de horas ou lançamento de dados por líderes e apontadores, parada na usina para qualquer tipo de providência, e, por fim, estiver esperando, ao final da jornada, o transporte fornecido pela empregadora;

5. Pagar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido, os valores relativos ao tempo integral em que os seus empregados permanecem à sua disposição, aí incluídos os períodos em que o trabalhador estiver realizando, entre outras atividades, troca de turno (passagem do serviço de uma para outra equipe), retirada, higienização e guarda de EPIs e materiais de trabalho, apontamentos de horas ou lançamento de dados por líderes e apontadores, parada na usina para qualquer tipo de providência, e, por fim, estiver esperando, ao final da jornada, o transporte fornecido pela empregadora;

6. Pagar multa de R\$ 150.000,00 por mês, no caso de violar qualquer das obrigações de fazer a que foi condenada, até o efetivo cumprimento da obrigação;

7. Pagar indenização pelo dano moral coletivo no montante de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), devendo tal valor ser revertido para entidades públicas ou filantrópicas dedicadas à educação de crianças e adultos e à assistência a saúde de crianças e idosos, localizadas nos municípios de Mineiros-GO, Perolândia-GO, Portelândia-GO, Alto Taquari-MT, Alto Araguaia-MT, Costa Rica-MS e Paranaíba-MS, a serem oportunamente identificadas pelo Ministério Público do Trabalho.

Determino a expedição de ofício à Receita Federal do Brasil para que seja alterada a atividade econômica da ré junto aos seus cadastros para todos os efeitos fiscais, especialmente os tributários e previdenciários, a fim de fazer

constar como atividade principal de BRENCO — COMPANHIA BRASILEIRA DE ENERGIA RENOVÁVEL o Cultivo de Cana-de-Açúcar.

Correção monetária e juros moratórios, conforme a fundamentação. Não há incidência de imposto de renda ou de contribuições previdenciárias. Custas pela ré no importe de R\$ 40.000,00.

A reclamada deverá ser intimada exclusivamente na pessoa do advogado MARCOS RENATO GELSI DOS SANTOS, OAB/SP n. 151.714.

Intimem-se as partes.

RUI B. DE CARVALHO SANTOS

Juiz do Trabalho Substituto

Vara do Trabalho de Almenara – MG

Processo n.: 0000278-97.2013.5.03.0046

Natureza: Reclamação Trabalhista – Acidente do Trabalho – Rito Ordinário

Reclamante: Clemente Andrade Pardiniho

1ª Reclamada: Engeluz – Construções Ltda. – EPP

2ª Reclamada: Cemig Distribuição S/A.

Distribuição: 23.4.2013

Julgamento: 22.4.2014

Juiz: José Barbosa Neto Fonseca Suett

Vistos os autos, passo ao julgamento.

S E N T E N Ç A

1. RELATÓRIO

CLEMENTE ANDRADE PARDINHO ajuizou a presente reclamação trabalhista, em 23.4.2013, contra ENGELUZ – CONSTRUÇÕES LTDA. – EPP e CEMIG DISTRIBUIÇÃO S/A., todos qualificados nos autos, expondo, em síntese, que: (i) laborou para a 1ª Reclamada em dois períodos, sendo de 27.8.2010 a 6.12.2010, nas funções de Foiceiro, e, de 27.10.2010 a 1º.6.2012, inicialmente nas funções de Foiceiro alterada para Operador de Motosserra, a qual realmente exerceu, sempre foi remunerado com um salário mínimo mensal e sempre laborou na limpeza de rede elétrica da 2ª Reclamada executando poda e corte de árvores sob a rede na zona rural; (ii) em razão de sua aposentadoria por invalidez, teve seu segundo contrato de trabalho rescindido pela 1ª Reclamada, contudo, não foram pagas as verbas rescisórias de 13º salário e férias + 1/3, nem entregou a documentação necessária ao levantamento do FGTS + multa de 40%, sendo devido a multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT; (iii) apesar de laborar exposto a periculosidade por risco de energia elétrica,

não foi pago o adicional respectivo e reflexos nas verbas que menciona; (iv) laborou em sobrejornada, domingos e feriados e não foi paga a contraprestação pecuniária devida; (v) os locais de trabalho eram de acesso difícil e não servido por transporte público, sendo conduzido em veículo da 1ª Reclamada, contudo, o tempo de trajeto de ida e volta não era computado na jornada de trabalho; (vi) nos locais de trabalho não havia instalações sanitárias, não era fornecido papel higiênico nem sabonete e não havia local apropriado para tomar as refeições com mesa e cadeiras, afrontando a dignidade da pessoa humana, pelo que postula indenização por danos morais; foi vítima de acidente do trabalho em 5.5.2011, tendo sido atingido por uma corrente elétrica durante cerca de 15 minutos ao cortar um galho de árvore que está encostado na rede elétrica, sofrendo amputação dos membros inferiores e queimaduras graves por todo o corpo, conforme fotografias que anexa, com graves danos estéticos, pelo que ficou incapacitado para o trabalho de forma permanente e aposentado por invalidez acidentária pelo INSS, estando ainda impossibilitado de atividades de lazer anteriores, pelo que sofreu danos morais, físicos/estéticos e materiais (emergentes e

lucros cessantes); sofreu o acidente por culpa das Reclamadas que deixaram de oferecer treinamento adequado, falta de isolamento do local energizado, falta de EPIs adequados, inobservância da NR-10 da Portaria n. 3.214 do MTE; foi emitida a CAT pela 1ª Reclamada e ficou afastado do trabalho até 9.4.2012 sendo concedida a aposentadoria por invalidez decorrente do acidente do trabalho; (viii) tendo laborado no corte e poda de árvores sob as redes elétricas da 2ª Reclamada, esta, na condição de tomadora dos serviços da 1ª Reclamada, deve responder subsidiariamente pelas parcelas que forem deferidas. Postulou o reclamante condenação da 1ª Reclamada no pagamento das verbas de: multa do art. 477, § 8º da CLT, férias integrais e proporcionais com 1/3 indenizadas, 13º salário proporcional/2012, adicional de periculosidade, horas extras e horas *in itinere* com reflexos nas parcelas que indica, indenização por dano moral decorrente de condição degradante no ambiente laboral, indenização por danos morais, morfológicos, fisiológicos e estéticos, pensão mensal de 01 salário mínimo mensal até completar 73 anos de idade em parcela única, despesas de tratamento, domingos e feriados laborados e multa do art. 467 da CLT, elencadas no pedido às fls. 18/19 da inicial, com correção monetária e juros de mora, com condenação subsidiária da 2ª Reclamada, na condição de tomadora dos serviços de sua ex-empregadora, por ter se beneficiado diretamente de sua força de trabalho, pelo adimplemento das verbas trabalhistas. Requereu, ainda, o Reclamante: condenação da 1ª Reclamada na obrigação de fornecer a CD/Seguro-desemprego para habilitação ao benefício, o TRCT com código de dispensa sem justa causa e a chave de conectividade social para levantamento do FGTS mais multa de 40%; e concessão dos benefícios da justiça gratuita; oportunidade para produção de todos os meios de prova que especificou. Atribuiu à causa o valor de R\$ 1.000.000,00. Juntou documentos (fls. 21/66) e Procuração (fl. 66), Substabelecimento sem reservas (fl. 875).

Na audiência inicial, realizada em 9.5.2013 (Ata, fl. 70), compareceram as partes e restando infrutífera a conciliação a 1ª Reclamada apresentou defesa escrita (fls. 71/93) refutando as alegações autorais e a pretensão consubstanciada no pedido formulado na petição inicial, pelas razões de fato e direito que expendeu e nos documentos que juntou, contestou os pedidos e pugnou pela improcedência. Com arrimo no princípio da eventualidade, requereu, no caso de procedência total ou parcial da pretensão, que: (i) seja observada a compensação de valores pagos; (ii) sejam autorizados os descontos previdenciários e fiscais na forma legal; (iii) a correção monetária e os juros, sejam na forma da lei e jurisprudência que aponta; (iv) sejam observadas os critérios, limitações e restrições conforme indicado na defesa. Juntou documentos (fls. 94/319, 328/330), Atos constitutivos (fls. 320/324), Alvará (fl. 325), Inscrição Estadual (fl. 326), CNPJ (fl. 327) Procuração (fl. 331) e Carta de preposição (fl. 921).

Na mesma audiência, a 2ª Reclamada apresentou defesa escrita (fls. 332/369) arguindo em sede de preliminar, nessa ordem: impugnação ao valor da causa, por entender que foi fixado de forma aleatória e desbordar da lei; ilegitimidade passiva *ad causam*, pelo fato de o Reclamante não ter sido seu empregado e falta de base legal; suspensão do processo até que seja julgado o Recurso Extraordinário n. 603.397 pelo Egrégio STF pelas razões que expendeu. No mérito, contestou as alegações insertas na petição inicial e a pretensão consubstanciada no respectivo pedido exordial para sua responsabilização subsidiária, com base nas razões de fato e direito que explicitou, julgados que colacionou e documentos que juntou, contestou as demais alegações e pedidos postos na inicial e, ao fim, requereu seja julgada improcedente a pretensão, e com base no princípio da eventualidade vindicou, no caso de deferimento da pretensão seja observada a compensação. Juntou documentos (fls. 370/735), Cartas de Preposição (fl. 736, 746v., 923), Instrumento de Procuração (fls.

737, 745v.), Substabelecimento (fls. 738, 746), Estatuto Social (fls. 747/755)

A 1ª Reclamada reconheceu ser devedora da quantia de R\$ 345,60 relativamente às verbas especificadas no TRCT que juntou, cujo pagamento efetuado em audiência, outorgando o reclamante a quitação apenas pelo valor recebido (Ata, fl. 70).

Deferida a realização de perícia para apuração do alegado labor em condições de periculosidade e horas *in itinere*, tendo sido nomeado Perito do Juízo o Engenheiro do Trabalho/Médico do Trabalho ELDER VINICIUS RIBEIRO GUEDES e ainda perícia médica, sendo nomeada a Médica do Trabalho Dr^a Polyana Lúcia Santos Rocha, para apuração das sequelas do acidente sofrido pelo autor, e, assinado prazo às partes para indicação de assistentes técnicos e apresentação de quesitos (Ata, fl. 70).

Indicação de assistentes técnicos e apresentação de quesitos pela 2ª Reclamada às fls. 741/744

Manifestação do Reclamante sobre as defesas e documentos juntada às (fls.756/776) e quesitos (fl. 777/780).

Quesitos pela 1ª Reclamada (fls.781/786).

Laudo Pericial de Periculosidade e de Horas *in itinere* juntado pelo Perito Oficial às fls. 794/811 com Anexo fotográfico (fls. 812/816), tendo o reclamante manifestado sua concordância (fl. 820) e a 1ª Reclamada apresentado impugnação às fls. 821/822 acompanhado do Parecer técnico de sua assistente (fls. 823/836) e do seu Técnico de Segurança (fls. 837/840) e transcorrido *in albis* o prazo da 3ª Reclamada.

Esclarecimentos do Perito Oficial com ratificação do Laudo e sua conclusão às fls. 847/853 (frente e verso), sobre os quais se manifestou a 1ª Reclamada (fls. 855/857), tendo sido indeferido pedido de novos esclarecimentos (Despacho de fl. 858), silentes a 2ª Reclamada e Reclamante.

Destituída a Perita Dr^a Polyana Lúcia Santos Rocha, a seu próprio pedido (Certidão, fl. 866)

conforme Despacho de fl. 866 e nomeado Perito o Médico do Trabalho Dr. Fernando Soares Otoni, o qual também foi destituído, a seu pedido (fl. 869 e Despacho de fl. 870), pelo que foi nomeado o Médico do Trabalho Dr. Jorge Amado dos Santos Medina (Despacho, fl. 870).

Juntada, pelo reclamante, de substabelecimento, sem reservas, à fl. 876, em favor da advogada Maria Brito Mendes.

Laudo Pericial Médico juntado às fls. 878/889, com anexos fotográficos (fls. 890/896), sobre o qual se manifestou a 1ª Reclamada (fls. 900/902) e a 2ª Reclamada (fls. 905/906), silente o Reclamante.

Esclarecimentos do Perito Médico e respostas aos quesitos formulados pela 1ª Reclamada (fls. 911/915), tendo a 1ª Reclamada se manifestado às fls. 916/917 e silentes a 2ª Reclamada e o Reclamante.

Na audiência em prosseguimento de instrução, realizada em 30.1.2014 (Ata, fls. 918/920 – frente/verso), de balde a conciliação, foram colhidos os depoimentos pessoais do Reclamante e do preposto da 1ª Reclamada, sendo, a seguir, ouvida uma testemunha a pedido do reclamante e duas testemunhas a rogo da 1ª Reclamada. Sem outras provas a produzir e requerimentos a apreciar, foi encerrada a instrução processual, seguindo-se as razões finais orais remissivas. Renovada, sem êxito, a derradeira proposta de conciliação, foi designado este julgamento, do qual ficaram cientes as partes na forma da Súmula n. 197 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Convertido o julgamento em diligência, para as providências determinadas na Ata de fl. 926, tendo o Reclamante informado, na petição de fl. 927 que não houve investigação do acidente do trabalho pelo Ministério do Trabalho nem instauração de Inquérito Policial, por conveniência de sua empregadora na época, para que não fosse evidenciada sua culpa no evento acidente, pelo que foi designada audiência de encerramento da instrução, nos termos do Despacho de fl. 926.

Manifestação do reclamante (fl. 927) informando que não houve instauração de inquérito policial nem investigação do acidente pelo Ministério do Trabalho e Emprego, sendo o feito incluído em pauta para encerramento da instrução na forma do Despacho, fl. 929.

Encerrada a instrução (Ata, fl. 930) e designado este julgamento, o qual é novamente convertido em diligência, na forma do art. 765 da CLT, pelos fundamentos exarados no Despacho de fl. 931.

Encerrada a instrução processual (Ata, fl. 933), sendo designado julgamento para o dia 22/04/2014 e determinada a intimação das partes da sentença.

Esse, o relatório. Fundamento e decido a seguir.

2. FUNDAMENTAÇÃO E DECISÃO

2.1. QUESTÕES PRELIMINARES

[...]

2.1.1) Carência de ação. Ilegitimidade passiva “*ad causam*”

A 2ª Reclamada arguiu sua ilegitimidade passiva para causa, ao fundamento de que: não teve relação jurídica de emprego com o reclamante, sendo sua empregadora a 1ª Reclamada conforme consta da própria inicial e porque não pode ser responsabilizada subsidiariamente por obrigações da contratada pelos motivos que aduziu.

Sem razão, contudo.

A parte, no sentido processual, é aquela que pede alguma tutela jurisdicional (parte ativa) e aquela contra quem (parte passiva) é postulada a reparação do direito material supostamente violado.

Pela moderna Teoria da Asserção (*in status assertionis*) do consagrado jusprocessualista ENRICO TULLIO LIEBMAN, adotada no Código de Processo Civil de 1973 (cf. Exposição de motivos), por seu também notável discípulo brasileiro ALFREDO BUZAID, para a legitimação passiva *ad causam* (legitimidade

passiva para a causa), basta a simples indicação, pela parte autora, da parte ré que entende ser a devedora (direta ou indireta) da obrigação inerente à relação jurídica de direito material, contra quem postula a tutela jurisdicional.

Como ensina ISIS DE ALMEIDA⁽¹⁾, a legitimação para a causa

“(...) presume que as partes em litígio se identifiquem, respectivamente, com a pessoa do autor e com a pessoa do réu, ou seja, aquele como titular ou pretensão titular do direito ofendido ou ameaçado, e este como aquele que teria causado a ofensa ou a ameaça, ou, pelo menos, fosse o responsável pela ação ou omissão de que resultara uma ou outra. Assim, a ação pode existir, mesmo quando o autor não tenha o direito que pleiteia. O que é indispensável é o preenchimento das “condições” — condições que são mencionadas, expressamente, o item VI, do art. 267 do CPC.”

É que, em sendo a ação um direito público subjetivo de caráter autônomo (garantido constitucionalmente, *rectius* CF/1988, art. 5º, XXXIV, “a”; XXXV), a legitimação para a causa (ativa ou passiva) é aferida em abstrato — salvo as exceções legais — ou seja, desconectado do direito material, porquanto dirigida em face do Estado-Juiz para que se manifeste acerca do mérito da causa. Como preleciona o notável LUIZ GUILHERME MARINONI, para a moderna Teoria da Asserção, “o que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito” (in “Novas linhas do processo civil”. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 212).

Em suma: a análise/aferição da legitimidade ativa ou passiva para a causa ocorre sem ainda perquirir sobre a questão de fundo (o mérito da pretensão quanto ao direito material deduzido em juízo), observando-se a forma gizada na legislação processual, independentemente

(1) In “Manual de direito processual do trabalho”. 1ª vol., 10. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 282.

da existência ou inexistência do direito material vindicado.

Assim, qualquer pessoa titular de um direito (ou que pretensamente diz sê-lo), tem legitimidade *ad causam* (legitimação ativa) para propor ação contra qualquer outra pessoa física ou jurídica ou ente despersonalizado que entenda ser o titular da obrigação, direta ou indiretamente (legitimação passiva), independentemente da análise do mérito das alegações contidas na petição inicial inerente ao direito material perseguido. Significa: a parte legítima passiva para a causa é aquela que a parte autora entende esteja obrigada direta ou indiretamente ao atendimento da pretensão de direito material que postula seja reconhecida pelo Estado-juiz.

Nessas condições, apontada Reclamada, na inicial, como sendo titular da obrigação, na qualidade de responsável pela satisfação do direito material postulado pela parte autora, está, pois, legitimada para figurar no polo passivo da relação jurídica processual. A par disso, impende ressaltar que a questão envolvendo a possibilidade de responsabilização subsidiária/solidária da 2ª Reclamada está afeta ao mérito e com este deve ser examinada, circunstância esta que torna inviável o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* para o fim de extinguir o processo sem resolução de mérito, como requerido.

Por essas razões, rejeito a preliminar arguida.

2.1.2) Suspensão do processo

Requeru a 2ª Reclamada (CEMIG) a suspensão do processo, arrimada na alegação de que a SBDI-1 do Colendo TST, resolveu suspender todos os feitos que tratem de Responsabilidade Subsidiária do ente público, tomador de serviços, no caso de não cumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa contratada prestadora dos serviços, até o julgamento pelo Eg. STF do RE n. 603.397 no qual foi reconhecida a repercussão geral.

Sem razão, contudo. A repercussão geral de trata o art. 543-A do CPC não está elencada

como motivo de suspensão do processo no art. 265 do mesmo diploma legal, tramitando nos Juízos de 1º e/ou do 2º Graus.

Dessa forma, o fato de a matéria ter sido reconhecida como de Repercussão Geral não impede o andamento do feito. Ora, não se pode olvidar que a repercussão geral é requisito de admissibilidade dos Recursos Extraordinários, consoante § 3º do art. 102 da CF/88 (EC n. 45/2004) e art. 543-A e 543-B do CPC (acrescentados pela Lei n. 11.418, de 19.12.2006, DOU 20.12.2006), inexistindo norma na Constituição Federal nem Código de Processo Civil, que determinem a suspensão de processos em primeiro ou segundo grau em cujas ações estejam sendo discutidos direitos a serem julgados pelo Egrégio STF em sede de Recurso Extraordinário.

Nesse sentido, já foi decidido:

“REPERCUSSÃO GERAL — RECURSO EXTRAORDINÁRIO — SUSPENSÃO DO PROCESSO — ART. 543-B, § 1º, DO CPC 3 A norma insculpida no § 1º do art. 543-B do CPC destina-se exclusivamente aos Tribunais Superiores, descabendo o sobrestamento do feito nas instâncias originárias, ainda que tenha o Supremo Tribunal Federal, ao analisar previamente o recurso extraordinário que verse sobre questão semelhante, a considerado como de repercussão geral.” (TRT 12ª R. — Ap 01751-2004-009-12-86-2 — 1ª C. — Relª Águeda Maria Lavorato Pereira — DJe 1º.3.2012.)

Ressalto, ainda, não há se falar em suspensão do processo, ainda que se tratasse de ente público ou suas autarquias e fundações, no qual se discute a responsabilidade subsidiária, tendo em vista o já decidido nos autos da ADC — 16 e as alterações procedidas na Súmula n. 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho quando a administração pública direta e indireta é tomadora de serviços por via da terceirização.

Por essas razões, REJEITO o pedido formulado pela 3ª Reclamada para suspensão do processo até o julgamento do RE — 603.397 pelo Egrégio STF.

2.1.3) Impugnação ao valor da causa pela 2ª Reclamada

A 2ª Reclamada impugnou o valor da causa atribuído na inicial argumentando que foi indicado de forma aleatória, desbordando da lei.

Novamente sem razão a 2ª Reclamada.

A impugnação ao valor da causa só tem cabimento no Processo do Trabalho quando a inicial for omissa e o Juiz fixar o valor, *ex officio*, até o dobro do salário mínimo legal, cabendo à parte, nesse caso, oferecer impugnação em sede de razões finais, e, sendo mantido o valor pelo juiz, requerer a revisão ao Presidente do Eg. Tribunal Regional do Trabalho (Lei n. 5.584, § 1º do art. 2º).

De outro tanto, o valor da causa atribuído na petição inicial gera efeitos para determinação do rito processual a ser observado (sumário ou de alçada, quando fixado até 2 (dois) salários mínimos; sumaríssimo, quando superior a 2 (dois) salários mínimos até 40 (quarenta) salários mínimos; e, ordinário quando for superior a 40 (quarenta) salários mínimos).

No presente caso, como o valor atribuído à causa na inicial é superior a dois salários mínimos, não tem cabimento a impugnação ao valor da causa lançada na defesa, uma vez que possibilita à parte reclamada a recorribilidade e ampla devolutibilidade, podendo aviar o recurso cabível na eventualidade procedência total ou parcial da pretensão formulada na petição inicial, inexistindo prejuízo de ordem processual (Lei n. 5.584/70, § 4º, do art. 2º), independentemente do valor da condenação.

De outra parte, ainda que a reclamada entenda que seja excessivo o valor da causa, isso não lhe acarreta nenhum prejuízo de ordem material, porquanto, no caso de deferimento de qualquer parcela, o respectivo valor será apurado em liquidação de sentença, garantindo-se-lhe o direito à ampla defesa e ao contraditório (CLT, art. 879), bem como na hipótese de sentença líquida, quando poderá impugnar, em sede de recurso ordinário (CLT, art. 895, I),

inclusive os valores das verbas deferidas que estejam incorretamente calculadas pelo juízo.

E mesmo que entenda a parte reclamada que seja excessivo o valor atribuído à causa, não se olvidar que representa uma mera estimativa da expressão econômica da pretensão da parte autora, nos termos do art. 259, II do CPC. E, nessa hipótese, falta até mesmo interesse jurídico à parte reclamada para impugnar o valor da causa, uma vez que o valor da causa é a base de cálculo das custas processuais quando houver extinção do processo, sem resolução de mérito, ou quando julgado totalmente improcedente o pedido (CLT, art. 789, II).

Rejeito a impugnação e mantenho o valor indicado à causa na petição inicial.

2.2. MÉRITO

Estando, pois, presentes todos os pressupostos objetivos e subjetivos para a constituição e desenvolvimento válidos e eficazes da relação processual (competência do juízo e insuspeição; citação válida, regularidade da petição inicial; inexistência de perempção provisória, coisa julgada e litispendência; a capacidade *ad processum* e *ad causam* dos litigantes) e as demais condições da ação (possibilidade jurídica dos pedidos, a legitimidade das partes e o interesse processual) para a admissibilidade do exame do mérito, passo à análise da pretensão consubstanciada na petição inicial, à luz da litiscontestação, dos elementos de prova dos autos e dos limites dados pelo pedido exordial (CPC, arts. 128, 293 e 460).

2.2.1) Adicional de Periculosidade. Reflexos. [...]

2.2.2) Horas extras excedentes da 8ª diária e 44ª semanal com adicional de 50% em dias úteis e de 100% em domingos e feriados. Reflexos. Domingos e feriados em dobro. [...]

2.2.3) Horas extras “in itinere” com adicional de 50% em dias úteis e de 100% em domingos e feriados. Reflexos.

[...]

2.2.4) Domingos e feriados. Remuneração em dobro.

[...]

2.2.5) Verbas rescisórias: Férias +1/3 integrais e proporcionais e 13º Salário/2012 (5/12). Fornecimento TRCT/01 e Chave de conectividade social para saque do FGTS, sob pena de indenização substitutiva.

[...]

2.2.6) Acidente do trabalho. Caracterização. Danos morais, físicos/estéticos e materiais. Indenizações. Responsabilidade Civil do Empregador.

O reclamante, postulou a condenação das reclamadas no pagamento de indenização por (i) danos morais no importe correspondente a 500 salários mínimos, (ii) indenização por danos morfológicos, fisiológicos, estéticos e psicológicos no mesmo valor retro, (iii) pensão mensal no valor de um salário mínimo acrescido do adicional de periculosidade, até completar 73 anos de idade, com pagamento de uma só vez ou seja aplicado o art. 475-Q do CPC e (iv) pagamento das despesas de tratamento no valor de R\$300.000,00. Argumentou o autor em decorrência do acidente teve suas duas pernas amputadas, sofreu queimaduras graves e está incapacitado para o trabalho, estando aposentado por invalidez, asseverando ainda que o infortúnio ocorreu por culpa das reclamadas que não observaram as normas de segurança do trabalho. Acrescenta que sofreu danos físicos, estéticos, pela amputação dos membros inferiores, estando hoje em uma cadeira de rodas, cicatrizes permanentes, conforme fotografias que junta, sofrendo hoje limitações para convivência social e familiar para o lazer, pelas sequelas do acidente. Ressalta que sofreu danos materiais – lucros cessantes pela perda da capacidade laborativa permanente – que gerou perda de sua renda. Destaca que sofreu danos morais decorrentes

das sequelas deixadas pelo acidente, que vem causando dor, angústia, baixa autoestima. Enfim, diz que foram indicadas duas próteses com custo orçado em R\$ 288.380,00 além de custos com tratamento fisioterápico, não tendo um veículo para seus deslocamentos que serão necessários.

A 1ª Reclamada, em sua defesa, aduziu, em linhas gerais, que não se houve com culpa na efetivação do evento, tendo sempre se pautado no cumprimento das normas, especialmente para evitar acidentes do trabalho, tendo fornecido os treinamentos necessários e cursos de segurança em energia elétrica e atividade como motosserra. Asseverou que não incorreu em qualquer ilícito, tendo o acidente ocorrido por desídia do próprio reclamante, conforme apurado na investigação do acidente que anexou, tendo o obreiro desobedecido a ordem do seu superior para não fazer o corte do galho mais alto da árvore, o que culminou com o fatídico acidente. Acrescentou que não lhe pode ser imputada a prática de ato ilícito, pois o motivo que ensejou o acidente foi a desatenção e insubordinação do reclamante ao desobedecer a ordem do seu encarregado, seu superior hierárquico. Disse ainda que não restaram implementos os requisitos legais da responsabilidade civil subjetiva, devendo ser julgada improcedente a pretensão autoral. Enfim, salienta que as indenizações pretendidas não podem ter o fito de enriquecimento, devendo, na eventualidade de condenação aplicar-se o princípio da razoabilidade, moderação e da equidade, uma vez que o autor pretende uma indenização milionária. Argumentou, ainda, que não caso de pensão mensal, não se aplica o art. 950 do Código Civil/2002, pelas razões que expendeu e que o pensionamento só deveria subsistir até 65 anos de idade e no valor correspondente a 1/3 do salário mínimo, tendo acrescentado, também, que não há se falar em indenização/custeio de despesas de tratamento, porque deve ser suportado pelo Estado, inclusive no que diz respeito a próteses.

Analiso por partes.

2.2.6. 1) Acidente de trabalho-tipo.

Definição legal. Caracterização. Danos morais e materiais que podem advir do acidente de trabalho

A Lei n. 8.213/91, em vigor, traz no seu art. 19, a definição de acidente do trabalho-tipo como “(...) o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.”

Acentua SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA⁽²⁾ que na dicção do art. 19, da Lei n. 8.213/91, para a caracterização do acidente do trabalho, exige a lei que “(...) o evento decorra do exercício do trabalho a serviço da empresa... é necessário que entre a atividade do empregado e o acidente haja uma relação de causa e efeito, também chamada de nexó etiológico ou nexó causal... É da essência do conceito de acidente do trabalho que haja lesão corporal ou perturbação funcional... é necessário, para completar o conceito de acidente do trabalho, que o evento acarrete a morte, ou a perda ou a redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.”

Observa, ainda, SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA que para a caracterização do acidente do trabalho, há uma sequência lógica, a saber: “(...) trabalho de um empregado, durante o qual ocorre acidente, que provoca lesão ou perturbação funcional, que acarreta a morte ou a incapacidade para o trabalho, podendo esta ser total, parcial ou temporária. (Trabalho — acidente — morte, lesão ou perturbação funcional — incapacidade).”⁽³⁾

Destarte, o acidente do trabalho-tipo, caracteriza-se pelo evento-danoso súbito, que acarreta perturbação funcional — física ou mental — ou lesão corporal, ou ainda, resulta

em morte ou incapacidade laborativa — temporária ou permanente, total ou parcial.

No caso dos autos, não reina controvérsia quanto ao acidente de trabalho do qual foi vítima o reclamante na data de 5.5.2011, consoante Comunicação de Acidente do Trabalho (CAT, fls. 36 e 226) emitida pela 1ª Reclamada, ocorrido quando o obreiro, no exercício das funções de Operador de Motosserra, sofreu uma descarga elétrica provinda da Linha de Transmissão ao cortar uma árvore comprida (*vide* fotografias fls. 149/150) que, ao ser cortada, pendeu para o lado de dentro da faixa de servidão atingiu a Linha de Transmissão, do qual resultou, conforme Laudo Pericial Médico do Perito Oficial de fls. 878/895, complementado pelos Esclarecimentos de fls. 911/914) as seguintes sequelas: (1) a amputação dos membros inferiores com coto no nível da raiz da coxa do membro inferior esquerdo e coto um pouco maior no membro inferior direito, consoante fotografias que integram o Laudo, (2) queimaduras graves de 2º e 3º graus com dano estético permanente com plástica de mal aspecto no antebraço esquerdo, (3) lesão incapacitante no punho esquerdo; (4) incapacidade laborativa total e permanente para a função que exercia e para qualquer outra atividade, devido ao perfil profissiográfico do obreiro, sua pouca instrução e a dificuldade para uma nova atividade devido a sua situação atual de deficiente físico.

Nessas condições, está inequivocamente configurado o acidente de trabalho tipo de que trata o art. 19 da Lei n. 8.213/91, uma vez que claramente evidenciado o nexó direto de causalidade do evento-acidente com o trabalho que estava sendo desenvolvido pelo reclamante no momento de sua ocorrência, *ex vi* do contrato de trabalho existente com a reclamada, bem como a relação direta de causa e efeito entre o acidente e a lesão ocasionada no reclamante.

No que toca aos danos, em sentido amplo, que podem advir do acidente de trabalho,

(2) *Op. cit.*, p. 44

(3) *Op. cit.*, p. 45

destaco da doutrina de CLEBER LÚCIO DE ALMEIDA⁽⁴⁾, em breve síntese:

a) danos patrimoniais (ou materiais) emergentes/lucros cessantes: (i) ao próprio trabalhador, tais como, despesas com tratamento médico, redução da capacidade laboral que pode gerar prejuízos ao valor do seu trabalho e à possibilidade de recolocação no mercado de trabalho, e perda da capacidade para o trabalho, afetando o crescimento profissional e social do trabalhador; (ii) aos dependentes do empregado, no caso de acidente pela perda de renda;

b) danos morais: (i) ao próprio obreiro acidente, pela dor e sofrimento interior, angústia, baixa autoestima, sentimento de improdutividade e inutilidade nas relações sociais e familiares, em especial quando ocorre incapacidade laborativa para as funções antes exercidas, perda substancial da capacidade de trabalhar em outras funções, as dificuldades inerentes ao processo de readaptação profissional e de ingresso em nova função no mercado de trabalho, ou ainda quando se verifica precoce aposentadoria por invalidez, entre outros; (ii) aos dependentes e familiares do empregado no caso de acidente fatal, pela perda do cônjuge ou companheiro e pai, filho e irmão etc.;

c) danos físicos e estéticos ao empregado pela perda de um membro do corpo ou sua laceração, aleijões, deformidades, deformações e marcas (cicatrizes), dentre outras.

Colhe-se também da doutrina de SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA⁽⁵⁾ que do acidente de trabalho podem decorrer:

a) dano material: dano emergente ao acidentado (prejuízo imediato e mensurável ao patrimônio da vítima, como despesas de tratamento *lato sensu*); *lucro cessante* (prejuízo com a privação de ganhos futuros,

como salários e progressão na carreira, à luz do princípio da razoabilidade), ou aos dependentes (cônjuge/companheira, filhos, pais), no caso de acidente fatal, pela perda da renda do obreiro falecido;

b) dano moral, à luz da doutrina, Constituição Federal/1988 e novel Código Civil/2002, caracterizado por ofensa a direitos de personalidade do obreiro vitimado, como tudo aquilo que molesta o que há de mais íntimo no ser humano, abrangendo, inclusive, familiares (cônjuge, filhos, pais, irmãos) pela perda do ente querido, no caso de acidente fatal;

c) dano estético (como uma especificidade destacada do dano moral) ao obreiro quando a lesão decorrente do acidente do trabalho compromete ou altera a harmonia física da vítima, pela alteração morfológica, como a perda de algum membro ou mesmo de um dedo, uma cicatriz ou qualquer mudança corporal que causa repulsa, afeição ou apenas desperte atenção por ser diferente.

Na ocorrência desses danos morais, físicos/estéticos e/ou materiais originários do acidente de trabalho, poderá o empregador ser condenado no pagamento das respectivas indenizações, desde que atendidos os demais requisitos legais da responsabilidade civil previstos nos arts. 186 e 927 do Código Civil/2002.

2.2.6.2) Responsabilidade civil do empregador. Requisitos legais (CCB/2002, arts. 186, 927; CF/1988, art. 7º, XXVIII)

A reparação dos prejuízos morais e/ou materiais está prevista no art. 5º, V e X, da Constituição Federal/1988 e nos arts. 944 a 950 do CCB/2002. No entanto, o empregador somente responderá pelo pagamento dessas indenizações se presentes os pressupostos da responsabilidade civil a teor do disposto nos arts. 186, 927 e 932, III do Código Civil/2002 e não evidenciada nenhuma excludente legal da responsabilidade patronal, tais como: caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima.

(4) In: *Responsabilidade civil do empregador e acidente do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

(5) *Op. cit.*, p. 228/266;

Dispõem os arts. 186, 927 *caput*, do CCB/2002:

“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.”

“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.”

“Art. 932 – São também responsáveis pela reparação civil:

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;”

Extraí-se dos precitados dispositivos que o novel Código Civil/2002 contemplou as duas doutrinas da responsabilidade civil, a saber: (1) responsabilidade civil subjetiva, que está assentada na culpa do agente (causador do dano) para que seja responsabilizado pela reparação; (2) responsabilidade civil objetiva, segundo a qual a reparação do dano causado independe de culpa do agente, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

In casu, entendo que se aplica a responsabilidade civil subjetiva que tem na *culpa do agente* (por ação ou omissão) o fundamento da obrigação de reparar os danos ao ofendido, por entender que a atividade da desenvolvida pela 1ª Reclamada (serviços de limpeza de faixa e aceiro, sob as Linhas de Transmissão e Linhas de Distribuição na zona rural, objeto do contrato de prestação de serviços firmado com a 2ª Reclamada), não implica, por sua natureza, grande risco para outrem, conforme exige o parágrafo único do art. 927 do Código Civil/2002.

No que diz respeito à responsabilidade civil subjetiva, ensina SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA⁽⁶⁾ que:

“Na responsabilidade subjetiva só caberá a indenização se estiverem presentes o dano (acidente ou doença), o nexo de causalidade do evento com o trabalho e a culpa do empregador.” (grifei)

Dessa forma, não sendo demonstrados todos esses elementos da responsabilidade civil subjetiva não há que se cogitar de indenização dos danos que advierem do acidente do trabalho.

É que, como pacífico na doutrina e jurisprudência, a responsabilidade civil consiste na obrigação de responder pelas consequências jurídicas decorrentes do ato ilícito praticado, reparando (no sentido amplo de ressarcir/compensar) o prejuízo material ou moral causado a outrem, tendo seu fundamento legal, no direito pátrio, nos arts. 186 e 927 do atual Código Civil, segundo os quais aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano, material ou moral, encontrando-se este último previsto genericamente no art. 5º, X, da CF/1988 e no art. 12, do Código Civil.

Como preleciona MARIA HELENA DINIZ⁽⁷⁾, “a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma a ela pertencente ou de simples imposição legal.”

No mesmo sentido, colhe-se da obra “Comentários ao novo código civil”, 2. ed., vol. XIII, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 48, anotam CARLOS ALBERTO MENEZES DI-REITO e SÉRGIO CAVALIERI FILHO que “a responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito

(6) *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. LTr, Dezembro 2005. p. 78).

(7) *Curso de direito civil brasileiro responsabilidade civil*. 21. ed., vol. 7, São Paulo: Saraiva, 2007. p. 35.

com o nascimento da obrigação de indenizar, tendo por finalidade tornar indemne o lesado, colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso.”

Oportuna ainda lição de SÉRGIO CAVALIERI FILHO⁽⁸⁾ segundo a qual a responsabilidade civil no seu sentido etimológico e jurídico sempre exprime obrigação, encargo, uma contraprestação e “*Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucursivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário*”.

Assim, a responsabilidade civil subjetiva consiste na obrigação de reparar ou indenizar o prejuízo moral, estético ou material, causado em decorrência de ato ilícito por ação ou omissão, com o objetivo de “*recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário*” (FILHO, Sérgio Cavalieri⁽⁹⁾), ou seja, recompor a situação no momento anterior à lesão, por via de um ressarcimento ou de uma indenização correspondente ao prejuízo patrimonial (material) verificado, ou de uma reparação capaz de compensar o dano moral sofrido.

Destarte, violado o dever jurídico nessa moldura, exsurge, dessa situação, um novo dever jurídico, qual seja, o dever de reparar o dano perpetrado. E a responsabilidade civil, como já dito, consiste exatamente nessa obrigação de indenizar/reparar o prejuízo causado, de forma plena, em decorrência da prática de ato ilícito para a recomposição da situação verificada no momento anterior à lesão, por via de um ressarcimento pecuniário correspondente ao prejuízo verificado ou de uma indenização capaz de compensar o dano sofrido (*restitutio in integro*).

Nessas condições, na hipótese vertida nos autos, para impor ao empregador a obrigação

de reparar danos materiais, morais, físicos ou estéticos, decorrentes do acidente de trabalho, pressupõe, pela aplicação da responsabilidade subjetiva, a ocorrência do **dano** (moral, físico/estético e ou material) suportado pelo empregado acidente, um **ato ilícito ou erro de conduta do empregador**, o **nexo de causalidade** entre o evento danoso e o dano e entre este e a conduta injurídica imputada ao ofensor (empregador), consoante a teoria da culpa subjetiva, inserta no inciso XXVIII, do art. 7º da CFRB/1988 e dos arts. 186, 927, 932, III do CCB/2002.

Nesse passo, passo à análise dos elementos da responsabilidade civil subjetiva.

2.2.6.2.1) Danos morais, físicos/estéticos e materiais

O **dano** (*moral, físico/estético e/ou material*), no âmbito jurídico, em sentido amplo, deve ser entendido como a lesão a um direito que foi suportada pela vítima (por pessoa física ou jurídica) em razão da ação ou omissão de outrem (agente ofensor, pessoa física ou jurídica). E, na lapidar lição doutrinária de JOÃO DE LIMA TEIXEIRA FILHO⁽¹⁰⁾, “o dano consiste no prejuízo ou violação de direito de outrem, resultante de uma ação ou omissão, não estribada em exercício regular de um direito, causada por dolo ou culpa de um determinado agente”.

O dano (moral/extrapatrimonial ou material/patrimonial) configura, pois, lesão ao bem protegido pelo ordenamento jurídico, sendo elemento nuclear da responsabilidade civil, uma vez que sem o dano não há se falar em reparação, ainda que evidenciado a prática de ato ilícito.

2.2.6.2.1.1) Danos morais

Os Relatórios Médicos acostados aos autos com a inicial, o diagnóstico médico constante da “CAT” (fl. 36 e 226) e o Laudo Médico do Perito Oficial (fls. 875/89) complementado pelos

(8) In: *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 20.

(9) *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 20.

(10) In: *Instituições de direito do trabalho*. v. 1, 19. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 632.

Esclarecimentos (fls. 911/914), não deixam dúvidas de que o reclamante sofreu danos morais em decorrência do lamentável acidente do trabalho ocorrido na data 5.5.2011 — que ainda vem sofrendo — danos esses que, com certeza, já tornaram a sua vida muito mais difícil, (i) pelos limites a sua locomoção no dia a dia porque terá de valer-se de uma cadeira de rodas, já que era uma pessoa sem qualquer necessidade especial, tendo sido inclusive desaconselhada a prótese para deambulação pelo Perito Médico, devido à grande dificuldade de adaptação do obreiro em face da amputação dos membros inferiores; (ii) pela incapacidade laborativa total e permanente, em face da sua condição atual de portador de necessidades especiais; (iii) pelas limitações nas suas relações sociais e familiares e pelas limitações na sua vida sexual-afetiva em razão das sequelas do acidente, como apurado pelo Perito Médico Oficial.

É que, em decorrência de ter obreiro sofrido uma grande descarga de energia elétrica (CAT, fls. 36 e 226; Relatório de Investigação do Acidente, fls. 138/153; e Laudo Pericial Médico do Perito Oficial de fls. 878/895, complementado pelos Esclarecimentos de fls. 911/914), o reclamante teve como sequelas: (i) a amputação dos membros inferiores com coto no nível da raiz da coxa do membro inferior esquerdo e coto um pouco maior no membro inferior direito, consoante fotografias que integram o Laudo, (ii) queimaduras graves de 2º e 3º graus com dano estético permanente, (iii) plástica de mal aspecto no antebraço esquerdo, (iv) lesão incapacitante no punho esquerdo; (v) incapacidade laborativa total e permanente para a função que exercia e para qualquer outra atividade, devido ao perfil profissional do obreiro, sua pouca instrução e a dificuldade para uma nova atividade devido a sua situação atual de deficiente físico.

Pois bem.

Ensina ROBERTO BREBBIA⁽¹¹⁾ que o **dano moral** é “aquela espécie de agravo constituída pela violação de algum dos direitos inerentes à personalidade”, anotando, no mesmo sentido, SÍLVIO RODRIGUES⁽¹²⁾, que o dano moral refere-se à agressão ou ofensa ao *patrimônio ideal* das pessoas, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.

E segundo JOÃO DE LIMA TEIXEIRA FILHO⁽¹³⁾, o “*dano moral é o sofrimento humano provocado por ato ilícito de terceiro que molesta bens imateriais ou magoa valores íntimos da pessoa, os quais constituem o sustentáculo sobre o qual sua personalidade é moldada e sua postura nas relações em sociedade erigida*”.

Em sua obra, SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA⁽¹⁴⁾ traz excelente anotação de *Yussef Said Cahali*:

“(…) tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.”

(11) In: *El daño moral*. Ed. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires: 1950, p. 91, *apud* do Ministro do E. TST, JOÃO ORESTE DALAZEN. In: *Aspectos do dano moral trabalhista*, artigo publicado no *Juris Síntese* n. 24, – jul./ago. 2000.

(12) In: *Direito civil*. 18 ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2000. Vol. 4, p. 190.

(13) In: *Instituições de direito do trabalho*. v. 1, 19. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 632.

(14) *Op. cit.*, p. 201.

Vê-se, pois que o *dano moral* caracteriza a lesão de interesses que constituem o patrimônio ideal das pessoas, provocado por um ato de terceiro, tratando-se de lesão não pecuniária que atinge os direitos de personalidade protegidos pela ordem jurídica, causando ao ofendido grave e profundo sofrimento psíquico, intranquilidade de espírito, dor, angústia, inquietude, ou, mesmo abalando a sua honra, dignidade no seu meio social.

Na ocorrência de acidente do trabalho, observa MAURICIO GODINHO DELGADO⁽¹⁵⁾ quanto aos danos morais:

“As lesões acidentárias também podem causar dano moral ao trabalhador. Este, conforme visto, consiste em toda dor física ou psicológica injustamente provocada em uma pessoa humana. Nesse quadro, a doença ocupacional, a doença profissional e o acidente do trabalho podem, segundo sua gravidade, provocar substanciais dores físicas e psicológicas no indivíduo com intensidade imediata ou até mesmo permanente, ensejando possibilidade jurídica de reparação. Ressalte-se que tanto a higidez física, como a mental, inclusive emocional, do ser humano são bens fundamentais de sua vida, privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nesta medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição (art. 5º, V e X). Agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Carta Magna, que se agrega à genérica anterior (art. 7º, XXVIII, CF/1988).

Pontua MAURO SCHIAVI⁽¹⁶⁾ que:

“As lesões decorrentes do acidente de trabalho atentam contra os bens mais caros

da personalidade do ser humano, como sua integridade física e moral, sua capacidade de trabalho, sua estética e também, muitas vezes, aniquilam as possibilidades de conseguir chances futuras. (...) São exemplos típicos de danos morais decorrentes do acidente do trabalho: redução da capacidade para o trabalho, invalidez permanente, perda de membro ou função, deformação estética, ou até a perda da vida do trabalhador (nesse último caso os atingidos são as pessoas da família do trabalhador e quem com ele convivia diretamente, como a esposa).”

E em arremate a lição de SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVERA⁽¹⁷⁾, segundo a qual “O dano moral assume papel de maior relevo quando decorrente do infortúnio laboral, porquanto o trabalhador é atingido na sua integridade psicobiofísica, o que muitas vezes significa o desmonte traumático de um projeto de vida, o encerramento compulsório numa cadeira de rodas e o sepultamento precoce dos sonhos acalentados quanto à possibilidade de um futuro de vida melhor”, de uma melhor qualidade de vida.

Impende ainda registrar que não há dissenso na doutrina e jurisprudência quanto ao dano moral decorrente de lesão incapacitante ou deformante advinda de acidente do trabalho, nem de que as consequências do acidente produz a mais intensa repercussão na psique do obreiro, na medida em que a personalidade, aquilo que é mais caro ao ser humano, está embasado em valores morais e espirituais. E, por isso mesmo é que, quando ocorre o dano moral as marcas são profundas e “para sempre”, como no caso dos autos, atingindo a pessoa na sua inteireza, trazendo transtornos e intranquilidade na sua vida, alterando o seu modo de ser, com repercussões que só aquele que as sofre poderia tentar exprimir.

Não há dúvida, portanto, que do fatídico acidente do trabalho, o reclamante suportou e

(15) In: *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, p. 617.

(16) In: *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, jun. 2008. p. 134;

(17) *Op. cit.*, p. 207.

vem suportando dano moral pela dor subjetiva, dor interior que foge à normalidade do seu dia a dia de homem médio, causando ruptura em seu equilíbrio emocional, interferindo intensamente em seu bem-estar, na sua qualidade de vida, sobretudo considerando que em decorrência do acidente está na situação de deficiente físico, portador de necessidades especiais, incapaz para qualquer atividade profissional, além das lesões físicas graves que geraram danos estéticos permanentes (a despeito das cirurgias plásticas), como apurado no Laudo Pericial Médico e depreende das fotografias de fls. 44/48 e 890/895.

Com certeza, inegável e inquestionável a existência do *dano moral* suportado pelo reclamante, consistente na dor da exclusão das suas relações sociais a que estava acostumado, como pessoa sem qualquer deficiência; tristeza pela inatividade precoce e a sensação de inutilidade; a angústia, o sofrimento e abalo psicológico e emocional em ter de conviver com todas as dificuldades geradas pelas sequelas do acidente e a necessidade de acompanhamento permanente nas atividades diárias em face dessas sequelas.

E no que toca à prova do *dano moral puro*, inerente ao próprio fato-evento-danoso (*in re ipsa*), como no presente caso, é dispensável a comprovação das repercussões causadas, bastando, tão somente, a evidenciação do ato ilícito do qual decorre a presunção dos efeitos negativos na pessoa do ofendido.

Esclarece CARLOS ALBERTO BITTAR⁽¹⁸⁾: “(...) não se cogita, em verdade, pela melhor técnica, em prova de dor, ou de aflição, ou de constrangimento, porque são fenômenos ínsitos na alma humana como reações naturais a agressões do meio social. Dispensam, pois, comprovação, bastando, no caso concreto, a demonstração do resultado lesivo e a conexão com o fato causador, para responsabilização do agente.”

(18) In: *Reparação civil por danos morais*. 3. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 1999. p. 136.

Portanto, desnecessária a demonstração de que a vítima tenha passado por período de sofrimento, dor, humilhação, depressão, baixa autoestima etc., por se tratar de sentimentos próprios da natureza humana, bastando a comprovação do ato-fato lesivo e caracterizado como ato ilícito do ofensor, tendo o professor SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA⁽¹⁹⁾ acentuado:

“Consideramos equivocado esse entendimento, que coloca como pressuposto da indenização a prova de que o lesado passou por um período de sofrimento, dor, humilhação, depressão, etc. Ora, é desnecessário demonstrar o que ordinariamente acontece (art. 334, I, CPC) e que decorre da própria natureza humana, ou seja, o dano *in re ipsa*. Se houvesse mesmo necessidade dessa prova, o resultado poderia variar tão somente pelos aspectos pessoais do acidentado: aquele mais sensível e emotivo seria indenizado e o mais resignado teria o pedido indeferido. (...) Para a condenação compensatória do dano moral não é imprescindível a produção de prova das repercussões que o acidente do trabalho tenha causado, como ocorre no campo dos danos materiais; basta o mero implemento do dano injusto para criar a presunção dos efeitos negativos da órbita subjetiva do acidentado. Nesse sentido, a doutrina de Sérgio Cavalieri: “O dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inextravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum.”

(19) *Op. cit.*, p. 209.

Ademais disso, o Laudo Pericial Oficial (fls. 875/898, complementado pelos Esclarecimentos às fls. 911/914), deixa evidenciada a dimensão e extensão das graves lesões sofridas pelo autor, na medida em que estabelece o nexo causal entre o acidente e os danos consubstanciados tanto na perda das funções dos membros inferiores em face da amputação, como na perda total e permanente da capacidade laborativa para o trabalho que realizava na reclamada e a impossibilidade de o reclamante aprender outra profissão ou de encontrar outro emprego, tendo vista o seu perfil profissional, baixa escolaridade e sua situação atual de portador de necessidades especiais, tendo que fazer uso de cadeira de rodas para seus deslocamentos, não se podendo olvidar as dificuldades de ingresso no mercado de trabalho na condição de portador de necessidades especiais, notadamente na pequena cidade de Pedra Azul-MG.

2.2.6.2.1.2) Danos físicos/estéticos

Ensina SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA⁽²⁰⁾, tem cabimento a indenização por dano físico/estético *“quando a lesão decorrente do acidente do trabalho compromete ou pelo menos altera a harmonia física da vítima (empregado), considerado o conceito de dano estético como qualquer alteração morfológica do acidentado, como por exemplo, a perda de algum membro ou mesmo de um dedo, uma cicatriz ou qualquer mudança corporal que causa repulsa, afeição ou apenas desperte a atenção por ser diferente”*.

Em que pese o dano estético estar subsumido no gênero dano moral, a doutrina e a jurisprudência registram a evolução para o deferimento de indenizações específicas quando há possibilidade de esses danos serem aquilatados em separado e tem sua etiologia em causas que não se confundem.

Sabidamente, os danos estéticos se vinculam ao sofrimento em decorrência das deformações

(aleijões, cicatrizes etc.) em sua manifestação visível, facilmente percebidas (especialmente pelos outros no cotidiano), enquanto o dano moral está vinculado ao sofrimento configurado pela dor psicológica, angústia, inquietação e demais outras consequências nocivas provocadas pelo acidente.

Oportuna a lição de MARIA HELENA DINIZ⁽²¹⁾ trazida a lume por SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA:

“O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeição da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa.”

Na hipótese dos autos, os danos físicos/estéticos, decorrentes do acidente do trabalho de que foi vítima o reclamante, ficaram evidentes e incontestáveis, consoante Laudo Pericial Médico do Perito Oficial, especialmente conforme se pode aferir pelas fotografias juntadas com a inicial (fls. 44/48) e aquelas que integram o Laudo Médico (fls. 890/895).

Ressaltou o Perito Médico no Laudo Pericial que em decorrência do acidente do trabalho o reclamante: (i) sofreu queimaduras graves de 2º e 3º graus, com sequelas permanentes, sendo submetido a cirurgia plástica que gerou mau aspecto no antebraço esquerdo, remanescendo ainda queloides; (ii) teve amputação dos dois membros inferiores, sendo o coto do membro inferior esquerdo ao nível da raiz da coxa e o do membro inferior direito, apenas um pouco maior, conforme se vê das referidas fotografias; (iii) sofreu enfeição no seu corpo, com profundas marcas, indeléveis, que permanecerão para sempre, alterando profundamente

(20) *Op. cit.*, p. 218-219.

(21) *Curso de direito civil brasileiro*. v. 7, 2007, p. 80”, Sebastião Geraldo de Oliveira, *op. cit.*, p. 219.

a sua qualidade de vida. Acrescentou que o aspecto dos cotos dos membros inferiores não é bom, que há dano estético permanente, aderências, retração cicatricial e queloides.

E depreende das fotografias juntadas com a inicial e aquelas que compõem o Laudo Pericial Médico, que os danos físicos/estéticos sofridos pelo reclamante são bastante significativos, (fls. 44/48 e 890/895), consoante conclusão do Perito do Juízo.

Esses danos estéticos, decorrentes do acidente de trabalho sofrido pelo reclamante, não existiam antes do acidente do qual foi vítima o obreiro. Por óbvio, esse dano estético, espécie do gênero dano moral, reforçado pela limitação de movimentos, afeição do corpo do autor, também gera, de forma destacada, dor interior que foge à normalidade do dia a dia do homem médio, causando ruptura em seu equilíbrio emocional interferindo em seu bem-estar, na sua qualidade de vida.

2.2.6.2.1.3) Danos materiais – Pensão mensal

Como já dito, o acidente do trabalho pode provocar, também, danos de ordem material (pecuniário) e consiste no prejuízo financeiro efetivo sofrido pela perda da capacidade laborativa, causando, por consequência uma diminuição do seu patrimônio avaliável monetariamente, naquilo que efetivamente perdeu (danos emergentes) e o que razoavelmente deixou de ganhar (lucros cessantes) ⁽²²⁾.

Esses prejuízos ocorrem no caso de perda da capacidade laborativa total permanente para a função que exercia ou para qualquer trabalho, ou, ainda, no caso de redução da capacidade laborativa parcial permanente, a despeito de readaptação ou habilitação em outra profissão segundo o caso concreto.

Pois bem.

Dispõem os arts. 402 e 949/950 do CCB/2002, *verbis*:

(22) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de, *op. cit.*, p. 196.

“Art. 402 – Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

“Art. 949 – No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.”

“Art. 950 – Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único – O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.”

A doutrina retirou da lei a conclusão de que o dano material extratifica-se em (i) dano emergente configurando prejuízo imediato e mensurável que surge em decorrência do acidente do trabalho, causando diminuição no patrimônio do trabalhador acidentado comprovado pela documentação nos autos (*v. g.*: despesas médicas e hospitalares, medicamentos, próteses, órteses, fisioterapia, gastos com acompanhantes, etc.), (ii) lucros cessantes (prejuízo com a privação de ganhos futuros, como salários, afetando o crescimento profissional e social do acidentado até o fim da convalescença) consoante arts. 949 do CCB, e (iii) pensão mensal correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu (CCB, art. 950 c/c art. 402) pela redução da capacidade laboral da obreira, à luz do princípio da razoabilidade da reparação mais completa possível (*restitutio in integro*).

Portanto, os arts. 949/950 combinados com art. 402, todos do Código Civil/2002, asseguram ao empregado que sofreu lesão em acidente do trabalho, desde que atendidos os requisitos da

responsabilidade civil, indenização por danos materiais abrangendo: (i) indenização do prejuízo imediato e mensurável que surge em decorrência do acidente do trabalho, causando diminuição no patrimônio do trabalhador acidentado, tais como: despesas médicas e hospitalares, medicamentos, próteses, órteses, fisioterapia, gastos com acompanhantes (*dano emergente*); (ii) indenização do prejuízo com a privação de ganhos futuros, como salários, afetando o crescimento profissional e social do acidentado até o fim da convalescença, pela fixação de pensão mensal vitalícia correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que sofreu pela redução da capacidade laboral da obreira, à luz do princípio da razoabilidade da reparação mais completa possível, além de despesas com tratamento futuro quando necessário (*lucros cessantes*).

Oportuno registrar que, na esfera previdenciária, ocorrendo sequelas incapacitantes, em caráter temporário fará jus o acidentado segurado ao benefício de Auxílio-doença acidentário (espécie 91), consoante art. 59 ss. da Lei n. 8.213/91. E, resultando do infortúnio laboral, sequelas com redução parcial da capacidade laborativa em caráter permanente, fará jus ao benefício previdenciário de Auxílio-acidente, no valor correspondente a 50% do salário de benefício, nos termos do art. 86 da Lei n. 8.213/91⁽²³⁾, de forma vitalícia.

Contudo, registro que o recebimento benefício previdenciário pelo acidente do trabalho, *in casu*, auxílio-doença acidentário, convertido no benefício de aposentadoria por invalidez-acidentária, não obsta o recebimento das indenizações previstas no direito comum, quando atendidos os requisitos legais para

(23) “O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.” (Redação dada ao “caput” pela Lei n. 9.528, de 10.12.1997, DOU 11.12.1997.)

responsabilização civil do empregador (inciso XXVIII do art. 7º da CF/1988; Lei n. 8.213/91, art. 121).

Na hipótese dos autos, os *danos materiais* decorrem da incapacidade laborativa total e permanente do reclamante para as funções de Operador de Motosserra, tendo o perito médico concluído que do acidente do trabalho resultou no autor disfunção de 100% “*devido ao perfil profissiográfico do reclamante, com pouca instrução e sua situação atual de deficiente físico, haveria grandes dificuldades em treinamento para uma nova atividade, sendo a a limitação onnipresencial, sem possibilidade de reabilitação, estando 100% incapaz para o trabalho, pela perda do uso dos dois membros inferiores conforme tabela da SUSEP...*”. Tanto é que a Autarquia Previdenciária concedeu o benefício de Aposentadoria por Invalidez Acidentária.

Destacou ainda o Perito Médico que nem mesmo é possível a utilização de prótese para a deambulação do autor, como pretendido, devido à grande dificuldade que teria para adaptação, o que contribuiria mais ainda para piorar a sua qualidade de vida, não havendo nenhuma certeza dessa adaptação, sendo o mais confortável a cadeira de rodas, que já vem utilizando para os seus deslocamentos.

Depreende da conclusão pericial, que do ponto de vista pragmático da medicina, as lesões sofridas pelo reclamante são irreversíveis e o tornaram permanentemente incapacitado para as funções que exercia ou qualquer outra atividade remunerada, o que acarreta prejuízos materiais a título de *lucro cessante*, tendo permanecido afastado do trabalho a partir de 5.5.2011 e recebendo auxílio-doença acidentário a partir de 20.5.2011 (decotando-se os primeiros 15 dias de afastamento) o qual foi convertido em aposentadoria por invalidez acidentária em 9.4.2012.

Evidentemente que com a perda total permanente da capacidade laborativa, gerará prejuízo a título de lucro cessante, sendo patente a

privação de ganhos futuros, pois, sabidamente, a reparação dos danos materiais abrange os lucros cessantes, entendendo-se estes como aquilo que o indivíduo perdeu e o que deixou de ganhar em decorrência do acidente que resultou na incapacidade total e permanente do obreiro, tendo objetivo recompor o patrimônio da vítima no mesmo patamar existente antes do ato ilícito, na moldura dos arts. 402 e 949/950 do CCB/2002.

O pensionamento mensal postulado tem por pressuposto de fundo o prejuízo material sofrido, consistente na perda dos rendimentos que foram interrompidos, no caso, em face incapacidade total e permanente decorrente do acidente do trabalho, aplicando-se — sem olvidar os princípios insculpidos nos arts. 402, 944 e 945 do CCB/2002 — os arts. 949/950 do CCB/2002, o quais atribuem ao culpado o dever de pagar indenização correspondente às “despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”, e “Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”.

Destarte, atendidos os demais requisitos da responsabilidade civil subjetiva, o reclamante fará jus ao deferimento da reparação por danos materiais, nos termos dos arts. 949/950 c/c art. 402 do CCB/2002, consistente na pensão mensal a partir de 20.5.2011, quando passou a receber benefício previdenciário até o limite completar 73 anos de idade (limites dados pela inicial) ou ocorrer o seu falecimento (o que acontecer primeiro).

2.2.6.2.1.4) Danos materiais – Custeio de tratamento

Como já explicitado em linhas acima, em decorrência do acidente de trabalho, o

obreiro (vítima) pode sofrer dano emergente configurando prejuízo imediato e mensurável, causando diminuição no patrimônio do trabalhador acidentado, devidamente comprovado por documentação idônea nos autos (v. g.: despesas médicas e hospitalares, medicamentos, próteses, órteses, fisioterapia, gastos com acompanhantes, gastos com deslocamentos, dentre outras despesas) consoante art. 949 do Código Civil/2002.

Cabe, pois, a indenização de todas as despesas necessárias ao tratamento, até o fim da convalescença, ou seja, até a cura ou consolidação das lesões.

E, como bem observa SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA, “*Se mesmo depois de consolidadas as lesões persistir a necessidade do tratamento médico, conforme indicação do Laudo Pericial, a condenação deverá prever verba para esse fim, já que a indenização do tratamento independe do valor pago a título de pensionamento pela inabilitação da vítima*”, tendo o E. STJ decidido que “*tratando-se de sequelas duradouras que exijam tratamento contínuo e prolongado, a indenização devida ao prejudicado também deve abranger essas despesas, sendo desnecessária a propositura de novas ações*” (op. cit., p. 290).

2.2.6.2.2) Culpa e nexo de causalidade

Não há dúvida de que o reclamante, em decorrência do acidente do trabalho sofreu **danos morais** (e ainda sofre), **danos físicos/estéticos** e **danos materiais** a título de *lucro cessante* e ainda poderá sofrer dano material da espécie *dano emergente* com futuros gastos no tratamento das sequelas do lamentável infortúnio laboral.

No entanto, a existência dos **danos** (morais, físicos/estéticos e materiais — lucros cessantes e danos emergentes), por si só, não é suficiente para o deferimento das indenizações ou reparações pretendidas, porquanto para a responsabilização civil subjetiva do ofensor é necessário que seja também evidenciado o *dolo*

ou sua *culpa* (por ação ou omissão) na efetivação do evento danoso (conduta contrária a uma norma anterior) e a demonstração do *nexo de causalidade*, ou seja, da a relação de causa e efeito entre os acontecimentos alegados que torne o dano suportado pelo obreiro uma consequência do ato praticado pelo agente/ofensor em violação a um dever jurídico.

Assim, impõe-se a analisar a quem atribuir a culpa na efetivação do evento-acidente do qual ocorreu danos morais, físicos/estéticos, danos materiais pela incapacidade laborativa total e permanente do trabalhador reclamante.

Pois bem.

A *culpa* do agente, outro elemento da responsabilidade civil subjetiva, caracterizada pela ação ou omissão (negligência, imperícia ou imprudência), consiste, na lição do sempre mestre CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁽²⁴⁾, no “*erro de conduta do agente, no seu procedimento contrário à predeterminação da norma, que condiz com a própria noção de culpa ou dolo. Se o agente procede em termos contrários ao direito, desfere o primeiro impulso, no rumo do estabelecimento do dever de reparar, que poderá ser excepcionalmente ilidido, mas que em princípio constitui o primeiro momento da satisfação de perdas e interesses*”, no procedimento do agente contra o direito.

Na vetusta lição de HENRI CAPITANT (1865-1937) consiste “*no ato ou omissão, um descumprimento intencional ou não, quer de uma obrigação contratual, quer de uma prescrição legal, quer do dever que incumbe ao homem de se comportar com diligência e lealdade nas suas relações com os seus semelhantes*”.

No caso dos autos, não comungo do entendimento sustentado na defesa pela 1ª Reclamada de que o reclamante teria sido desidioso e insubordinado no exercício de suas funções e que, em razão dessa conduta, teria sido culpado ou causador do acidente do trabalho que o vitimou.

(24) In: *Instituições de direito civil*. 9. ed. São Paulo: Forense, 1988. p. 237.

É que, examinando e sopesando a prova documental e testemunhal dos autos, concluo que foi especialmente a 1ª Reclamada quem incorreu em grave culpa por omissão por inobservância da legislação própria de medicina e segurança de trabalho, configurando a sua *culpa in omittendo* na efetivação do grave acidente que resultou em gravíssimas lesões no obreiro, tornando-o incapaz de forma total e permanente para as atividades que desenvolvia e qualquer outro trabalho, além de danos físicos/estéticos, consoante conclusão do Laudo Pericial Médico.

As partes destacadas das declarações das testemunhas ouvidas a pedido das partes, revelam, de forma clara e inequívoca, a *culpa in omittendo* da 1ª Reclamada na efetivação do evento acidente que resultou no prematura incapacidade total permanente, além de diversas outras graves lesões delineadas no Laudo Pericial Médico.

Com efeito, declarou a testemunha Marcílio José dos Santos, ouvida a pedido do reclamante, Ata, fls. 918/920):

“(...) depoente estava presente e trabalhando na mesma turma do recte., quando ocorreu o acidente de trabalho; que no dia do acidente ocorrido com o recte., o encarregado que estava dando as ordens do serviço era o Sr. Valdemar; que era o Sr. Valdemar quem marcava os serviços a serem executados; que no dia do acidente foi o Sr. Valdemar quem determinou ao recte. que fizesse o corte da moita de árvore, pouco antes do horário de almoço, por volta de 10 minutos antes das 11 horas; que no dia do acidente a “vara de manobra” estava no caminhão estacionado cerca de 05 km de distância do local de trabalho onde ocorreu o acidente; que a “vara de manobra” não foi levada para o local de trabalho porque era muita coisa para carregar e o pessoal da turma não dava conta de carregar porque tinha muitos utensílios e equipamentos, tais como, foice, enxada, garrafa d’água,

marmita, motosserra, tambores de 05 litros com óleo e gasolina para a motosserra; ...

a árvore “já estava encostando na linha de transmissão e que nesse caso deveria ser amarrada uma corda na árvore e puxada para a direção oposta para que, quando fosse cortada, caísse fora da rede; que não foi amarrada a corda para puxar a árvore porque “ela estava no caminhão” e também não deram conta de trazê-la para o local de trabalho; (...) que o depoente “acha que o Sr. Valdemar foi mal orientado” e foi ele quem mandou o recte cortar a árvore;...”

Igualmente, das declarações da testemunha Valdemar Farias da Silva, Encarregado do reclamante, ouvida a pedido da 1ª Reclamada (Ata, fls. 918/920), depreende a negligência quanto às normas mínimas de segurança na execução dos serviços de corte de árvore sob as linhas de transmissão de energia da CEMIG, inclusive quanto à metodologia do próprio trabalho, *verbis*:

“(...) no dia do acidente foi levada no caminhão a “vara de manobra” e as cordas que são utilizadas para podar árvore quando necessário; que no dia do acidente, a ‘vara de manobra’ e as cordas ficaram no caminhão e não foram levadas para o local onde estava sendo executado o serviço, porque era de difícil acesso; que o depoente não determinou que fossem levadas a ‘vara de manobra’ e as cordas, porque estava muito difícil para carregar até o local onde estava sendo executado o serviço; ... que, quando uma árvore está próxima da rede e tem risco de encostar na linha de transmissão, o procedimento é utilizar a corda, amarrar na árvore e puxá-la no sentido contrário para depois cortar, para evitar o risco de receber a carga elétrica; que, no momento em que o recte. recebeu a descarga elétrica, o depoente estava a uma distância de cerca de 50 metros, juntamente com mais 03 funcionários...”

Recolhe-se das declarações que o Encarregado da turma, Sr. Valdemar, não tomou

as precauções necessárias para determinar os serviços a serem executados, não tendo sequer providenciado que todos os equipamentos estivessem no local dos serviços, sobretudo as cordas e/ou mesmo a vara de manobra, para a realização do corte da árvore, sem o risco de o reclamante sofrer a eletrocussão, que resultou em graves lesões físicas e estéticas, sendo necessário a amputação de ambos membros inferiores.

Evidentemente que se o Sr. Valdemar — Encarregado da turma — tivesse levado para o local as cordas (Tirfor) para o local de trabalho e tivesse verificado previamente que a árvore (fotos de fls. 149/150) estava encostando ou muito próximo da Linha de Transmissão, teria orientado seus subordinados a amarrarem a árvore com a corda e puxá-la para o lado oposto da rede para que o reclamante fizesse o corte, e, assim, teria evitado o lamentável acidente que vitimou o obreiro.

De outra parte, não há qualquer prova nos autos de que o Encarregado da turma, Sr. Valdemar, tenha determinado ou dado ordem ao reclamante para que não cortasse a árvore mais alta, mostrada nas fotografias de fls. 149/150. Ao revés, a testemunha Marcílio José dos Santos foi firme e segura ao afirmar que “foi o Sr. Valdemar quem determinou ao recte. que fizesse o corte da moita de árvore, pouco antes do horário de almoço, por volta de 10 minutos antes das 11 horas... foi ele [Sr. Valdemar] quem mandou o recte. cortar a árvore; ...”

Ademais disso, não é crível — e não é isso que ordinariamente ocorre nas relações de trabalho — que o reclamante, pessoa simples, não teria acatado uma ordem ou determinação do seu encarregado para cortar a árvore somente depois do almoço e que tenha, a seu critério, em atitude de insubordinação executado o serviço, dando causa ao acidente por suposta imprudência.

Ressalte-se que o Relatório do Acidente elaborado pela própria primeira reclamada

com o acompanhamento da segunda reclamada, também revela a *culpa in omittendo* da empregadora, ao registrar que “A Equipe não levou as cordas Tirfor (fl. 145) e que “*Por volta das 11h00min o grupo parou para refeições*” e o reclamante continuou trabalhando “*finalizando o desgalhamento de uma árvore*” (fl. 145). Com efeito, fica óbvia a omissão da reclamada (CCB/2002, art. 933, III) quando seu Encarregado não determinou que fossem levadas as cordas para a utilização nos cortes de árvores e ainda permitiu que o obreiro permanecesse laborando sozinho no horário do almoço, enquanto os demais integrantes da turma, faziam o intervalo intrajornada.

No intervalo do almoço o Encarregado da 1ª Reclamada deveria ter determinado, *incontinenti*, a suspensão dos trabalhos de toda sua equipe e não permitir que o reclamante continuasse trabalhando sozinho, já que estimado que o acidente ocorreu por volta das 11h26min segundo o referido Relatório do Acidente.

Ressalto que o fato de ser difícil o acesso ao local dos serviços, não serve de escusa à obrigação de cumprimento de todas as normas de segurança de trabalho e da metodologia de trabalho do tipo de serviço executado pelo reclamante, não se podendo “improvisar” no corte de árvores sob as redes de transmissão de energia elétrica na zona rural. Assim, deveria o Encarregado de turma ter tomado todas as providências com relação aos equipamentos e materiais necessários à atividade a fim de disponibilizá-los no local da execução dos serviços.

E, pela dinâmica do acidente descrita no Relatório (fl. 146, item 7), se o reclamante não estivesse laborando sozinho, no horário de seu almoço, e se ainda tivesse sido utilizada a corda Tirfor, poderia ter sido evitado o lamentável acidente que vitimou o trabalhador.

Importante ressaltar que no Relatório de Inspeção dos serviços de aceiro e limpeza de faixa de servidão da CEMIG (v. g.: fls. 680, 682, 684), que é de pleno conhecimento da 1ª Reclamada, consta, expressante, em letras maiúsculas que:

“NENHUM TRABALHO PODE SER FEITO SEM SEGURANÇA. NEM URGÊNCIA, NEM IMPORTÂNCIA, NEM QUALQUER OUTRA RAZÃO PODERÃO SER INVOCADAS PARA JUSTIFICAR A FALTA DE SEGURANÇA NO TRABALHO.” Destarte, todas as ferramentas, equipamentos e materiais para a execução dos serviços com segurança deveriam estar disponibilizados no local de trabalho para a execução das atividades contratadas com a 2ª Reclamada.

Destaco ainda que a 1ª Reclamada não comprovou que o seu Encarregado, Sr. Valdemar, tivesse “alertado” ou “determinado” ao reclamante a suspensão do trabalho no horário de almoço, nem comprovou que o obreiro “decidiu por conta própria” cortar a árvore mostrada na fotografia de fls. 149/150, no horário de almoço, conforme constou no Relatório do Acidente à fl. 146.

Impende ainda deixar assente que o Encarregado Sr. Valdemar não estava próximo ao local dos serviços — cerca de 50 metros — conforme declarou, o que mostra que não estava acompanhando nem fiscalizando a execução dos serviços, tendo em vista o risco de eletrocussão.

E mais: o Relatório do Acidente elaborado pela empresa-ré (fl. 147) informa que o reclamante não estava utilizando EPI’s. Ora, sabidamente compete ao empregador fornecer os EPIs necessários/adequados à atividade do empregado e exigir e fiscalizar a sua utilização (Súmula n. 289/TST, por analogia). Cabe ao empregador cumprir e fazer cumprir todas as normas de segurança do trabalho (CLT, art. 157).

Oportuno ainda registrar que a 1ª Reclamada não juntou aos autos o LTCAT nem o PPRA, o que também evidencia a sua omissão quanto à observância das normas de medicina e segurança do trabalho. Ora, o LTCAT (Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho) tem a finalidade documentar os agentes nocivos e perigosos no ambiente de trabalho,

para orientação geral aos trabalhadores. Por outro lado, o PPRA (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais), tem a finalidade de reconhecer e reduzir e/ou eliminar os riscos existentes no ambiente de trabalho, o qual deve ser revisto e renovado anualmente, conforme exige a Norma Regulamentadora.

Esse cenário probatório mostra, sem sombra de dúvida, a *culpa por omissão* da 1ª Reclamada, assim caracterizada: (i) *descumprir e não fazer cumprir as normas de segurança no trabalho, conforme art. 157, I, da CLT*; (ii) *deixar de instruir o seu empregado, no local de trabalho, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho, como exige o art. 157, II da CLT, antes de iniciar a atividade*; (ii) *determinar ao reclamante (através do encarregado Valdemar), realizar o corte da árvore mostrada na fotografia de fls. 149/150, sem a utilização das cordas para evitar o contato com a linha de transmissão, no momento do corte.*

De nada adianta os treinamentos teóricos se no momento da efetiva execução da atividade não há fiscalização do Encarregado de turma para que sejam utilizados todos os equipamentos/materiais e pessoas necessárias para a execução dos serviços. Note-se que o próprio Encarregado, afirmou, como testemunha, que *“quando uma árvore está próxima da rede e tem risco de encostar na linha de transmissão, o procedimento é utilizar a corda, amarrar na árvore e puxá-la no sentido contrário para depois cortar, para evitar o risco de receber a carga elétrica”* e, contudo, esse mesmo encarregado afirmou que *“a ‘vara de manobra’ e as cordas ficaram no caminhão e não foram levadas para o local onde estava sendo executado o serviço, porque era de difícil acesso; que o depoente não determinou que fossem levadas a ‘vara de manobra’ e as cordas, porque estava muito difícil para carregar até o local onde estava sendo executado o serviço; ...”*

Em breve pesquisa na rede mundial de computadores encontra-se singela orientação e cuidado ao abater/cortar uma árvore que, mesmo fora da faixa da Linha de Transmissão/

Distribuição, não possa cair na direção dos condutores. Nesse caso, a utilização da corda Tirfor é indispensável para que cortando a árvore ela caia para o lado de fora da faixa da linha, de forma que durante a queda não se aproxime ou encoste nos condutores. Esse cuidado não foi tomado pelo Encarregado da 1ª Reclamada.

Patente, pois, a *culpa in omittendo* da 1ª Reclamada, por inobservar as normas mínimas de segurança para execução do corte da árvore (fls. 149/150) sob as Linhas de Transmissão/ Linhas de Distribuição de energia elétrica, o que levou o reclamante a sofrer o gravíssimo acidente do trabalho-tipo, que resultou em queimaduras graves de 2º e 3º graus, amputação dos membros inferiores e na incapacidade laborativa total e permanente.

Não se pode colocar em oblióvio que o inciso XXII do art. 7º da Constituição Federal de 1988 estabelece como direito dos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

De outra parte, o vetusto art. 157 da CLT dispõe que cabe aos empregadores: cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais.

E, enfim, o § 1º do art. 19 da Lei n. 8.213/91, estabelece que o empregador é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador.

Assim, não há dúvida de que compete ao empregador a promoção de medidas preventivas e corretivas nos locais de trabalho para proteção e segurança da vida e da saúde do trabalhador, sendo que, no caso de não atendimento do trabalhador às ordens do seu empregador, constitui ato faltoso a recusa injustificada (Parágrafo único, art. 158, CLT) que pode dar ensejo à rescisão motivada do contrato de trabalho (art. 482, CLT).

Como preleciona MARIA HELENA DINIZ⁽²⁵⁾:

“No caso do acidente do trabalho, haverá culpa do empregador quando não forem observadas as normas legais, convencionais, contratuais e ou técnicas de segurança, higiene e saúde do trabalho. É obrigação legal da empresa cumprir e fazer cumprir tais normas, instruindo os empregados quanto às precauções a tomar, no sentido de evitar acidente do trabalho ou doenças ocupacionais, prestando informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular.”

E na análise dos dispositivos legais citados, esclarece SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA⁽²⁶⁾:

“A primeira atuação do empregador deve ter como objetivo eliminar totalmente os riscos à vida e à saúde do trabalhador. Mas, quando isso não for viável tecnicamente, a redução deverá ser a máxima possível e exequível, de acordo com os conhecimentos de época. Dizendo de outra forma: a exposição aos agentes nocivos deverá ser a mínima possível e, mesmo assim, deverá reduzir progressivamente na direção do risco zero. O empregador tem o dever de reduzir os riscos inerentes ao trabalho onde for possível, em cada época, de modo que os danos sofridos pelo trabalhador por riscos que poderiam ter sido eliminados ou controlados ensejam a caracterização da conduta culposa do empregador, pela não observância do risco mínimo regressivo.”

Inequívoca, pois, a *culpa in omittendo* da 1ª Reclamada, por negligenciar as normas de segurança e medicina do trabalho, configurando conduta ilícita que resultou no trágico acidente do trabalho ocorrido no dia 05/05/2011 que vitimou o reclamante, com sequelas graves e

incapacitantes, danos físicos/estéticos, estando aposentado por invalidez acidentária, que gerou ainda danos morais e materiais, conforme explicitado alhures.

Ressalto que a *culpa exclusiva da vítima* alegada pela 1ª Reclamada, circunstância tida na ordem jurídica, na doutrina e jurisprudência como excludente da responsabilidade civil do empregador quanto à obrigação de indenização de dano (material ou moral) decorrente do acidente do trabalho, não restou comprovado pelas reclamadas, encargo que se lhes competia por se tratar de fato impeditivo ao reconhecimento do direito perseguido pelo reclamante.

Por fim, o *nexo de causalidade* é a relação de causa e efeito entre a conduta dolosa ou culposa do agente e o dano suportado pelo ofendido (reclamante). Como ensina o inolvidável CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, é “*uma relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação e o dano causado*”, salientando que “*Não basta que o agente cometa um erro de conduta e que o queixoso aponte um prejuízo. Torna-se indispensável a sua interligação, de molde a assentar-se ter havido o dano porque o agente procedeu contra direito*” (*Ibidem*).

E, no presente caso, restou evidente o nexo de causalidade da conduta culposa *in omittendo* da 1ª Reclamada para a ocorrência do acidente do trabalho que vitimou o autor, causando-lhe imensurável dano moral, além de danos físicos/estéticos e danos materiais (lucro cessante e dano emergente), pela negligência as exigências contidas nas normas de segurança, que têm por escopo proteção plena do obreiro e evitar acidentes do trabalho, além de negligenciar medidas até singelas na metodologia de trabalho que visam a segurança para proteção do trabalhador, como já salientado em linhas acima, já que lhe compete à empresa, por força da lei, promover medidas preventivas e corretivas para proteção e segurança da vida e da saúde do trabalhador, o que não foi providenciado de forma satisfatória de modo a evitar o lamentável acidente do trabalho que vitimou o reclamante.

(25) In “Curso de direito civil brasileiro” São Paulo: Saraiva, 1994. v. 7, p. 10.

(26) “Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador”. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 124.

Evidente, pois, o ato ilícito configurado pela culpa *in omittendo* da reclamada e o nexo de causalidade dessa conduta culposa e os danos morais, físicos/estéticos e danos materiais impingidos ao reclamante pela conduta anti-jurídica, caracterizada pela omissão no cumprimento das normas cogentes de segurança no trabalho, que visam a eliminação dos riscos para a proteção da integridade física e psíquica do obreiro.

2.2.6.2.3) Conclusão quanto aos requisitos/pressupostos legais da responsabilidade civil subjetiva

Pelas razões suso expendidas, reputo evidenciados os requisitos legais para a responsabilização civil da 1ª Reclamada, quais sejam: (i) o **dano** (material, moral e físico/estético), elemento nuclear da indenização; (ii) o nexo causal direto entre o acidente do trabalho e os danos sofridos pelo reclamante, relação de causa e efeito direto, uma vez que ocorreu no momento em que exercia suas funções como empregado da 1ª Reclamada, como evidenciado no Relatório do Acidente elaborado pela primeira reclamada (fls. 138/153) e no Laudo Médico do Perito Oficial (fls. 878/895); (iii) o ato ilícito caracterização pela omissão quanto à observâncias nas normas legais de segurança no trabalho; e (iv) o nexo de causalidade entre os danos sofridos pelo reclamante e a conduta culposa da 1ª reclamada que configura ato ilícito (culpa *in omittendo*) pelo desrespeito a normas de ordem pública quanto aos seus deveres de cuidar da segurança do trabalhador nas suas funções, de modo impedir a ocorrência do acidente do trabalho que vitimou o reclamante e protegendo a sua integridade física e psíquica.

Assim, não tendo sido comprovado pela reclamada a alegada culpa exclusiva do reclamante na efetivação do acidente do trabalho noticiado nos autos, e evidenciados todos os requisitos legais que ensejam o dever de indenizar pelos danos decorrentes do acidente do trabalho, mister seja o reclamante reparado

pelos prejuízos sofridos em seu patrimônio ideal e material, observados os parâmetros legais e os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da equidade, cujos pedidos passo a analisar.

2.2.6.3) Exame dos pedidos de reparação/indenização

2.2.6.3.1) Indenização por danos morais

Postulou o reclamante o pagamento de indenização por *dano moral* no valor correspondente a 500 salários mínimos considerando as graves lesões físicas e psíquicas e sequelas que irão acompanhá-lo ao longo da sua existência, decorrentes do acidente do trabalho noticiado na inicial.

A reclamada, aduziu que o valor postulado é excessivo e que no caso de deferimento da indenização postulada deve ser observado o princípio da moderação, para que seja motivo de enriquecimento.

Pois bem. Cediço que constitui obrigação contratual e legal do empregador velar pela integridade física do empregado no seu ambiente de trabalho. Como no presente caso restaram evidenciados todos os pressupostos da responsabilidade civil da 1ª Reclamada, previstos nos arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil/2002, devem ser indenizados/reparados os danos morais sofridos pelo reclamante, decorrentes do fatídico acidente do trabalho, que resultou: (i) queimaduras graves de 2º e 3º graus, com sequelas permanentes, sendo submetido a cirurgia plástica que gerou mau aspecto no antebraço esquerdo, remanescendo ainda que-loides; (ii) amputação dos membros inferiores, sendo o coto do membro inferior esquerdo ao nível da raiz da coxa e o do membro inferior direito, apenas um pouco maior, conforme se vê das referidas fotografias; (iii) dano físico/estético com enfeioamento no seu corpo, com profundas marcas, indeléveis, que permanecerão para sempre, alterando profundamente a sua qualidade de vida, acrescentando o Perito Médico que o aspecto dos cotos dos membros

inferiores não é bom, que há dano estético permanente, aderências, retração cicatricial e queloides.

Pela certeza e evidência revelada nas provas dos autos, sobretudo pelo Laudo Pericial Médico e conforme já explicitado em tópico específico, tornou-se indiscutível e inquestionável que o reclamante sofreu danos morais decorrentes do acidente do trabalho do qual foi vítima, em face das graves lesões, tornando-se portador de necessidades especiais (cadeirante) e incapaz total e permanente para as funções que exercia e qualquer outra atividade.

Assim, em face das graves consequências do acidente, não tenho dúvida de que o autor sofreu e ainda sofre danos morais caracterizados — como já dito — pela lesão ao chamado *patrimônio ideal* ou *imaterial* composto pelo conjunto de valores morais e espirituais que asseguram a sua integridade psíquica. Como já sedimentado na doutrina e jurisprudência, “o que configura o dano moral é aquela alteração no bem-estar psicofísico do indivíduo, na normalidade da vida, resultando alteração desfavorável e causando alteração no estado de ânimo da pessoa, dor, medo, angústia”.

Não se trata de exacerbar os danos sofridos pelo autor, na medida em que as fotografias do reclamante, após o acidente, acostadas às fls. 44/48 e 890/895 dos autos, falam por si, bem como o Laudo Pericial dá todos os contornos da condição do reclamante após o trágico acidente. Não há, no presente caso, diante das sequelas originárias do acidente do trabalho ocorrido com o autor, por culpa da sua empregadora, necessidade de tecer mais comentários quanto a indizível dor física e moral sofrida pelo reclamante na época do acidente e da inegável dor que vem experimentando na alma (e por certo experimentará enquanto viver), inclusive pela incapacidade laboral nas funções que exercia e para qualquer outro trabalho, em razão da sua situação atual de portador de necessidades especiais.

A dor sentida na alma pelo reclamante ao ser colocado, precocemente à margem do mercado de trabalho, a sensação de decadência e de inutilidade, a dor na alma experimentada por ter se tornado portador de necessidades especiais, além de outras sequelas já mencionadas, decorrentes de acidente do trabalho por culpa da sua empregadora, não pode ser estimado em pecúnia, porque, sabidamente, a dor não tem preço!

Sendo o *dano moral* de valor inestimável, a reparação legal (apesar de ser fixada em valor pecuniário) imposta ao ofensor (a empregadora), deferindo uma importância à vítima (o reclamante), tem por escopo compensar por esse conjunto de sentimentos negativos que passou a afligir a sua alma, e sancionar o ofensor culpado pelo evento-acidente que acarretou a incapacidade para a função que exercia (auxiliar de enfermagem), como medida didático-pedagógica para inibir incorrer em novo ato ilícito.

Portanto, de um lado visa compensar o sofrimento experimentado pela vítima deferindo-lhe uma certa soma para que possa ter condições financeiras de procurar um tratamento psicológico para reconquistar sua autoestima e eventual depressão causada pela sensação de inutilidade, desenvolver novas atividades intelectual ou moral, artística, entretenimento etc. para superação dos sentimentos negativos e a da “dor que deveras sente”; e, de outro, visa punir o infrator pela ofensa a um bem jurídico da vítima (direito da personalidade) para que não reincida no ilícito.

Nas sábias palavras de LUIZ DA CUNHA GONÇALVES⁽²⁷⁾, a reparação do dano moral pela condenação do ofensor em pagar uma soma à vítima, “não é remédio, que produza a cura do mal, mas sim um calmante. Não se trata de suprimir o passado, mas sim de melhorar o futuro”. Digo mais: será mais eficiente se puder melhor o presente!

(27) In: *Tratado de direito civil*. 1957, Vol. 12, Tomo II, p. 543, apud SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 118.

Nesse diapasão, esse mal sofrido pelo reclamante em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, decorrente das consequências do trágico acidente do trabalho de que foi vítima, frise-se, por culpa da primeira reclamada, pelos fundamentos já expendidos em tópico próprio, merece a devida reparação.

No que toca à fixação do valor da indenização, importante registrar que o dano moral é de difícil aferição aritmética, não havendo como tarifar a humilhação, a baixa autoestima, a angústia, a dor, o sofrimento interiores. O valor fixado não tem o significado de precificar o dano moral, porque o que se pretende reparar é a dignidade da pessoa humana. Nesse passo, muito mais importante do que o valor pecuniário que se vai receber é o sentimento interior de reconhecimento de realização da justiça, a certeza de que o empregador que magoou e feriu recebeu a punição prevista em lei.

Nessa quadra, vale a pena evocar a lapidar lição do inolvidável mestre CAIO MÁRIO⁽²⁸⁾, para o qual a vítima “(...) *deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrado pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, não tão pequena que se torne inexpressiva*”. Inclusive para que a imposição da indenização não perca sua finalidade de sanção e de medida didático-pedagógica inibidora da reincidência na prática de ato ilícito.

Oportuna, ainda é lição citado autor (in: *Instituições de direito civil*. volume II, 8. ed., p. 235):

“Na acepção tradicional, como técnica de afastar ou abolir o prejuízo, o que há de preponderar é um jogo duplo de noções:

a) De um lado, a ideia de punição ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia; não se trata de imiscuir na

reparação uma expressão meramente simbólica, e, por esta razão, a sua condenação não pode deixar de considerar as condições econômicas e sociais dele, bem como a gravidade da falta cometida, segundo um critério de aferição subjetivo; mas não vai aqui uma confusão entre responsabilidade penal e civil, que bem se diversificam; a punição do ofensor envolve uma sanção de natureza econômica, em **benefício** da vítima, à qual se sujeita o que causou dano moral a outrem por um erro de conduta.

b) De outro lado, proporcionar à vítima uma **compensação** pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é o *pretium doloris*, porém, uma ensancha de reparação da afronta; mas reparar pode traduzir, num sentido mais amplo, a substituição por um equivalente, e este, que a quantia em dinheiro proporciona, representa-se pela possibilidade de obtenção de satisfações de toda espécie, como dizem MAZEAUD et MAZEAUD, tanto materiais quanto intelectuais, e mesmo morais.”

A Prof^a MARIA HELENA DINIZ, citada por CLAYTON REIS, in *Dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 87: preconiza que:

“... o dinheiro não repara a dor, a mágoa, o sofrimento ou a angústia, mas apenas aqueles danos que resultarem da privação de um bem sobre o qual o lesado teria interesse reconhecido juridicamente. O lesado pode pleitear uma indenização pecuniária em razão de dano moral, sem pedir um preço para sua dor, mas um lenitivo que atenuie, em parte, as consequências do prejuízo sofrido, melhorando seu futuro, superando o déficit acarretado pelo dano.”

Esclarecedor o pensamento de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, na sua obra *Responsabilidade civil*. Forense, 3. ed., 1992. p. 338, segundo “... o dinheiro serve para oferecer (ao ofendido) a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou

(28) In: *Responsabilidade civil*. 9. ed., 8. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 60.

moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido no fato de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança”.

Não discrepa a jurisprudência trabalhista:

“DANO MORAL — VALOR DA INDENIZAÇÃO — CRITÉRIOS — A fixação do valor da indenização por danos morais deve observar os critérios da proporcionalidade entre a reparação do dano e as condições da reclamada; e da razoabilidade a fim de se evitar o enriquecimento sem causa do ofendido. Incólume o art. 478 da CLT. Não houve comprovação de divergência jurisprudencial. Recurso de revista não conhecido.” (...) (TST – RR 5991-56.2010.5.01.0000 – Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga – DJe 11.2.2011 – p. 839.)

“INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL — CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DO VALOR — DECISÃO DENEGATÓRIA DE SEGUIMENTO DO RECURSO DE REVISTA — MANUTENÇÃO — Não há na legislação pátria delineamento do *quantum* a ser fixado a título de dano moral. Caberá ao juiz fixá-lo, equitativamente, sem se afastar da máxima cautela e sopesando todo o conjunto probatório constante dos autos. A lacuna legislativa na seara laboral quanto aos critérios para fixação leva o julgador a lançar mão do princípio da razoabilidade, cujo corolário é o princípio da proporcionalidade, pelo qual se estabelece a relação de equivalência entre a gravidade da lesão e o valor monetário da indenização imposta, de modo que possa propiciar a certeza de que o ato ofensor não fique impune e servir de desestímulo a práticas inadequadas aos parâmetros da lei. Assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido.” (TST – AIRR 142840-24.2008.5.11.0001 – Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado – DJe 26.11.2010 – p. 1.567.)

“DANO MORAL — CRITÉRIOS — ARBITRAMENTO — O valor da reparação do dano moral deve ser fixado por arbitramento

e, para tal, deve o julgador levar em conta a situação das partes, as circunstâncias dos fatos, o caráter pedagógico-punitivo da indenização, bem como a repercussão do dano na vida do reclamante, de modo que o *quantum* possa servir para compensar a lesão sofrida pelo ofendido e, também, incutir no empregador maior preocupação com as condutas praticadas.” (TRT 03ª R. – RO 726/2010-100-03-00.4 – Rel. Des. Bolívar Viegas Peixoto – DJe 14.3.2011 – p. 31.)

“DANO MORAL — CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO — PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE — Entende-se por dano moral, aquele que diz respeito às lesões sofridas pelo sujeito físico da pessoa natural (não jurídica), em seu patrimônio de valores exclusivamente não econômicos. Quando os prejuízos atingem o complexo valorativo da personalidade humana, nos aspectos de sua intimidade, afetividade pessoal e consideração social, surge o dano moral, indenizável por força de determinação constitucional. A fixação do “*quantum*” a ser pago a título de indenização é tarefa tormentosa, que fica a cargo do juiz sentenciante, devendo o mesmo levar em conta a situação econômica de ambas as partes, a extensão da ofensa e o grau de culpa do agente, não podendo se olvidar de que a condenação tem por escopo além de compensar a vítima pela humilhação e dor indevidamente impostas, punir o causador do dano de forma a desestimulá-lo à prática de atos semelhantes (caráter pedagógico). Na mesma esteira, ainda que ao juízo caiba o arbitramento da indenização, esta não pode ser “escoadouro de sonhos e riquezas”. É preciosa a lição do Mestre Humberto Theodoro Júnior, quando afirma que: “se a vítima pudesse exigir a indenização que bem quisesse e se o juiz pudesse impor a condenação que lhe aprouvesse, sem condicionamento algum, cada caso que fosse ter à Justiça se transformaria num jogo lotérico, com soluções imprevisíveis e as mais disparatadas.” É certo que a cada caso dá-se à vítima “uma reparação de “*damno vitando*”, e não de lucro “*capiendo*”. Mais que nunca há de estar presente a preocupação de conter a reparação dentro do razoável, para que jamais se converta em fonte de enrique-

cimento, conforme arremata o eminente professor.” (TRT 03ª R. – RO 644/2010-153-03-00.5 – Relª Juíza Conv. Maria Cristina D. Caixeta – DJe 19.1.2011 – p. 115.)

Em suma, na fixação do valor da indenização por dano moral (de acordo com o *princípio do “boni arbitrium”*) deve-se levar em conta o caráter pedagógico, em relação ao empregador, e reparatório, em relação ao empregado, evitando-se que o valor fixado propicie o enriquecimento ilícito do obreiro, e que seja inexpressivo, a ponto de nada representar, para a empresa. Logo, a satisfação pecuniária não pode produzir enriquecimento à custa do empobrecimento alheio.

Nesse contexto, importante registrar, os documentos dos autos comprovam que a 1ª Reclamada, após o trágico acidente, prestou assistência ao reclamante arcando com os custos de despesas médicas e hospitalares, viagens diversas e deslocamentos a Belo Horizonte-MG, inclusive para familiares do obreiro, forneceu duas cadeiras de roda, além de ter providenciado reforma e ampliação na residência do reclamante, fazendo as adaptações para atendimento das necessidades especiais do autor, atitudes que demonstram que tentou minimizar as consequências nefastas do evento danoso, fatos que não podem ser desconsiderados na fixação da indenização por danos morais (cf. documentos de fls. 228/301).

Por todo o expendido e inexistindo parâmetro objetivo na legislação brasileira, impõe o arbitramento do valor da reparação pelo juízo de equidade, levando-se em linha de conta os seguintes critérios: (1) a grau de culpa da reclamada e a gravidade dos efeitos do acidente no reclamante; (2) a posição socioeconômica do ofensor e a condição social do reclamante; (3) o valor não pode servir para enriquecimento da vítima nem de ruína do ofensor; (4) o valor deve ser fixado para compensar o dano moral e estético e servir de sanção para dissuadir a reclamada a não incorrer em novo ato ilícito;

e (5) a assistência moral e material prestada pela empresa após o acidente.

Nessas condições e considerando: (1) a culpa grave da primeira clamada na efetivação do evento-acidente; (2) as graves consequências do acidente do trabalho na vida do obreiro e considerando-se que dinheiro algum paga a dor, o sofrimento, a angústia por ter sido precocemente lançado à margem do mercado de trabalho, em face da sua situação de deficiente físico após ao acidente (servindo a indenização apenas para proporcionar certa *compensação* na alma por proporcionar a mitigação do sofrimento); (3) que a indenização deve ter função didático-pedagógica para servir de punição e motivo de observância das normas de segurança do trabalho; (4) a capacidade econômico-financeira da empregadora, conforme se infere do seu contrato social; (5) o fato de a reclamada já ter dispendido recursos para a reforma e ampliação da residência do reclamante e adequando-a às suas necessidades especiais; (6) o atendimento prestado no atendimento médico-hospitalar na época do acidente e o fornecimento de duas cadeiras de rodas ao obreiro; (7) o princípio da equidade e do *boni arbitrium*, JULGO PROCEDENTE, em parte, o pedido n. “10”, fl. 19 da inicial, para condenar a primeira reclamada a pagar ao reclamante Indenização por danos morais na importância de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) corrigida monetariamente a partir da intimação desta sentença nos termos do art. 39, da Lei n. 8.177/91, com o balizamento dado pela Sumula n. 381/Colendo Tribunal Superior do Trabalho, e acrescido de juros de 1% ao mês, contado de forma simples, *pro rata die*, a partir do ajuizamento da ação (§ 1º, do art. 39, da mesma lei e art. 883, da CLT, à inteligência da Súmula n. 200/TST), por entender este valor justo compensatório e que melhor atende aos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade e do valor justiça, no contexto específico do presente caso.

2.2.6.3.2) Indenização por danos físicos/estéticos

Como já explicitado alhures, o reconhecimento da responsabilidade do empregador para a indenização de danos estéticos ao seu empregado, decorrente de acidente do trabalho, pressupõe: a) a prática de um ilícito; b) um dano; c) a relação de causa e efeito entre o ilícito e o dano, a teor do disposto nos arts. 186 e 926, *caput*, do CCB c/c art. 7º, XXVIII, da CF/1988, sob pena de indeferimento da pretensão.

Na hipótese dos autos, como já decidido em tópico próprio, restou comprovado o dano estético, que reputo em grau máximo, consoante Laudo Médico Pericial, sendo inequívoco o nexo direto de causalidade dos danos com o acidente de trabalho e a culpa da primeira reclamada na efetivação do evento danoso, pelas razões já expendidas em linhas acima.

Diante disso e ancorado nos demais fundamentos já expendidos alhures, impõe-se reconhecer a responsabilidade da primeira reclamada na obrigação de indenizar o dano estético sofrido pelo reclamante.

Como já dito, embora o *dano estético* seja espécie do gênero *dano moral*, a doutrina e a jurisprudência registram a evolução para o deferimento de indenizações específicas quando há possibilidade de esses danos serem em separado, como no presente caso, conforme já decidiu e caso análogo, a Egrégia Corte Regional, *verbis*:

“As indenizações por danos morais e estéticos podem ser cumuladas, considerando que estes últimos são espécimes dos primeiros e que as indenizações têm finalidades diferenciadas, embora decorrentes do mesmo fato. Enquanto o dano moral visa a reparar os valores subjetivos da pessoa: honra, imagem, dignidade, integridade psicofísica, a indenização pelo dano estético tem a finalidade precípua de recompensar o indivíduo pela deformidade física que resultou do acidente.” (Processo 0001577-49.2010.5.03.0003 RO (01577-2010-003-03-00-1 RO) Data de

Publicação: 2.12.2011 – Órgão Julgador: Primeira Turma – Relator: Convocado Eduardo Aurelio P. Ferri – Revisor: Convocado Paulo Mauricio R. Pires – Tema: DANO ESTÉTICO — DANO MORAL — ACUMULAÇÃO – Divulgação: 1º.12.2011. DEJT. Página 131.)

Conforme consignado pelo *Expert* no Laudo Pericial, o reclamante, decorrência do acidente do trabalho sofreu: (i) queimaduras graves de 2º e 3º graus, com sequelas permanentes, sendo submetido a cirurgia plástica que gerou aspecto ruim no antebraço esquerdo, remanescendo ainda queloides; (ii) amputação dos dois membros inferiores, sendo o coto do membro inferior esquerdo ao nível da raiz da coxa e o do membro inferior direito, apenas um pouco maior, conforme se vê das referidas fotografias do anexo ao Laudo às fls. 890/895; (iii) enfeiamento no seu corpo, com profundas marcas, indeléveis, alterando profundamente a sua qualidade de vida. Acrescentou o Perito que o aspecto visual dos cotos dos membros inferiores não é bom, que há dano estético permanente, aderências, retração cicatricial e queloides.

Oportuno ressaltar que os danos físicos/estéticos, decorrentes do acidente do trabalho de que foi vítima o reclamante, ficaram evidentes e incontestáveis, consoante Laudo Pericial Médico do Perito Oficial, especialmente conforme se pode aferir pelas fotografias juntadas com a inicial (fls.44/48) e aquelas que integram o Laudo Médico (fls. 890/895) que falam por si mesmas.

Como bem delineado juridicamente no v. Acórdão da Egrégia Corte Regional, em situação análoga, “O *dano estético* consiste em ofensa à integridade física da pessoa. Uma ofensa à integridade da saúde física e da aparência estética. Para a configuração do dano estético e, dessa maneira, para o ensejo de uma reparação pecuniária que vise compensar o mesmo, não existe necessidade de que tal dano consista em lesão de alta gravidade, bastando, simplesmente, que a pessoa, vítima da lesão, tenha sofrido alteração que a deixe com aparência

diversa com a que possuía antes de sofrer a lesão. Sendo tal modificação para pior. Ou seja, são quatro os elementos que caracterizam o dano estético: piora na aparência, irreparabilidade, permanência e sofrimento moral.” (Processo n. 0000058-91.2011.5.03.0039 RO (00058-2011-039-03-00-7 RO) – Data de Publicação: 14.11.2011 – Órgão Julgador: Quinta Turma – Relator: Paulo Roberto Sifuentes Costa – Revisor: Jose Murilo de Moraes – Tema: DANO ESTÉTICO — CARACTERIZAÇÃO – Divulgação: 11.11.2011. DEJT. Página 45.)

O Laudo Pericial não deixa nenhuma dúvida de que o reclamante sofreu dano estético, decorrente do acidente do trabalho, devendo a primeira reclamada responder pela reparação, uma vez que presentes os demais requisitos da responsabilidade civil subjetiva, nos termos dos fundamentos já expendidos nesta decisão, aos quais me reporto.

Do expendido e considerando a extensão do danos físicos/estéticos sofridos pelo reclamante, conforme delineado no Laudo Pericial e considerando que cumpre ao empregador cumprir e fazer cumprir as normas de segurança do trabalho, notadamente para preservação da integridade física e mental do trabalhador, o reclamante faz jus a uma indenização por esses danos experimentados, que o acompanhará ao longo de toda sua existência.

No que toca ao valor da indenização, como depreende da doutrina e jurisprudência, deve ser fixado levando em linha de conta a repercussão do dano, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para que não seja motivo de enriquecimento do empregado à custa do empobrecimento do seu empregador.

Nessas condições, com base no princípio da equidade e orientado pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se, ainda, em linha de conta extensão dos danos físicos/estéticos sofridos pelo obreiro, decorrentes do lamentável acidente do trabalho, consoante Laudo Pericial, JULGO PROCEDENTE pedido

epigrafado, formulado sob o n. “08”, fl. 19 da inicial, e condeno a reclamada a pagar ao reclamante Indenização pelos danos físicos/estéticos, na importância de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) corrigida monetariamente pela Tabela Única de Atualização editada pela Eg. CGJT, a partir da intimação desta sentença nos termos do art. 39, da Lei n. 8.177/91, com o balizamento dado pela Súmula n. 381 do Colendo TST mais de juros de 1% ao mês, sobre o valor corrigido, contado de forma simples, *pro rata die* também a partir da intimação da sentença (§ 1º, do art. 39, da mesma lei à inteligência da Súmula n. 200/TST), por entender este valor justo e compensatório no contexto do presente caso.

2.2.6.3.3) Indenização por danos materiais. Custeio do tratamento

Postulou o reclamante sejam as reclamadas condenadas a custear as despesas com o tratamento, consistentes em fisioterapias, deslocamentos, até o final de sua convalescença, além de arcar com os custos das próteses endoesqueléticas, orçadas em R\$ 288.380,00 conforme orçamentos que juntou às fls. 42/43.

No caso dos *danos materiais emergentes* a hipótese é de aplicação da regra prevista no art. 950 do Código Civil, segundo o qual se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, deve o ofensor arcar, também, com as despesas do tratamento, até o fim da convalescença corresponde ao que o reclamante gastou e gastará como despesas médicas, hospitalares, farmacêuticas, dentre outras.

Assim, quanto às *despesas de tratamento médico* “cabe a indenização de todas as despesas necessárias ao tratamento... até o fim da convalescença, ou seja, até a cura ou consolidação das lesões”, e, no presente caso, enquanto viver o reclamante e for necessário tratamento para minimizar o seu sofrimento, conforme determinação médica, devido à gravidade das lesões decorrentes do acidente do trabalho.

Como ressalta SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA, e, *“Se mesmo depois de consolidadas as lesões persistir a necessidade do tratamento médico, conforme indicação do Laudo Pericial, a condenação deverá prever verba para esse fim, já que a indenização do tratamento independe do valor pago a título de pensionamento pela inabilitação da vítima”, tendo o E. STJ decidido que “tratando-se de sequelas duradouras que exijam tratamento contínuo e prolongado, a indenização devida ao prejudicado também deve abranger essas despesas, sendo desnecessária a propositura de novas ações”* (Op. cit., p. 290).

Destaco que, dado à peculiaridade e gravidade das lesões sofridas pelo reclamante, consoante Laudo Pericial, a indenização relativa ao tratamento, corresponde ao que o reclamante gastou e gastará como despesas médicas, hospitalares, farmacêuticas, fisioterapia, despesas de transporte para o tratamento etc., enquanto necessitar para a minimização do seu sofrimento e conforme determinação médica.

Registro que não há prova nos autos de que o reclamante tenha arcado com essas despesas, nada havendo, pois, a ser indenizado, até o momento. Contudo, entendo que, diante o quadro de saúde do autor e da avaliação do Médico Perito do Juízo, elas são presumidas, bem como são presumidas as futuras despesas para o tratamento médico, impondo-se a condenação genérica da primeira reclamada nesta indenização (inciso II do art. 286 do CPC), devendo os valores ser apurados em artigos de liquidação, por documentos idôneos, tanto as despesas médicas, hospitalares, fisioterapia, com medicamentos, despesas de transporte/deslocamentos já efetuadas, como as que vierem a ser efetivadas, desde que relacionadas com o acidente.

Assim, todas as despesas médicas, hospitalares, farmacêuticas, fisioterápicas, despesas de transporte para o tratamento, conserto das cadeiras de rodas etc., arcadas pelo reclamante em decorrência do acidente deverão ser ressarcidas,

bastando o reclamante, após o trânsito em julgado da decisão, juntar aos autos os comprovantes idôneos dessas despesas e requerer o ressarcimento por simples petição.

No que toca às próteses endoesqueléticas mencionadas na petição inicial (fl. 17) e no orçamento de fls. 42/43, INDEFIRO o pedido, uma vez que o Perito Oficial, em seu Laudo Pericial, foi contundente em sua conclusão — a qual não restou infirmada pelo autor — asseverando que *“não vê a necessidade do uso de prótese para a marcha, devido ao perfil do periciado, que deixou claro da desnecessariedade do uso de prótese e da dificuldade que teria em adaptação”*, acrescentando, ainda que a utilização de *“Uma cadeira de rodas confortável seria uma melhor indicação, desde que houvesse a adaptação de sua residência para o uso de cadeira de rodas. Adaptação das portas, a construção de rampas”* (Laudo, fl. 883).

Destarte, como a 1ª Reclamada já forneceu duas cadeiras de rodas ao reclamante e já procedeu a reforma/ampliação da residência do obreiro fazendo as adaptações necessárias para o uso de cadeira de rodas, conforme depreende dos documentos de fls. 230/248 e 275, impõe-se o acolhimento da conclusão do *Expert*.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE, parcialmente, o pedido n. 11, fl. 19 da inicial, e condeno a 1ª Reclamada nas obrigações de: (i) ressarcir o reclamante das despesas médicas, hospitalares, fisioterápicas, com medicamentos e despesas de transporte já efetuadas, dentre outras, desde que relacionadas com o acidente a partir de 05/05/2011, em liquidação de sentença, mediante comprovação nos autos com documentos idôneos, com correção monetária e juros legais; e (ii) custear as despesas médicas, hospitalares, fisioterapia, com medicamentos, despesas de transporte, deslocamentos que vierem a ser efetivadas, relacionadas com o acidente, mediante comprovação nos autos com documentos idôneos, correção monetária e juros legais.

2.2.6.3.4) Indenização por danos materiais. Pensão mensal

Postulou o reclamante o pagamento de pensão mensal no valor equivalente ao salário mínimo que percebia acrescido do adicional de periculosidade, atualizada de acordo com os aumentos salariais da categoria profissional, ou, sucessivamente pelos reajustes do salário mínimo, até completar 73 anos idade, em parcela única ou caso assim não se der, seja determinado a constituição de capital nos termos do art. 475-Q do CPC.

Sabidamente, a reparação dos danos materiais abrange, além dos danos emergentes, os lucros cessantes, entendendo-se estes como aquilo que o obreiro perdeu e o que deixou de ganhar em decorrência do acidente que resultou na sua incapacidade laborativa total ou parcial em caráter permanente, tendo o escopo de recompor o patrimônio do ofendido ao mesmo patamar existente antes do ato ilícito, na moldura dos arts. 402 e 950 do CCB/2002, conforme já explicitado no sub-tópico 2.2.6.2.1.3, *supra*.

E, na dicção do art. 950, *caput*, do Código Civil/2002: “Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.”

Extraí-se, pois, da lei que a indenização pelo dano material relativa à pensão mensal (lucros cessantes) deve ser no valor correspondente ao trabalho inabilitado, e, no presente caso, considerando incapacidade total permanente para o trabalho e considerando que foram atendidos os demais requisitos da responsabilidade civil subjetiva, conforme decidido em tópico específico, dever ser deferida até que o reclamante complete 73 anos (limites do pedido) que, inclusive, está abaixo da sobrevivência prevista na Tabela de Expectativa de Sobrevida de 2012 do IBGE.

Quanto ao valor da *pensão mensal* — por se tratar de lucros cessantes — deve ser estabelecido levando-se em linha de conta os rendimentos que o obreiro auferia, ou seja, a sua remuneração no mês da ocorrência do acidente (Maio/2011), que no presente caso corresponde ao salário mínimo legal acrescido do adicional de periculosidade de 30% reconhecido nesta decisão, perfazendo o montante de R\$ 708,50 (R\$ 545,00 x 1,30).

Nessas condições, considerando que o reclamante encontra-se com incapacidade laborativa total e permanente para o trabalho, conforme conclusão do Perito Judicial Médico (Laudo, fls. 883/883), já tendo sido, inclusive, concedido o benefício de Aposentadoria por Invalidez Acidentária pelo INSS, e, enfim, considerando que foram atendidos todos os requisitos legais da responsabilidade civil subjetiva (CCB/2002, arts. 186 e 927), conforme já decidido alhures, faz jus ao recebimento de pensão mensal no valor correspondente a um salário mínimo legal acrescido do adicional de periculosidade de 30%, que deixa de perceber em face de sua inabilitação total e permanente para a função que exercia na sua empregadora, a partir de 20.5.2011 já descontado os primeiros quinze dias do afastamento, até completar 73 anos de idade, parcelas vencidas com atualização monetária na forma da Súmula n. 381/TST mais juros de 1% ao mês, simples, sobre o valor corrigido, a partir do ajuizamento da ação (Lei n. 8.177/91, § 1º do art. 39 e Súmula n. 200/TST), mais as parcelas vincendas sempre no valor correspondente a um salário mínimo legal acrescido do adicional de periculosidade de 30%.

Registro que o fato de o reclamante receber benefício previdenciário de Aposentadoria por Invalidez Acidentária, decorre de responsabilidade objetiva do INSS, bastando o segurado manter essa qualidade para fazer jus ao benefício na forma prevista em lei, não havendo possibilidade de dedução do valor no pensionamento decorrente de ato ilícito. Aliás,

a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no inciso XXVIII, do art. 7º, com clareza, que o benefício previdenciário pago pelo INSS não exclui a indenização devida pelo empregador quando incorrer dolo ou culpa, como no presente caso, matéria pacificada pela Súmula n. 229 do Supremo Tribunal Federal.

É que, de um lado, a *prestação previdenciária* (benefício previdenciário) advém do seguro social compulsório por Risco Ambiental de Trabalho (RAT) ex-Seguro de Acidente do Trabalho (SAT), no percentual de 1%, 2% ou 3% (que pode ser elevado de acordo com o grau de risco das atividades empresariais) incidente sobre o valor da remuneração bruta da Folha de Pagamento, pago pelos empregadores e da contribuição previdenciária (cota-parte do empregador e do empregado) e tem substrato na teoria da responsabilidade objetiva onde não se discute a culpa pelo dano.

E, de outro a *indenização por dano material* (na forma de pensão mensal) decorrente do acidente do trabalho, está assentada na responsabilidade civil, *in casu* subjetiva, segundo a qual, como já dito, não só o dano deve ser demonstrado, mas também a culpa e o nexo causal entre o dano e o acidente e entre a conduta dolosa ou culposa do empregador e o dano causado ao trabalhador.

Adito, ainda, a propósito, que prevê também a Lei n. 8.213/1991, em seu art. 121, que o empregado poderá receber da Previdência Social as prestações pelo acidente do trabalho e também receber indenização em decorrência da responsabilidade civil do empregador, embora este participe compulsoriamente, no custeio do seguro social compulsório por Risco Ambiental de Trabalho (RAT) ex-Seguro de Acidente do Trabalho (SAT), não se eximindo das indenizações a título de pensionamento mensal, a que for obrigado, em decorrência da responsabilidade civil subjetiva ou objetiva, (CF/1988, art. 7º, XXVIII; CCB/2002, arts. 186 e 927).

Em de face de todo o exposto, JULGO PROCEDENTE, em parte, o pedido em tela,

formulado sob o n. “09”, à fl. 19 da inicial, e condeno a primeira reclamada a pagar ao reclamante, *pensão mensal no valor correspondente a um salário mínimo legal acrescido do adicional periculosidade de 30%, a partir de 20/05/2011 já descontado os primeiros quinze dias do afastamento, até completar 73 anos de idade, parcelas vencidas com atualização monetária na forma da Súmula n. 381/TST mais juros de 1% ao mês, simples, sobre o valor corrigido, a partir do ajuizamento da ação (Lei n. 8.177/91, § 1º do art. 39 e Súmula n. 200/TST), mais as parcelas vincendas no valor correspondente a um salário mínimo legal acrescido do adicional periculosidade de 30%.*

INDEFIRO o pedido de pagamento do *pensionamento mensal* em parcela única, por comungar do entendimento de que o disposto no parágrafo único do art. 950 do Código Civil/2002 não se aplica no presente caso por se tratar de reparação de danos a título de lucros cessantes, não se confundindo com a pensão alimentícia no âmbito do Direito de Família.

2.2.7) Indenização por danos morais.
Condições deletérias de trabalho. Ofensa à dignidade do trabalhador

Alegou o reclamante, na inicial, que as reclamadas não se preocupavam com a higiene no local de trabalho, uma vez que não havia instalações sanitárias, não fornecido papel higiênico nem sabonete, e, ainda, não havia local adequado para almoçar com mesa e cadeiras, tomando as refeições no chão, debaixo de alguma árvore, afrontando a dignidade da pessoa humana, deixando de observar exigências das NRs 21 e 24, pelo que sofreu dano moral com sentimento de humilhação e tristeza pelas condições de trabalho. Assim, postula indenização por dano moral, no importe de R\$ 8.000,00.

A 1ª Reclamada, por seu turno, alegou em sua defesa, em resumo, que: (i) as atividades desempenhadas pelo reclamante, como foi-ceiro ou operador de motosserra, eram matas e capoeiras, muitas vezes em local de difícil acesso, inviabilizando e impossibilitando a

instalação de banheiros químicos, sendo que, durante uma jornada, o obreiro poderia, de acordo com o andamento dos serviços, ficar a uma distância de mais de 3 km do local onde ficaria o banheiro químico, circunstância esta que demonstra a desnecessidade dessa instalação no local, porque o trabalhador não retornaria da referida distância pra fazer suas necessidades fisiológicas; (ii) seus Alojamentos há estrutura básica que o ser humano precisa, como camas, colchões, geladeira, fogão, televisão, mesas, cadeiras, alimentos e material de higiene e de uso pessoal para os trabalhadores.

Examino.

Como já dito, a reparação do dano moral tem fundamento na Teoria da Responsabilidade Civil (Subjetiva ou Objetiva) com previsão legal no art. 5º, V e X, da Constituição Federal/1988 e arts. 186 e 927 do Código Civil. Com efeito, dispõem, respectivamente, os precitados dispositivos legais que: (i) “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, (ii) “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, e (iii) “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

O professor SÍLVIO DE SALVO VENOSA⁽²⁹⁾, pontua que “*Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima (...)*”, advertindo, todavia, que “*Não é também qualquer dissabor mezinho da vida que pode acarretar a indenização*” e que “*é importante o critério objetivo do homem médio, o ‘bonus pater familias’: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino (...)*”.

(29) In: *Direito civil. Responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 33.

Outrossim, preleciona o professor JORGE PINHEIRO CASTELO que “o dano moral seria aquele capaz de repercutir na esfera interna do ser humano, trazendo-lhe dor, tristeza ou qualquer outro sentimento que altere o aspecto psicológico, sem repercussão de natureza econômica (in *Do dano moral trabalhista*, in *Revista LTr*, São Paulo, v. 59, n. 4, abril de 1995, p. 488).

E, considerando que, quanto ao tema epigrafado, aplica-se a responsabilidade civil subjetiva, o obreiro faz jus à reparação pretendida se ficarem demonstrados os seguintes requisitos: (i) a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta, (ii) o dano e o (iii) nexo de causalidade entre o *dano* e a conduta dolosa ou culposa patronal.

Pois bem. Pela litiscontestação restou incontroverso que nos locais de trabalho do reclamante — zona rural, na faixa de servidão da CEMIG — onde eram realizados serviços de aceiro, roçada, poda e/ou corte das árvores sob as Linhas de Transmissão ou Linhas de Distribuição, não foram instalados banheiros químicos, para a utilização dos trabalhadores nas suas necessidades fisiológicas, nem foi montado um local apropriado para a turma de trabalhadores, dentre eles o reclamante, tomar a refeição e descansar.

De outro tanto, confessou o preposto da 1ª Reclamada, em depoimento pessoal, e a confissão faz prova contra o confitente (CPC, arts. 348 e 350), “*que nas frentes de trabalho, na hora do intervalo, os trabalhadores procuravam uma sombra de árvore para se alimentar e descansar; que nas frentes de trabalho não era montada tenda para alimentação, nem banheiro químico; que também não havia nas frentes de trabalho água para higiene das mãos; que na época não foi instalado banheiro químico por ser inviável, considerando os serviços realizados ao longo da linha de transmissão da 2ª recda.*”.

Assim, restou evidenciado que a 1ª Reclamada não levava no caminhão com as ferramentas/

equipamentos/materiais, sanitários químicos para serem instalados nos locais de trabalho para utilização dos trabalhadores nas suas necessidades fisiológicas, nem mesa e cadeiras e tenda, para propiciar um local adequado para as refeições no local de labor, bem como sequer fornecia água para higiene das mãos antes de os obreiros tomarem suas refeições.

Não tendo dúvida da existência de situações de constrangimento dos trabalhadores, dentre eles o reclamante, no ambiente laboral ao serem submetidos a essas condições deletérias indignas, em inegável afronta à dignidade do trabalhador, ensejando os danos morais que devem ser reparados pela 1ª Reclamada. Ora, fica patente o constrangimento do trabalhador por não ter, durante toda sua jornada de trabalho, meses a fio, um local apropriado à realização de suas necessidades fisiológicas, sobretudo quanto à defecação, tendo que fazer suas necessidades no mato, bem como não ter um local digno para almoçar, tendo que procurar uma árvore e sentar embaixo dela, no chão, para tomar seu almoço. Note-se que não havia sequer um lugar apropriado para ser colocada a marmitta com a refeição.

O fato de o trabalho ser executado, na zona rural, na faixa de servidão da CEMIG, ao longo e sob as Linhas de Transmissão ou Linhas de Distribuição, chamado de difícil acesso pela reclamada, não serve de escusa para o descumprimento das Normas Regulamentadoras de medicina e segurança do trabalho (NR-21 e NR-24 da Portaria n. 3.214/78 do MTE), a saber:

item 21.1 da NR-21 – Nos trabalhos realizados a céu aberto, é obrigatória a existência de abrigos, ainda que rústicos, capazes de proteger os trabalhadores contra intempéries;

item 21.5. da NR-21 – Os locais de trabalho deverão ser mantidos em condições sanitárias compatíveis com o gênero de atividade;

item 24.6.1 da NR-24 – As empresas urbanas e rurais, que possuam empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, e os órgãos governamentais devem

oferecer a seus empregados e servidores condições de conforto e higiene que garantam refeições adequadas por ocasião dos intervalos previstos na jornada de trabalho;

item 24.6.3 da NR-24 – Na hipótese de o trabalhador trazer a própria alimentação, a empresa deve garantir condições de conservação e higiene adequadas e os meios para o aquecimento em local próximo ao destinado às refeições;

item 24.6.3.1 da NR-24 – Aos trabalhadores rurais e aos ocupados em frentes de trabalho devem ser oferecidos dispositivos térmicos que atendam ao disposto neste item, em número suficiente para todos os usuários;

item 24.7.5 da NR-17 – Os locais de trabalho serão mantidos em estado de higiene compatível com o gênero de atividade.

E mais, considerando a atividade era desempenhada na zona rural, aplica-se por analogia o item 31.23.1, alíneas “a” e “b”, da NR-31, segundo o qual o empregador rural ou equiparado deve disponibilizar aos trabalhadores áreas de vivência compostas de: a) instalações sanitárias; b) locais para refeição, bem como o item 31.23.3.1, alíneas “a”, “b” e “c” da referida NR, que regulamenta as instalações sanitárias que devem ser disponibilizadas aos trabalhadores.

Ora, não se pode olvidar que “As Normas Regulamentadoras — NR, relativas à segurança e medicina do trabalho, são de observância obrigatória pelas empresas privadas e públicas” (NR-1, item 1.1). Assim, entendo que a inobservância dessas condições mínimas de trabalho, sujeitam os trabalhadores que labutam a céu aberto, a desnecessário constrangimento e humilhação por inexistir próximo aos locais de trabalho sanitários químicos para a satisfação das necessidades fisiológicas, nem local adequado para tomarem suas refeições nem água para higienização pessoal.

A alegação da reclamada quanto à desnecessidade de banheiros químicos e local adequado para as refeições nas frentes de trabalho, em face das atividades dos obreiros serem desempenhadas

em zona rural, não tem a mínima consistência jurídica, estando à margem das normas cogentes que regulamentam a questão.

Entender como normal o trabalhador fazer suas necessidades fisiológicas no mato e ter que procurar uma árvore para tomar sua refeição do almoço é um acinte à inteligência da pessoa mediana. Além de ser constrangedor e aviltante, o obreiro ainda corria risco de ser atacado por animal peçonhento ao ter que se embrenhar mato a dentro para fazer suas necessidades fisiológicas, por não terem sido instalados sanitários químicos próximos às frentes de trabalho.

Registro ainda que o fato de as atividades serem realizadas ao longo das Linhas de Transmissão ou Linhas de Distribuição, não inviabiliza a instalação de sanitário químico nem a preparação de um local para as refeições (tenda com mesa e banquinhos ou cadeiras), pois a empresa tem a obrigação de ter pessoal em quantidade suficiente também para essa atividade de montagem e desmontagem na medida em que o trabalho de limpeza da faixa de servidão vai avançando.

É a reclamada quem tem a obrigação de adequar sua atividade às exigências legais para proporcionar um ambiente de trabalho seguro, saudável e não afrontoso à dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito (CF/1988, art. 1º, III).

Não tendo a 1ª Reclamada dotado o local de trabalho do reclamante com sanitários químicos, local apropriado para as refeições/descanso, água para higienização pessoal, não há dúvida de que descumpriu sua obrigação legal de prover condições de trabalho adequadas e de zelar pelo bem-estar de seus empregados durante a jornada de trabalho, ficando patente a sua culpa por omissão ao negligenciar as normas de medicina e segurança do trabalho, sujeitando seus obreiros à humilhação e constrangimento de fazer suas necessidades fisiológicas no mato, além do risco de ataques de animais peçonhentos, o que suficiente para

comprovar a existência de efetivo dano moral, porque causadores de humilhação e sofrimento interior, não se tratando de mero dissabor ou simples chateação.

A omissão da 1ª Reclamada em não prover o local de trabalho, com a instalação de sanitários químicos e local adequado para alimentação e abrigo, configura ato ilícito omissivo e o indubitado prejuízo causado na esfera extrapatrimonial do reclamante, pela ofensa a direitos de personalidade, ao ter que se submeter ao constrangimento e humilhação de fazer suas necessidades fisiológicas no mato, notadamente, no caso defecação, além de não proporcionar um local adequado para alimentação e descanso nem abrigo contra as intempéries durante a jornada.

Sabidamente, o dano moral se verifica nas hipóteses em que alguém é ilicitamente submetido a constrangimentos e tem ferido seus direitos de personalidade, como a honra, a boa fama, a imagem.

E, como evidenciado nos autos, os fatos narrados na inicial quanto à inexistência de sanitários químicos e local adequado para alimentação nas frentes de trabalho demonstra dano à honra, à imagem e à dignidade humana do reclamante a justificar a imposição de condenação à empregadora no pagamento de indenização por dano moral.

Não há mínima dúvida de que o não fornecimento de local apropriado para a satisfação das necessidades fisiológicas dos empregados, como no presente, sujeita-os a situação vexatória e incômoda, sendo certo que essa conduta omissiva patronal importa em ofensa a direitos de personalidade e fere a dignidade humana do trabalhador, impondo-se o deferimento da pretensão quanto à indenização por danos morais.

Nesse sentido, os seguintes julgados da E. Corte Regional:

“EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INSTALAÇÕES SANITÁRIAS INADEQUADAS. INOBSERVÂNCIA DA

NR-31, DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. A existência de ônibus com banheiro químico foi confirmada pela prova testemunhal. Entretanto, em nenhum momento, ficou demonstrado que a Reclamada possuía instalações sanitárias na forma estabelecida pela NR-31, do Ministério do Trabalho e Emprego ou mesmo que essas fossem utilizadas pelos trabalhadores e, ainda, se era suficiente para atender a todos os empregados, de maneira salutar e digna, como propõe a referida norma. Neste contexto, emerge o dano moral experimentado pelo Reclamante, a culpa da Empregadora e o nexo causal entre ambos.” (TRT da 3.ª Região; Processo: 02049-2012-063-03-00-5 RO; Data de Publicação: 2.9.2013; Órgão Julgador: Sexta Turma; relator: Fernando Antonio Viegas Peixoto; revisor: Rogerio Valle Ferreira; divulgação: 30.8.2013. DEJT. p. 261.)

“EMENTA: DANO MORAL. Comprovado que a reclamada não disponibilizava condições adequadas de higiene e conforto para seus empregados, ou seja, que não oferecia banheiro químico de acordo com a NR-31, durante todo o contrato de trabalho da autora, mas, apenas barracas de lona precárias, colocando os empregados que trabalhavam na colheita de café em situação vexatória e desconfortável, devida a indenização por danos morais imposta em primeiro grau.” (TRT da 3ª Região; Processo: 00631-2011-081-03-00-8 RO; Data de Publicação: 9.11.2011; Órgão Julgador: Quarta Turma; relator: Fernando Luiz G.Rios Neto; revisor: Julio Bernardo do Carmo.)

“EMENTA: RESPONSABILIDADE EXTRA-CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE SANITÁRIOS NO LOCAL DE TRABALHO. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. Em regra, a indenização por danos morais pressupõe um ato ilícito consubstanciado em erro de conduta ou abuso de direito praticado pelo ofensor, um prejuízo suportado pelo ofendido, com a subversão dos seus valores subjetivos da honra, dignidade, intimidade ou imagem e um nexo de causalidade entre a conduta antijurídica do agente e o dano experimentado pela vítima. No caso, a ausência de sanitários e refeitório no local de

trabalho configura ilícito empresário, que causa inquestionável constrangimento aos seus empregados, ofensa moral que merece reparação. Afinal, é obrigação do empregador oferecer ambiente hígido de trabalho aos seus empregados e possibilitar-lhes a satisfação de suas necessidades básicas, devendo sempre adotar todas as medidas e providências necessárias para propiciar um ambiente de trabalho hígido e saudável, obrigação que decorre do próprio princípio da alteridade. Valendo registrar, por oportuno, que a NR-24 da Portaria n. 3.214/78 trata das condições sanitárias e de conforto nos locais de trabalho, entre as quais está a disponibilização de instalações sanitárias, conforme parâmetros mínimos que devem ser observados, regra que, entretanto, sendo desrespeitada, representa conduta antijurídica causadora de dano moral aos trabalhadores, ofensa pela qual o empregador deve ser responsabilizado.” (Processo 00907-2010-053-03-00-8 RO – Data de Publicação: 28.3.2011, DEJT, Página: 163 – Órgão Julgador: Sexta Turma – Relator: Des. Emerson José Alves Lage – Revisor: Des. Anemar Pereira Amaral.)

“EMENTA: DANOS MORAIS — CONDIÇÕES DE TRABALHO DEGRADANTES — OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DOS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO. Demonstrado pela prova pericial e testemunhal que o reclamado não tinha qualquer preocupação com a saúde do reclamante e dos demais trabalhadores, haja vista que não assegurava um ambiente de trabalho minimamente saudável e seguro, em face da ausência de sanitários individualizados dignos nas frentes de trabalho, na forma preceituada na NR-31, o que implica em condições de trabalho degradantes impostas aos empregados contratados para a colheita de café, é patente que o autor sofreu humilhação e constrangimento moral pelas respectivas condições degradantes a que esteve exposto durante o contrato de trabalho, conduta empresarial que importou em violação aos direitos mais elementares assegurados pela ordem jurídica vigente, atingindo princípios basilares do Estado Democrático de Direito preceituados

na Constituição da República, dentre eles, os da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, configurando assim o dano moral, que deve ser reparado, justificando a condenação imposta ao reclamado pela sentença de 1º grau ao pagamento de indenização por danos morais, pela ausência de sanitários nas frentes de trabalho.” (Processo 00713-2010-081-03-00-1 RO – Data de Publicação: 22.11.2010 DEJT Página: 131 – Órgão Julgador: Quarta Turma – Relator: Des. Júlio Bernardo do Carmo – Revisor: Des. Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello.)

E, por se tratar de dano moral puro, atingindo a personalidade e a dignidade do obreiro, não se mostra visível por se tratar lesão interior, que se dá pela dor moral sofrida pelo indivíduo, sendo percebida apenas de forma intuitiva, sensível, sem, contudo, abandonar os caminhos da lógica e da percepção. Assim, não há se falar em demonstrar o *dano moral* (dor, tristeza, angústia, inquietação, intranquilidade de espírito), por ser inerente ao ato-fato-danoso (*in re ipsa*), sendo presumido, tornando-se desnecessária a demonstração pelo ofendido, sendo dispensável a prova das repercussões causadas, bastando, tão somente, a evidencição do ato ilícito comissivo ou omissivo — já cabalmente comprovado — do qual decorre a presunção dos efeitos negativos na pessoa do ofendido, como é pacífico na doutrina e jurisprudência, não havendo que falar em “comprovação” pela vítima que tenha passado por período de sofrimento, dor, humilhação, depressão, baixa autoestima, etc., por se tratar de sentimentos próprios da natureza humana, bastando a prova do ato ilícito (por ação ou omissão) do ofensor.

Conforme já explicitado alhures, o dano moral é de valor inestimável em razão da ausência de critérios legais objetivos. Assim, o valor deve ser arbitrado pelo juízo com prudência, moderação, valendo-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e equidade, para que a indenização não implique enriquecimento da vítima e empobrecimento do ofensor. A propósito, em singular Acórdão, o

eminente Ministro do Colendo TST, Renato de Lacerda Paiva, em julgamento do AIRR – 15216/2004-009-09-40, publicado no DJ em 12.9.2008, fixou alguns critérios para dimensionar concretamente o valor do dano moral, dentro de toda a subjetividade que envolve a matéria:

“... a quantificação do valor que visa a compensar a dor da pessoa requer por parte do julgador bom-senso. E mais, a sua fixação deve-se pautar na lógica do razoável, a fim de se evitar valores extremos (ínfimos ou vultosos). O juiz tem liberdade para fixar o *quantum*. É o que se infere da leitura do art. 1.553 do Código Civil. O *quantum* indenizatório tem um duplo caráter, ou seja, satisfativo-punitivo. Satisfativo, porque visa a compensar o sofrimento da vítima e punitivo, porque visa a desestimular a prática de atos lesivos à honra, à imagem das pessoas. Na doutrina, relacionam-se alguns critérios em que o juiz deverá apoiar-se, a fim de que possa, com equidade e portanto, com prudência, arbitrar o valor da indenização decorrente de dano moral, a saber: a) considerar a gravidade objetiva do dano; b) a intensidade do sofrimento da vítima; c) considerar a personalidade e o poder econômico do ofensor; d) pautar-se pela razoabilidade e equitatividade na estipulação. O rol certamente não se exaure aqui. Trata-se de algumas diretrizes a que o juiz deve atentar.”

Como depreendo do v. Acórdão, não pode também perder de vista que a reparação do dano moral, deferindo uma importância à vítima (reclamante), tem por escopo compensar por esse conjunto de sentimentos negativos que passou e afligiu a sua alma, e sancionar o ofensor como medida didático-pedagógica para inibir incorrer em novo ato ilícito.

Ante todo o exposto e considerando: (1) a conduta omissiva da 1ª Reclamado e os efeitos na vida do reclamante e que dinheiro algum paga a dor, o sofrimento, a angústia, servindo a indenização apenas para proporcionar certa compensação e intimidação ao ofensor para não incorrer em nova ofensa; (2) o porte da empresa reclamada; (3) que o valor arbitrado

deve servir de sanção para que não reincidente na mesma conduta; (4) os princípios da equidade, *boni arbitrium* e da proporcionalidade, JULGO PROCEDENTE, em parte, pedido formulado sob o n. 07, fl. 18 da inicial (fl. 04) para condenar a 1ª Reclamada a pagar ao reclamante indenização por dano moral decorrentes de condições indignas no trabalho, no valor de R\$ 5.000,00 com correção monetária a partir da publicação da sentença, na forma do art. 39, da Lei n. 8.177/91 e Súmula n. 381/TST, mais juros de mora a partir do ajuizamento da ação, na base de 1% ao mês, simples, sobre o valor corrigido (§ 1º, do art. 39, Lei n. 8.177/91 e Súmula n. 200/TST), entendendo-se este valor como justo e compensatório e que melhor atende aos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade no contexto da causa.

2.2.8) Justiça gratuita

A concessão dos benefícios da justiça gratuita orienta-se pela presunção do estado de miserabilidade trabalhador assim considerado o que percebe salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou que declara a inicial (Lei n. 1.060/50, art. 4º) ou ainda declarar em termo próprio inclusive por seu procurador, independentemente de outorga de poderes especiais para firmar a declaração de insuficiência econômica (Lei n. 7.115/83, art. 1º; OJ n. 331/SDI-1/TST), sob as penas da lei, que não está em condição de arcar com as despesas processuais, inerentes aos ônus sucumbenciais, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família (CLT, art. 790, § 3º; Lei n. 1.060/50).

No caso, o Reclamante além de perceber salário em valor inferior até o dobro do salário mínimo legal, conforme consta dos autos, declarou na petição inicial não ter condições financeiras de arcar com as despesas processuais inerentes à sucumbência, sob consequência de ter comprometido o seu próprio sustento e/ou de sua família. Assim, inexistindo nos autos qualquer elemento de prova apto a infirmar a presunção legal nem o conteúdo da referida declaração, reputo atendidos os requisitos legais

e DEFIRO ao Reclamante, os benefícios da justiça gratuita com base no § 3º do art. 790 da CLT c/c a Lei n. 1.060/50 e no direito do amplo acesso à Justiça garantido pela Constituição Federal/1988.

2.3. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS [...]

2.4. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. FATO GERADOR. MULTA DE MORA E JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA (CLT, ART. 879, § 4º). SÚMULA 368/TST

[...]

2.5. IMPOSTO DE RENDA. VERBAS TRABALHISTAS

[...]

2.6. IMPOSTO DE RENDA – DANOS MORAIS/MATERIAIS

Nos termos do art. 43, do CTN, o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior, o qual está sujeito à retenção na fonte e o respectivo recolhimento na forma prevista na legislação ordinária (Lei n. 7.713/88; Lei n. 8.851/92, art. 46, § 2º; Decreto n. 3.000/99, art. 620).

A indenização é forma de reparação de lesão a direito material e, portanto, de mera recomposição patrimonial material, bem como modo de reparação ao patrimônio ideal (psicológico ou moral) com o escopo de proporcionar uma compensação ao lesionado.

Desse modo, a indenização por dano moral, estético e material não se encaixa na moldura de *acréscimo patrimonial* de que trata a legislação do Imposto Renda para os fins de tributação. É reparação civil decorrente de ato ilícito visando

a simples recomposição do patrimônio material e a compensação por dano moral a direito de personalidade lesionado.

No presente caso, em que foi deferida indenização por danos morais e danos materiais provenientes de lesões decorrentes de *acidente do trabalho* dispõe o art. 6º, inciso IV, da Lei n. 7.713/88, que fica isento do Imposto sobre a Renda o rendimento percebido por pessoa física “**as indenizações por acidentes de trabalho**”.

Evidentemente que o termo “indenizações” indica o gênero, do qual a indenização por dano moral e dano material tratou-se de meras espécies. Nesse sentido, já decidiu o E. TRT da 3ª Região, que “*tendo em vista as indenizações (plural) relativas a acidente do trabalho não sofrerem incidência do imposto de renda, consoante disposição contida no art. 6º, IV, da Lei n. 7.713/98 e, levando-se em conta que as doenças do trabalho, são equiparadas, para todos os fins, a acidente de trabalho, as condenações proferidas pela Justiça do Trabalho por danos morais delas decorrentes estão fora da incidência do imposto de renda na fonte*” (Agravado de Petição, Processo n. 00520-2003-003-03-00-6).

Nessas condições, por expressa previsão legal, não haverá incidência de Imposto de Renda sobre os valores deferidos a título de indenização por danos morais e materiais ao reclamante.

Registro, ainda, que não haverá também incidência de imposto de renda sobre montante dos *juros de mora* que for apurado, uma vez que (i) o Decreto n. 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda), no aspecto, excedeu-se dos limites traçados nas leis que regulamenta; (ii) na dicção do § 1º, inciso I, do art. 46 da Lei n. 8.541/92, no caso dos juros, fica dispensada a soma dos rendimentos pagos no mês, para aplicação da alíquota correspondente, porquanto, cabia ao referido Decreto apenas regulamentar a lei e esclarecer a sua aplicação, e não criar obrigação tributária, porquanto a a referida lei expressamente excluiu os juros da tributação, não podendo o Poder Executivo

exorbitar de sua competência ao impor a incidência de imposto de renda sobre juros de mora; (iii) não se pode olvidar que nos termos do parágrafo único, do art. 404, do Código Civil/2002, os juros de mora passaram a ter natureza jurídica de indenização; e (iv) firmou-se entendimento na jurisprudência trabalhista, através da OJ n. 400, da SBDI-1 do C. TST no sentido de que “Os juros de mora decorrentes do inadimplemento de obrigação de pagamento em dinheiro não integram a base de cálculo do imposto de renda, independentemente da natureza jurídica da obrigação inadimplida, ante o cunho indenizatório conferido pelo art. 404 do Código Civil de 2002 aos juros de mora”. Destarte, o montante de juros de mora que for apurado em liquidação de sentença, não deverá integrar a base de cálculo do Imposto de Renda incidente sobre as parcelas de caráter salarial.

2.7. HONORÁRIOS PERICIAIS. PERICULOSIDADE. PERÍCIA MÉDICA

Cediço que o perito nomeado pelo juiz é considerado auxiliar eventual da Justiça⁽³⁰⁾. Via de consequência, os honorários periciais fixados pelo juiz, tem por escopo remunerar os serviços que presta com a elaboração do Laudo Pericial e Esclarecimentos complementares que se fizerem necessários.

Sobre este tema, a Lei n. 10.537/2002 (DOU de 28.8.2002, com efeitos após trinta dias da data da publicação) acrescentou o art. 790-B, estabelecendo que “A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita”.

In casu, a 1ª Reclamada foi sucumbente no objeto da perícia para apuração de periculosidade e na perícia médica para apuração da capacidade laborativa do reclamante após o

(30) Neste sentido, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. n. 119, p. 203-204.

grave e lamentável acidente de trabalho do qual foi vítima e não está amparada pelos benefícios da justiça gratuita.

Dessa forma, deverá responder pelo pagamento dos honorários periciais pela elaboração do Laudo de Periculosidade e de Horas *in itinere*, em favor do Perito Oficial nomeado ELDER VINICIUS RIBEIRO GUEDES, que arbitro em R\$ 2.500,00, levando em linha de conta a complexidade da matéria, o grau de zelo profissional e o lugar e o tempo exigidos para a prestação do serviço e os custos de deslocamentos e alimentação, considerando que *Expert* tem domicílio na longínqua Montes Claros-MG (494 km da sede da Vara), bem como responderá pelos honorários periciais pela produção do Laudo Médico, em favor do Perito nomeado Dr. JORGE AMADO SANTOS MEDINA, que fixo em R\$ 1.500,00 pelos mesmos fundamentos retro, exceto quanto ao deslocamento e custos de alimentação, uma vez que a perícia médica foi realizada no consultório do *Expert* em Teófilo Otoni-MG.

O valor dos honorários serão corrigidos monetariamente, conforme previsto no art. 1º, da Lei n. 6.899/81 (OJ n. 198, da SDI-1 do C. TST), a partir da publicação da sentença, mais juros de mora sobre o valor corrigido, na base de 1% ao mês, contados de forma simples, *pro rata die*, por se tratar de verba fixada judicialmente.

2.8. COMPENSAÇÃO/DEDUÇÃO DE VALORES PAGOS

[...]

2.9. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL (CPC, ART. 475-Q). GARANTIA DE SOLVABILIDADE DA PENSÃO MENSAL

Com o escopo de assegurar a solvabilidade/liquidez da pensão mensal, dispõe o art. 475-Q do CPC, de aplicação subsidiária (CLT, art. 769):

“Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento

do valor mensal da pensão. (Incluído pela Lei n. 11.232, de 2005)

§ 1º Este capital, representado por imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do devedor. (Incluído pela Lei n. 11.232, de 2005)

§ 2º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica, ou, a requerimento do devedor, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz. (Incluído pela Lei n. 11.232, de 2005).

Extraí-se da lei que a determinação de constituição de capital autorizada por lei está inserida na esfera da discricionariedade do juízo sentenciante, consoante a faculdade que expressa na lei traduzida pelo verbo poder, na 3ª pessoa do futuro do subjuntivo (“*poderá*”).

No caso dos autos, a 1ª Reclamada não se trata de empresa de notória capacidade econômica e financeira, sendo cabível a condenação na constituição de capital que assegure o cumprimento da obrigação relativa à pensão mensal, nos termos do art. 475-Q do CPC.

Por essas razões, JULGO PROCEDENTE o pedido n. “09” (fl. 18 da inicial), no aspecto, condeno a 1ª Reclamada providenciar a constituição de capital no valor de R\$ 160.000,00, representado por imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, que será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação, cuja renda deve assegurar o pagamento do valor pensão mensal deferida, no prazo de 10 dias da intimação específica, após o trânsito em julgado, com bloqueio dos saques, salvo o valor da pensão mensal, devendo ser observado para que o montante das retiradas não consuma o capital constituído, se representado por depósito em caderneta de poupança ou outra espécie de aplicação financeira.

2.10. RESPONSABILIDADE DA 2ª RECLAMADA

Argumentou o reclamante a 2ª Reclamada, na condição de tomadora dos serviços da 1ª Reclamada, deverá responder, subsidiariamente, pela satisfação dos seus créditos, tendo em vista que trabalhou no corte e poda de árvores, na limpeza de redes elétricas de sua propriedade, tendo se beneficiado diretamente de sua força de trabalho.

A 2ª Reclamada, por seu turno, aduziu em sua defesa que não pode responder pelas obrigações da 1ª Reclamada, uma vez que: (i) o reclamante não foi seu empregado; (ii) celebrou, na forma legal, contrato de prestação de serviços com a 1ª Reclamada, de natureza civil, pouco importando qual o empregado fosse executá-los, através de Certame Licitatório; (iii) cumpriu rigorosamente com a fiscalização do contrato de trabalho de prestação de serviços firmado com a 1ª Reclamada, conforme documentos que junta; (iv) não se aplica a Súmula n. 331/TST, para fins de responsabilidade subsidiária; (v) a contratação havida com a 1ª Reclamada não está coarctada com a atividade-fim da ora defendente, em consonância com a Súmula 331, III, do C.TST; (vi) a Lei n. 8.666/93, no seu art. 71, § 1º, XI, desobriga a tomadora dos serviços de quaisquer responsabilidades da contratada; (vii) atendidos os preceitos legais para a contratação havida entre as empresas, não há espaço para a responsabilidade subsidiária; (viii) com o julgamento da ADC n. 16 pelo STF, não pode ser responsabilidade por obrigações da 1ª Reclamada; (ix) a Lei n. 8.987/95 autoriza a terceirização dos serviços contratados com a 1ª Reclamada, inclusive se fossem ligados à atividade-fim da CEMIG, conforme julgados que colaciona; (x) não há se cogitar de *culpa in eligendo* por se tratar de contratação por licitação pública; (xi) não incorreu em *culpa in vigilando*, uma vez que fiscalizou a satisfação dos direitos dos trabalhadores, mediante a regular comprovação pela empregadora para

posterior pagamento (xii) quanto ao acidente do trabalho, o Relatório do Acidente elaborado mostra que a 1ª Reclamada não teve nenhuma culpa na sua efetivação ou ocorrência, bem como da ora defendente, tendo o acidente ocorrido por culpa exclusiva do reclamante, que se descuidou de normas basilares de segurança, sendo, assim, indevidas as reparações postuladas.

Analiso.

É cediço que o fenômeno da terceirização, a cada dia, atinge mais o mercado de trabalho nacional, sendo inclusive, utilizada largamente pela Administração Pública (entes públicos, suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), incentivada desde a edição do Decreto-lei n. 200/67 (art. 10), passando pela Lei n. 5.645/70, Lei n. 8.666/93, o Decreto n. 2.271/97, dentre outros. Assim, vem ocorrendo a transferência de certos serviços/atividades pela Administração Pública direta e indireta, passando a ser executados por instituições ou empresas contratadas, por via do Certame Licitatório, quando exige a Lei n. 8.666/93, as quais, com seus empregados, realizam diversos serviços, tais como: construção de estradas, usinas hidrelétricas, aeroportos, portos em geral, redes de água e esgoto, manutenção civil em geral dos prédios, limpeza pública, limpeza de prédios públicos, vigilância, transportes etc.

Pela terceirização de serviços/atividades, vê-se que de um lado a empresa prestadora dos serviços (contratada) cumpre e realiza seu desiderato social e, de outro, o tomador dos serviços (contratante) aufere os benefícios diretos do trabalho prestado pelo empregado daquela. Dessa forma, se a empresa contratada não cumpre as exigências da legislação trabalhista, o contratante (ente público ou suas autarquias, fundações ou empresas públicas, sociedades de economia mista) pode incorrer em *culpa in vigilando*, assumindo as consequências de sua culpa pela omissão quanto ao acompanhamento e fiscalização

do cumprimento das obrigações contratuais trabalhistas, a teor do disposto nos arts. 186 e 927 do Código Civil, respondendo, subsidiariamente, pela satisfação dos créditos do empregado do qual teve o benefício direto da prestação do trabalho, conforme assente na nova redação da Súmula n. 331, itens V e VI do Colendo TST.

A responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, ente público (ou suas autarquias, fundações ou empresas públicas, sociedades de economia mista), no caso de terceirização está, após o julgamento da ADC n. 16/DF, assentada em três premissas: (1) ser o efetivo beneficiário direto da força de trabalho do empregado da empresa com a qual manteve ou mantém contrato de prestação de serviços; (2) estar a empresa contratada em situação de inadimplência com as obrigações trabalhistas relativas ao empregado do qual é beneficiária direta da força de trabalho; (3) comprovação da culpa *in vigilando* do tomador dos serviços (ente público ou suas autarquias, fundações ou empresas públicas, sociedades de economia mista) caracterizada pela omissão quanto à fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais trabalhistas pela empresa contratada em relação a empregado do qual teve o benefício da força de trabalho.

Por conseguinte, comprovado que o ente público (ou suas autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia mista), tomador(a) dos serviços, beneficiário direto do labor prestado pelo obreiro, deixou de acompanhar a execução do contrato em sua inteireza, inclusive no que diz respeito às obrigações contratuais assumidas em relação aos empregados (omissão), é também responsável, subsidiariamente pela satisfação dos créditos trabalhistas do obreiro, na hipótese de inadimplemento da contratada (prestadora dos serviços).

Eis, de maneira sintética, as razões jurídicas da vinculação obrigacional entre as pessoas jurídicas — tomadora e prestadora — impondo

à contratante responsabilidade subsidiária no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas dos empregados da contratada, calcada na culpa *in vigilando*, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil, consoante pressupostos da responsabilidade extracontratual, conforme entendimento cristalizado na Súmula n. 331, V, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Pois bem.

Não há mais dúvida de que o Egrégio STF, ao julgar a ADC n. 16, ter considerado constitucional o art. 71, incluindo o seu § 1º, da Lei n. 8.666/93, de forma a vedar a responsabilização direta da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela empresa contratada, pelo viés da terceirização, para a prestação de serviços, nos casos de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas do contratado após o certame licitatório.

Todavia, a extrai-se da decisão o entendimento no sentido de que, nos casos em que ficar demonstrada a culpa *in vigilando* da Administração Pública, torna-se justificável a sua responsabilização subsidiária pelos encargos devidos ao trabalhador, em decorrência da sua própria incúria, consoante o disposto nos arts. 58, III, e 67, *caput* e § 1º, da Lei n. 8.666/93, que impõem à Administração Pública o encargo de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações assumidas pela empresa contratada, incluindo, por óbvio, as obrigações decorrentes da legislação trabalhista.

Diante disso, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho procedeu revisão da Súmula 331 (Revisão da Súmula n. 256 – Res. n. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 4.1.1994 – Alterada (Inciso IV) – Res. n. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.9.2000 – Mantida – Res. n. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003), acrescentando o item V, deixando assente que:

“Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações

contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.”

Como salientado pelo Colendo TST em notícia⁽³¹⁾ veiculada no seu sítio virtual, após a decisão nos autos da ADC n. 16 – DF: “Na ocasião, o presidente do Supremo, ministro Cezar Peluso, ressaltou que o resultado do julgamento ‘não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade com base nos fatos de cada causa’. Houve consenso entre os ministros no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá que investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou a falta de fiscalização pelo órgão público contratante.”

Dos vídeos da TV Justiça, recolhe-se que o Egrégio STF admitiu, com base nas palavras do eminente Ministro Cezar Peluso, que: “(...) A norma é sábia, ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade, mas a inadimplência da obrigação da administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer, independentemente da constitucionalidade da lei.”⁽³²⁾

Assim, em que pese a declaração de constitucionalidade do art. 71 e seu § 1º, da Lei n. 8.666/93 nos autos da ADC n. 16 - DF, há possibilidade de condenação subsidiária do Ente Público (União, Distrito Federal, Estados e Municípios e suas autarquias e fundações) desde que “evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do

cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora”, sendo certo que a “A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada” (Súmula n. 331, V, do Colendo TST).

Nessa senda vem decidindo o Colendo TST:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO — RECURSO DE REVISTA — TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA — ENTIDADES ESTATAIS — ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NA ADC N. 16-DF — SÚMULA N. 331, V, DO TST — RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA — NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CONDUTA CULPOSA NO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DA LEI N. 8.666/93 EXPLICITADA NO ACÓRDÃO REGIONAL — DECISÃO DENEGATÓRIA — MANUTENÇÃO — Em observância ao entendimento fixado pelo STF na ADC n. 16-DF, passou a prevalecer a tese de que a responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, mas apenas quando explicitada no acórdão regional a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. No caso concreto, o TRT *a quo* manteve a condenação subsidiária, delineando, de forma expressa, a culpa *in vigilando* da entidade estatal. A configuração da culpa *in vigilando*, caso afirmada pela Instância Ordinária (como ocorreu nos presentes autos), autoriza a incidência da responsabilidade subsidiária da entidade tomadora de serviços (arts. 58 e 67, Lei n. 8.666/93, 186 e 944 do Código Civil). Assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido.” (TST – AIRR 805-34.2010.5.04.0561 –

(31) TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Terceirização na administração pública*: presidente do TST esclarece mudanças. Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO> Acesso em: 24 maio 2011.

(32) Conforme dados extraídos do vídeo da sessão plenária do STF, dia 24.11.2010, 2º bloco, ADC n. 16. Disponível em: <<http://videos.tvjustica.jus.br>> Acesso em: 25 maio 2011. Até o fechamento do presente artigo, os votos dos Ministros do STF relativos ao julgamento da ADC n. 16 ainda não haviam sido publicados.

Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado – DJe 22.2.2013 – p. 2.239)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO — RECURSO DE REVISTA — DESCABIMENTO — 1 — ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA — TERCEIRIZAÇÃO — RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA — Diante da salvaguarda inscrita no art. 71 da Lei n. 8.666/93, a responsabilidade subjetiva e subsidiária da Administração Pública Direta ou Indireta encontra lastro em caracterizadas ação ou omissão culposa na fiscalização e adoção de medidas preventivas ou sancionatórias contra o inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte de empresas prestadoras de serviços contratadas (arts. 58, III, e 67 da Lei n. 8.666/93). A evidência de culpa *in vigilando*, autoriza a condenação. 2 — RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA — ALCANCE — Estando a decisão em conformidade com a Súmula n. 331, VI, do TST, não merece processamento o recurso de revista, nos termos do art. 896, § 4º, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.” (TST – AIRR 103700-31.2007.5.01.0054 – Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira – DJe 22.2.2013 – p. 2.418.)

“ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA — EMPREGADOR CONTRATADO — OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS — RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO — ADMISSIBILIDADE — “Agravo de instrumento em recurso de revista. Responsabilidade subsidiária. Ilegitimidade passiva *ad causam*. O Município recorrente é parte legítima para figurar no polo passivo da ação, pois a legitimidade passiva consiste na adequação subjetiva em face de quem se deduz a pretensão, a qual é aferida pelos fatos narrados na petição inicial. Assim, tendo o reclamante indicado o recorrente como responsável subsidiário pelo adimplemento de seu crédito trabalhista, emerge a legitimidade do Município. Agravo de instrumento desprovido. Terceirização trabalhista no âmbito da Administração Pública. Art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 e responsabilidade subsidiária do ente público pelas obrigações trabalhistas do empregador contratado. Possibilidade, em caso de culpa

in vigilando do ente ou órgão público contratante, nos termos da decisão do STF proferida na ADC 16/DF e por incidência dos arts. 58, inciso III, e 67, *caput* e § 1º, da mesma Lei de Licitações e dos arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil. Matéria infraconstitucional e plena observância da Súmula Vinculante n. 10 e da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 16/DF. Súmula n. 331, itens IV e V, do Tribunal Superior do Trabalho. Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei n. 9.032/1995, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, *caput* e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei n. 8.666/1993 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de culpa *in vigilando* na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas, como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública

Federal, a Instrução Normativa n. 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa n. 3/2009. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC n. 16/DF e da própria Súmula Vinculante n. 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula n. 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24.5.2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27.05.2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: “Súmula n. 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. [...]” IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. Agravo de instrumento desprovido.” (TST – AI-RR 985-41.2010.5.02.0000 – 2ª T. – Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta – DEJT 12.8.2011 – p. 476.)

Nessa esteira, vem decidindo, outrossim, a Eg. Corte Regional:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA — ENTE PÚBLICO — Impõe-se a responsabilização subsidiária da Administração Pública, tomadora dos serviços, pelos créditos devidos ao trabalhador, quando evidenciado, pela análise do caso concreto, que o ente público manteve comportamento omissivo, irregular ou insatisfatório na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais assumidas pela empresa prestadora de serviços por ele contratada, considerando o disposto nos arts. 58, III, e 67 da Lei n. 8.666/93. Nessa hipótese, o ente público incorre em culpa *‘in vigilando’*, pelo que a sua responsabilidade tem assento nos arts. 186 e 927 do Código Civil.” (TRT 03ª R. – RO 1090/2012-006-03-00.0 – Relª Desª Denise Alves Horta – DJe 8.11.2013 – p. 129.)

“TERCEIRIZAÇÃO — ENTE INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA — Na esteira do entendimento firmado no julgamento proferido pelo STF na ADC 16 e no item V da Súmula n. 331 do TST, a responsabilização do ente público pelo adimplemento das parcelas trabalhistas devidas pela empresa contratada decorre da constatação de que incorreu em conduta culposa, omitindo-se do dever legal de fiscalizar a execução do contrato firmado com a prestadora dos serviços.” (TRT 03ª R. – RO 1452/2011-060-03-00.7 – Rel. Juiz Conv. Oswaldo Tadeu B. Guedes – DJe 11.11.2013 – p. 91.)

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — O v. acórdão proferido pelo Min. Cezar Peluso no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 16, em 9.9.2011, declarou a constitucionalidade do art. 71 e seu § 1º da Lei n. 8.666/93. Todavia, a Excelsa Corte não afastou a possibilidade de responsabilização da Administração Pública Direta e Indireta, mas apenas declarou que as decisões deverão ser proferidas depois de analisado o caso concreto, nos termos da Súmula 331, V, do TST. Assim, mesmo após o recente entendimento do STF, ao apreciar a Ação Direta de Constitucionalidade n. 16

e concluir pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, Lei n. 8.666/93, aplica-se a Súmula n. 331 do TST aos casos em que a inadimplência dos créditos trabalhistas decorra da ausência de fiscalização pelo ente público contratante, como ocorre no caso em tela.” (TRT 03ª R. – RO 1007/2011-072-03-00.7 – Relª Juíza Conv. Rosemary de O. Pires – DJe 11.11.2013 – p. 255.)

“RECURSO ORDINÁRIO. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADC 16. 1. O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal julgou procedente ação declaratória de constitucionalidade, firmando o seguinte entendimento: “(...) Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal n. 8.666/93.” (...) (excerto do v. acórdão proferido na ADC 16, relator: Ministro Cezar Peluso, DJe n. 173, divulgado em 8.9.2011). 2. Aferida tal decisão, na hipótese de terceirização lícita, não há responsabilidade contratual da Administração Pública pelas verbas trabalhistas dos empregados terceirizados, conforme a literalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. 3. Contudo, nada obsta a responsabilização dos entes públicos por créditos trabalhistas relacionados a serviços terceirizados, desde que presentes os pressupostos da matiz extracontratual e subjetiva da responsabilidade civil. 4. Cabe, pois, perquirir pela existência de ato ilícito ou abuso de direito, nos termos dos arts. 186 e 187 do Código Civil de 2.002, conforme se apurar casuisticamente.” (Processo n. Processo: 1. 0000292-90.2011.5.03.0098 RO(00292-2011-098-03-00-1 RO) – Órgão Julgador: Sétima Turma – Relator: Marcelo Lamago Pertence – Revisor: Convocado Antônio G. de Vasconcelos – Vara de Origem: 2ª Vara do Trab. de Divinópolis – Publicação: 29.6.2012.)

“EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. *CULPA IN VIGILANDO*

COMPROVADA. Restando evidenciado nos autos, que a inadimplência das obrigações trabalhistas decorreu de omissão culposa da administração pública em relação à fiscalização da empresa prestadora de serviços por ela contratada, para disponibilização de mão de obra terceirizada (arts. 54, 56, 58, 67, 78, 80 e 87 da Lei n. 8.666/93 e arts. 186, 421 e 927 do CC/2002), impõe-se a responsabilização subsidiária do ente público no caso vertente (Inteligência da Súmula n. 331, itens IV, V, e VI e da decisão proferida pelo STF na ADC 16/DF). Apelo a que se nega provimento.” (Processo n. 0001636-92.2011.5.03.0038 RO (01636-2011-038-03-00-6 RO) – Data de Publicação: 5.7.2012 – Órgão Julgador: Turma Recursal de Juiz de Fora – Redatora: Convocada Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim.)

“EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA N. 331 DO TST. ART. 71 DA LEI N. 8.666/93. Impõe-se a responsabilização subsidiária da Administração Pública, tomadora dos serviços, pelos créditos devidos à reclamante, quando evidenciado que o ente público manteve comportamento omissivo, irregular ou insatisfatório na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais assumidas pela empresa prestadora de serviços por ele contratada, considerando o disposto nos arts. 58, III e 67 da Lei n. 8.666/93. Nessa hipótese, o ente público incorre em *culpa in vigilando*, pelo que a sua responsabilidade tem assento nos arts. 186 e 927 do Código Civil e no item V da Súmula n. 331 do TST.” (Processo n. Processo: 4. 0001392-53.2011.5.03.0010 RO (01392-2011-010-03-00-6 RO), Órgão Julgador: Primeira Turma – Relator: Monica Sette Lopes – Revisor: Convocado Paulo Mauricio R. Pires – Vara de Origem: 10ª Vara do Trab. de Belo Horizonte – Publicação: 18.5.2012.)

Obviamente que, se assim não fosse, estaria aberta a infinita possibilidade de o próprio Estado, com essas contratações, contribuir substancialmente para a precarização generalizada dos direitos trabalhistas, minimamente previstos na ordem jurídica pátria, o que seria um contrassenso com o Estado Democrático

de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho (CF/1988, art. 1º, III e IV).

In casu, restou incontroverso que o reclamante, nas funções de Foiceiro e Operador de Motosserra, laborou executando serviços de limpeza da faixa de servidão da CEMIG e poda/corte de árvores, sob as Linhas de Transmissão e Linhas de Distribuição de energia elétrica, na zona rural, como empregado da 1ª Reclamada, tendo, assim, a 2ª Reclamada se beneficiado diretamente da força de trabalho do obreiro, na consecução do objeto do contrato de prestação de serviços que firmou com a real empregadora, pelo viés da terceirização.

E, sendo, pois, o trabalho do autor exercido em benefício direto do tomador dos serviços, a este cabe, como já dito, o dever prévio de aferir a idoneidade financeira da prestadora de serviços contratada (o que já ficou evidenciado pelo Certame Licitatório), bem assim o de fiscalizar o fiel cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, sob pena de responder, subsidiariamente, pelos créditos trabalhistas deferidos ao reclamante, por culpa *in vigilando*, consoante entendimento sufragado no item V da Súmula n. 331, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, editado em 24.5.2011, após a decisão do Egrégio STF na ADC n. 16/DF que declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações).

No presente caso, impõe a responsabilização de forma subsidiária da 2ª Reclamada (CEMIG), uma vez que restou configurada a sua culpa *in vigilando* por omissão na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas relativamente aos contratos de trabalho do reclamante com a 1ª Reclamada, estando a 1ª Reclamada inadimplente com horas extras, horas “*in itinere*”, *adicional de periculosidade* e *feriados trabalhados*.

Com efeito, os documentos anexados à defesa (alguns comprovantes de depósitos de FGTS, recolhimentos previdenciários, Arquivos

SEFIP, fls. 402/614) não são bastantes para formar o convencimento deste juízo quanto à existência de fiscalização exercida pela 2ª Reclamada no que toca ao cumprimento das obrigações contratuais trabalhistas. Ora, referidos documentos não são suficientes para comprovar o pagamento de verbas trabalhistas ao obreiro. Tanto é que a 1ª Reclamada está inadimplente com as verbas que foram deferidas nesta decisão, o que demonstra que não exerceu a fiscalização quanto ao cumprimento das obrigações do contrato de trabalho, quanto a comezinhas verbas trabalhistas, ficando evidenciada a conduta culposa, por culpa *in vigilando*, no aspecto, como determina o art. 67, da Lei n. 8.666/93. Via de consequência, deve a 2ª Reclamada responder, de forma subsidiária, pela satisfação dos direitos trabalhistas estrito senso deferidos, no caso de inadimplemento da 1ª Reclamada.

Ficou ainda patente que a 2ª Reclamada não cumpriu com o seu dever de fiscalização das condições de trabalho indignas as quais era submetido o reclamante (e os outros integrantes da turma), inexistindo nas frentes de trabalho sanitário químico para as necessidades fisiológicas, local adequado para que fossem tomadas as refeições do almoço, abrigo para proteção das intempéries, em face do labor a céu aberto, e, sequer água para higiene. Ora, se a 2ª Reclamada tivesse exercido, com rigor, o cumprimento das obrigações trabalhistas pela 1ª Reclamada, com certeza as frentes de trabalho não seriam tão deletérias aos trabalhadores.

Não é crível que o funcionário da CEMIG, gestor do contrato de prestação de serviços exigido pela Lei n. 8.666/93 tivesse comparecido no campo de trabalho, nas zona rural, nos locais da frente de trabalho e não constataste a inexistência de sanitário químico para as necessidades fisiológicas, local adequado para que fossem tomadas as refeições do almoço, abrigo para proteção das intempéries, nem água para higiene. Das duas uma: ou o gestor compareceu e fez vistas grossas a essas condições

indignas de trabalho achando ser normal o trabalhador fazer suas necessidades fisiológicas no mato, ou, de fato não compareceu nas frentes de trabalho. Destarte, restou inequívoca a *culpa in vigilando* da CEMIG, motivo pelo qual deve responder, subsidiariamente, pela indenização por danos morais decorrentes de condições indignas de trabalho.

E quanto ao acidente do trabalho, restou comprovada nos autos a *culpa in omittendo* da 1ª Reclamada, conforme já delineado no tópico específico desta decisão, a cujos fundamentos me reporto para evitar desnecessária repetição.

Entendo que a 2ª Reclamada incorreu em *culpa in vigilando* ao deixar de fiscalizar as condições de segurança no trabalho, ao permitir o labor dos empregados da 1ª Reclamada sem que esta observasse as exigências das normas de segurança do trabalho, sendo, assim, subsidiariamente responsável, nos termos do art. 942 do Código Civil/2002, pela satisfação das indenizações deferidas ao Reclamante decorrentes do grave acidente de trabalho que o vitimou.

Com efeito, os documentos de fls. 680/735 não se referem ao período em que o reclamante trabalhou na 1ª Reclamada e muito menos se referem à data próxima em que ocorreu o acidente de trabalho. Os documentos de “Inspeção” acostados às fls. 171/176, são todos após ocorrido o acidente de trabalho, não tendo o condão de demonstrar que a 2ª Reclamada, rotineiramente, cumpria a sua obrigação de fiscalizar as condições de segurança na execução do trabalho, sobretudo considerando o risco de eletrocussão, como ocorreu com o reclamante, com graves lesões e amputação dos dois membros superiores.

A 2ª Reclamada sequer comprovou ter exigido a apresentação do PPRA e da LTCAT para acompanhamento da implementação das medidas de segurança no trabalho exigidas pelas Normas Regulamentadoras, sobretudo considerando que as atividades dos obreiros são desenvolvidas ao longo e sob as Linhas

de Transmissão e Linhas de Distribuição de energia elétrica.

Igualmente, não comprovou a 2ª Reclamada o acompanhamento de qualquer ação preventivas e/ou corretivas de Segurança do Trabalho a serem desenvolvidas nas frentes de trabalho pela 1ª Reclamada.

Enfim, impende registrar que a 2ª Reclamada não comprovou nem mesmo ter exercido a fiscalização prevista no Anexo IV do Contrato de Prestação de Serviços, no que toca à segurança no trabalho, saúde e bem-estar, juntado às fls. 644/651.

Nesse cenário, tendo a 2ª Reclamada permitido a execução dos serviços nas frentes de trabalho por empregados da 1ª Reclamada sem a observância de normas de segurança, conforme já decidido em tópico específico, negligenciou gravemente os procedimentos elementares de segurança na realização dos trabalhos, uma vez que não fiscalizou permanecendo apática quanto à exigência de cumprimento das normas de segurança do trabalho, devendo, por isso, responder subsidiariamente pelas indenizações por danos morais e materiais deferidas ao reclamante, em consequência do acidente de trabalho ocorrido nas sua faixa de servidão, durante o labor prestado em seu proveito.

Ora, não se pode colocar em oblióvio que as normas de medicina e segurança no trabalho estão inseridas entre os direitos sociais de todos os trabalhadores brasileiros, constituindo direito fundamental de proteção do Estado Social, com o escopo de prevenção de danos à integridade físico-psíquica dos trabalhadores, não se podendo também esquecer que o inciso XXII, do art. 7º da CF/1988, assegura aos trabalhadores o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho.

E diante do que ficou evidenciado nos autos, não tenho a mínima dúvida de que restou configurada a *culpa in vigilando* da 2ª Reclamada, como já demonstrado alhures nesta decisão, ao

permitir a execução dos serviços pelos empregados da 1ª Reclamada sem a observância das normas de segurança do trabalho, devendo, por isso, responder subsidiariamente pelas indenizações deferidas ao reclamante, decorrentes do acidente de trabalho, nos termos dos arts. 186, 927 e 942 do Código Civil/2002 e Súmula n. 331, item V do Colendo TST.

Diante disso, a interpretação sistemática dos arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, *caput* e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei n. 8.666/1993 e segundo os matizes da responsabilidade extracontratual civil (CCB, arts. 186, 927 e 942), deve a 2ª Reclamada, suportar, subsidiariamente as consequências advindas da sua conduta culposa por omissão, que redundou em danos de ordem material e moral ao reclamante, decorrentes do acidente de trabalho, com graves lesões, que devem, assim, ser reparados, pela tomadora, no caso de inadimplemento da real empregadora

Frise-se que o fato de o contrato celebrado pelas reclamadas determinar que a real empregadora seja a única responsável pelas obrigações trabalhistas e demais obrigações inerentes ao contrato de trabalho, não exime empresa tomadora da responsabilização subsidiária, face o princípio tuitivo do Direito do Trabalho que protege o empregado, parte economicamente mais fraca na relação jurídica, pelo que reputo tal cláusula como **não escrita**. *A contrario sensu* abrir-se-ia um fértil campo à fraude em prejuízo ao obreiro que fornece sua força de trabalho e sua lealdade ao empregador e, por via oblíqua, ao tomador dos serviços.

Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão autoral, para o fim de reconhecer declarar a responsabilidade subsidiária da 2ª Reclamada na satisfação do valor decorrente do acordo celebrado na presente demanda, nos termos da ata de fls. 30 e verso, observado o benefício de ordem na forma do § 3º do art. 4º da Lei n. 6.830/80 e art. 827 do CCB, somente em relação à pessoa jurídica da contratada.

E, para evitar questionamentos em sede de execução, o que acarretaria prejuízo à celeridade e economia processual que informam o Processo do Trabalho, porquanto havendo outra pessoa jurídica responsável subsidiariamente e passível de execução (*in casu*, a 1ª Reclamada), não há se cogitar da aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, com a penhora de bens dos sócios das empresas contratadas, antes de a execução prosseguir contra a tomadora dos serviços, máxime considerando o seu direito de regresso que pode ser exercido na esfera própria para fins de eventual ressarcimento.

3. DISPOSITIVO

POSTO ISSO, nos autos da reclamação trabalhista ajuizada por CLEMENTE ANDRADE PARDINHO contra ENGELUZ – CONSTRUÇÕES LTDA. e CEMIG DISTRIBUIÇÃO S.A., nos termos da fundamentação retroexpendida, que passa integrar este dispositivo para todos os efeitos legais e de direito, **DECIDO**:

3.1) **REJEITAR** a preliminar de carência ação por ilegitimidade passiva *ad causam* arguida pela 2ª Reclamada;

3.2) **REJEITAR** o pedido de suspensão do processo requerido pela 2ª Reclamada;

3.3) **REJEITAR** a impugnação ao valor da causa oposta pela 2ª Reclamada e manter o valor atribuído na petição inicial;

3.4) **DECLARAR** a 2ª Reclamada responsável subsidiariamente pela satisfação de todas parcelas deferidas ao Reclamante, observados os termos, limites e restrições da fundamentação, no caso de inadimplemento da 1ª Reclamada;

3.5) **CONDENAR** a 1ª Reclamada e, subsidiariamente, a 2ª Reclamada, a pagarem ao Reclamante, como ficar apurado em liquidação de sentença, por cálculos, com correção monetária e juros legais, no prazo de 10 dias do trânsito em julgado:

a) Adicional de Periculosidade de 30% sobre a totalidade das parcelas de natureza

salarial (remuneração — Súmula n. 191, *in fine*, do C. TST), no período de 27.8.2010 a 6.12.2010 e 27.12.2010 a 5.5.2011, mais as diferenças reflexas sobre as verbas de 13^{as} salários proporcionais de 2010 e 2010 e Férias proporcionais + 1/3 do período de 27.8.2010 a 6.12.2010;

b) Horas extras, assim consideradas as excedentes da 8^a diária e 44^a Semanal, de forma não cumulativa, nos períodos de 27.8.2010 a 6.12.2010 e 27.12.2010 a 4.5.2011, apuradas pelas jornadas consignadas nas Folhas de Ponto acostadas aos autos (fls. 102/105 e 123/126), calculadas observando-se o seguinte critério: (i) base de cálculo: a remuneração formada pelo salário mensal acrescido do adicional de periculosidade, por aplicação do art. 457, § 1º da CLT e da orientação contida na Súmula n. 264/TST; (ii) divisor: 220; (iii) adicional legal de 50% (art. 7º, XVI, da CF/1988); (iv) deduzir o valor pago no Recibo de fl. 108/109 sob o título de horas extras trabalhadas observada a orientação contida na Súmula n. 187 do C. TST e a OJ n. 415 da SBDI-1/TST, mais os Reflexos das horas extras sobre o 13º Salário proporcional/2010 de 27.8.2010 a 6.12.2010, 13º Salário proporcional/2011 de 27.12.2010 a 4.5.2011 (Lei n. 4.090/62, arts. 1º e 3º; Súmula n. 45/TST) e Férias proporcionais + 1/3 do período de 27.8.2010 a 6.12.2010 (CLT, art. 142, § 5º; CF/1988, art. 7º, XVII) pela média duodecimal apurada nos respectivos períodos aquisitivos previstos em lei para cada uma das referidas verbas (Súmula n. 347/TST); nos RSR's observando-se a proporcionalidade dos dias úteis e os dias domingos e feriados de cada mês, períodos de 27.8.2010 a 6.12.2010 e 27.12.2010 a 4.5.2011 (Lei n. 605/49, art. 7º, a, b; Súmula n. 172/TST);

c) 1,76 horas extras *in itinere* por cada dia trabalhado, conforme frequência registrada nas Folhas de Ponto (fls. 102/105 e 123/126), sempre que a jornada tiver extrapolado

o limite diário de 8 horas ou 4 horas diárias no sábado, períodos de 27.8.2010 a 6.12.2010 e de 27.12.2010 a 4.5.2011, calculadas observando-se o seguinte critério: (i) base de cálculo: a remuneração formada pelo salário mensal acrescido do adicional de periculosidade, por aplicação do art. 457, § 1º da CLT e da orientação contida na Súmula n. 264/TST; (ii) divisor: 220; (iii) adicional de 50% previsto no art. 7º, XVI, da CF/1988; (iv) deduzir os valores pagos nos Recibo de fls. 108, 131/132, sob o título de “horas extras em trânsito”, observada a orientação contida na Súmula n. 187 do C. TST e a OJ n. 415 da SBDI-1/Colendo Tribunal Superior do Trabalho, mais os Reflexos das horas extras *in itinere* sobre o 13º Salário proporcional/2010 de 27.8.2010 a 6.12.2010, 13º Salário proporcional/2011 de 27.12.2010 a 4.5.2011 (Lei n. 4.090/62, art. 1º e 3º; Súmula n. 45/TST) e Férias proporcionais + 1/3 do período de 27.8.2010 a 6.12.2010 (CLT, art. 142, § 5º; CF/1988, art. 7º, XVII) pela média duodecimal apurada nos respectivos períodos aquisitivos previstos em lei para cada uma das referidas verbas (Súmula n. 347/TST); nos RSR's observando-se a proporcionalidade dos dias úteis e os dias domingos e feriados de cada mês, períodos de 27.8.2010 a 6.12.2010 e 27.12.2010 a 4.5.2011 (Lei n. 605/49, art. 7º, “a”, “b”; Súmula n. 172/TST);

d) Remuneração em dobro pelo labor nos feriados nacionais de 7.9.2010, 15.11.2010 e 1º.1.2011, calculada tomando-se o salário mensal dividido por 30 e multiplicado por 2;

e) FGTS com a multa de 40% incidente sobre: (i) o adicional de periculosidade e seus reflexos no 13º Salário/2010 do período do primeiro contrato de trabalho (27.8.2010 a 6.12.2010); (ii) as horas extras e seus reflexos no 13º Salário/2010 e nos RSR's relativamente do período do primeiro contrato de trabalho (27.8.2010 a 6.12.2010), mais multa de 40% sobre o montante atualizado

(arts. 15 e 18, § 1º da Lei n. 8.036/90); (iii) as horas extras *in itinere* e seus reflexos no 13º Salário/2010 e nos RSR's relativamente do período do primeiro contrato de trabalho (27.8.2010 a 6.12.2010), (iv) feriados em dobro, trabalhados nos dias 7.9.2010, 15.11.2010; (arts. 15 e 18, § 1º da Lei n. 8.036/90);

f) Indenização por danos morais na importância de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) corrigida monetariamente a partir da intimação desta sentença nos termos do art. 39, da Lei n. 8.177/91, com o balizamento dado pela Súmula n. 381/Colendo Tribunal Superior do Trabalho, e acrescido de juros de 1% ao mês, contado de forma simples, *pro rata die*, a partir do ajuizamento da ação (§ 1º, do art. 39, da mesma lei e art. 883, da CLT, à inteligência da Súmula n. 200/TST);

g) Indenização pelos danos físicos/estéticos, na importância de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) corrigida monetariamente pela Tabela Única de Atualização editada pela Eg. CGJT, a partir da intimação desta sentença nos termos do art. 39, da Lei n. 8.177/91, com o balizamento dado pela Súmula n. 381 do Colendo TST mais de juros de 1% ao mês, sobre o valor corrigido, contado de forma simples, *pro rata die* também a partir da intimação da sentença (§ 1º, do art. 39, da mesma lei à inteligência da Súmula n. 200/TST);

h) Pensão mensal no valor correspondente a um salário mínimo legal acrescido do adicional periculosidade de 30%, a partir de 20.5.2011 já decotado os primeiros quinze dias do afastamento, até completar 73 anos de idade, parcelas vencidas com atualização monetária na forma da Súmula n. 381/TST mais juros de 1% ao mês, simples, sobre o valor corrigido, a partir do ajuizamento da ação (Lei n. 8.177/91, § 1º do art. 39 e Súmula n. 200/TST), mais as parcelas vincendas no valor correspondente a um

salário mínimo legal acrescido do adicional periculosidade de 30%;

i) Ressarcimento ao reclamante das despesas médicas, hospitalares, fisioterápicas, com medicamentos e despesas de transporte já efetuadas, dentre outras, desde que relacionadas com o acidente a partir de 5.5.2011, em liquidação de sentença, mediante comprovação nos autos com documentos idôneos, com correção monetária e juros legais (Lei n. 8.177/91, art. 39 e § 1º Súmulas n. 200 e 381 do C. TST, Tabela de Fatores da CGJT);

j) Ressarcimento das despesas médicas, hospitalares, fisioterapia, com medicamentos, despesas de transporte e deslocamentos que vierem a ser efetivadas, relacionadas com o acidente, mediante comprovação nos autos com documentos idôneos, com correção monetária e juros legais (Lei n. 8.177/91, art. 39 e § 1º, Súmulas n. 200 e 381 do C. TST, Tabela de Fatores da CGJT);

k) Indenização por dano moral decorrente de condições indignas no trabalho, no valor de R\$ 5.000,00 com correção monetária a partir da publicação da sentença, na forma do art. 39, da Lei n. 8.177/91 e Súmula n. 381/TST, mais juros de mora a partir do ajuizamento da ação, na base de 1% ao mês, simples, sobre o valor corrigido (§ 1º, do art. 39, Lei n. 8.177/91 e Súmula n. 200/TST);

3.5) CONDENAR a 1ª Reclamada e a 2ª Reclamada de forma subsidiária, a DEPOSITAREM na conta vinculada em nome do reclamante na Caixa Econômica Federal, com os acréscimos do art. 22 da Lei n. 8.036/90, o FGTS incidente sobre: (i) o Adicional de periculosidade e reflexos no 13º Salário Proporcional de 2011 período do segundo contrato de trabalho (27.12.2010 a 5.5.2011); (ii) as horas extras e seus reflexos no 13º Salário Proporcional/2011 e nos RSRs relativamente ao período do segundo contrato de trabalho (27.12.2010 a 5.5.2011); (iii) as horas extras *in itinere* e seus reflexos no 13º

Salário Proporcional/2011 e nos RSRs relativamente ao período do segundo contrato de trabalho (27.12.2010 a 5.5.2011); (iv) feriado em dobro trabalhado dia 1º.1.2011, sob pena de execução direta;

3.6) CONDENAR a 1ª Reclamada retificar a CTPS do reclamante tornando sem efeito a data de saída anotada e fazer constar na página de anotações gerais que o segundo contrato de trabalho, iniciado em 27.12.2010, encontra-se suspenso em decorrência da aposentadoria por invalidez acidentária concedida pelo INSS em 9.4.2012, no prazo de 10 dias, contado da intimação específica, após o trânsito em julgado, sob pena de multa de R\$ 50,00 por dia, limitada ao montante de R\$ 1.000,00 em favor do reclamante, no caso de descumprimento desta obrigação de fazer (CPC, art. 461, §§ 4º e 5º), a ser respondida por ambas, sem prejuízo da anotação ser procedida na Secretaria da Vara, por sua Diretora (CLT, art. 39, §§ 1º e 2º).

3.7) CONDENAR a 1ª Reclamada no pagamento dos honorários periciais pelo Laudo de periculosidade/horas *in itinere* em favor do Perito Oficial, *ELDER VINICIUS RIBEIRO GUEDES*, no importe de R\$ 2.500,00 e pelo Laudo Pericial Médico, em favor do Perito Médico *JORGE AMADO SANTOS MEDINA*, no valor de R\$ 1.500,00, em guia própria a ser retirada na Secretaria, no prazo de 10 dias do trânsito em julgado, corrigidos monetariamente, conforme previsto no art. 1º, da Lei n. 6.899/81 (OJ n. 198, da SDI-1 do C. TST) a partir da publicação da sentença, mais juros de mora sobre o valor corrigido, na base de 1% ao mês, contados de forma simples, *pro rata die*, sob pena de execução.

Demais determinações:

Na apuração dos valores das parcelas deferidas, na fase de liquidação de sentença, por cálculos, deverão ser observados todos os critérios, limitações e restrições nos exatos termos da fundamentação, parte integrante

deste dispositivo, inclusive no que concerne à correção monetária, juros de mora, contribuições previdenciárias, imposto de renda e compensação ou deduções.

Fica autorizada a dedução do valor de R\$ 345,60 pago em audiência (Ata, fl. 70), observada a Súmula n. 187/TST no crédito trabalhista que for apurado, pelas razões expendidas no item 2.8.

Para fins de execução do ressarcimento das despesas médicas, hospitalares, fisioterápicas, com medicamentos e despesas de transporte já efetuadas, dentre outras, desde que relacionadas com o acidente a partir de 5.5.2011, e ressarcimento das despesas médicas, hospitalares, fisioterapia, com medicamentos, despesas de transporte, deslocamentos que vierem a ser efetivadas, relacionadas com o acidente, deverá o reclamante, por simples petição, juntar aos autos, após o trânsito em julgado, os documentos idôneos comprobatórios, nos termos da fundamentação.

Caberá à 1ª Reclamada efetuar o recolhimento das contribuições previdenciárias e contribuições para o custeio dos Riscos Ambientais do Trabalho (ex-Seguro Acidente do Trabalho) devidas à União, incidentes sobre as parcelas salariais deferidas, conforme apurado em liquidação de sentença, partes patronal e do empregado, nos exatos termos da fundamentação, no prazo assinado na intimação da sentença homologatória dos cálculos de liquidação, sob pena de execução, de ofício, nestes mesmos autos, nos termos do art. 114, inciso VIII, da CF/1988.

Caberá à 1ª Reclamada, havendo retenção de Imposto de Renda na forma determinada, juntar aos autos, no prazo de 15 (quinze) dias da intimação específica, os comprovantes de recolhimento, em guia própria, sob pena de ofício à Receita Federal do Brasil.

Custas processuais pelas Reclamadas, no importe de R\$ 12.000,00 calculadas sobre o valor de R\$ 600.000,00, ora arbitrado à condenação (CLT, art. 789, inc. I, § 2º).

Juntar. Registrar.

Deferido ao Reclamante os benefícios da justiça gratuita.

Nos termos da Portaria PGF n. 815/11 e da Portaria MF n. 582, de 11.12.2013 (DOU de 13.12.2013) que revogou a Portaria MF n. 435 de 8.9.2011, desnecessária a intimação formal da União de que trata o § 5º, do art. 832, da CLT, por envolver contribuição previdenciária em montante inferior a R\$ 20.000,00.

Expedir ofícios à GRTE — Teófilo Otoni e ao Ministério Público Federal independentemente do trânsito em julgado, por ser incontroverso o acidente de trabalho-tipo que resultou em graves lesões no reclamante, inclusive com amputação dos membros inferiores, para ciência e aplicação das penalidades administrativas e outras medidas que entenderem cabíveis, acompanhados de cópia desta sentença, de fotocópias da petição inicial, das defesas apresentadas pelos reclamados,

do Relatório de Acidente do Trabalho (fls. 138/153), fotografias de fls. 44/48 e 890/895, e das Atas das audiências realizadas.

Determino à Secretaria que encaminhe, imediatamente, independentemente do trânsito em julgado, cópia desta sentença, por *e-mail*, à Fazenda Pública Nacional (pfmg.regressivas@agu.gov.br), para o caso de eventual ajuizamento de Ação Regressiva pela União, prevista no o art. 120 da Lei n. 8.213/91, bem como ao Colendo Tribunal Superior do Trabalho, *e-mail* (regressivas@tst.jus.br).

Intimar as partes.

Cumpra-se.

Nada mais.

Aimorés, 22 de abril de 2014

José Barbosa Neto Fonseca Suett

Juiz do Trabalho Substituto

Maria Esther Pires de Faria Guimarães

Diretora de Secretaria

3ª Vara do Trabalho de Parauapebas – PA

TERMO DE AUDIÊNCIA

Processo: 0000040-79.2013.5.08.0114

Em 12.02.2014, às 11 h.

Juiz Federal do Trabalho: MAURO ROBERTO VAZ CURVO

Reclamante: HELDDA KENNYA MARTINS DOS SANTOS

Reclamada: VALE S.A.

SENTENÇA

Em 12 de fevereiro de 2014, às 11 h, o Exmo. Sr. Juiz Federal do Trabalho MAURO ROBERTO VAZ CURVO, após declarar aberta a sessão para apreciação do processo acima especificado e apregoadas as partes, proferiu a seguinte decisão:

1 – RELATÓRIO

HELDDA KENNYA MARTINS DOS SANTOS, reclamante, ajuizou reclamatória trabalhista em face de VALE S.A., reclamada, conforme exordial de fls. 02/07, pleiteando o pagamento de adicional de insalubridade 40% e repercussões, horas extras e repercussões, horas *in itinere* e repercussões, horas intrajornadas e repercussões, indenização por dano moral, multa sobre o FGTS, além da indenização pelos honorários advocatícios e do benefício da justiça gratuita.

Alçada fixada com base no valor atribuído à causa.

A reclamada apresentou contestação escrita às fls. 53/93, suscitando preliminares, e, no mérito, pugnando pela improcedência dos pleitos.

O Juízo tomou o depoimento das partes e das testemunhas arroladas pelas partes às fls. 152/154.

As partes apresentaram razões finais remissivas.

Recusada a segunda proposta de conciliação.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

2.1. PRELIMINARES

2.1.1. IMPUGNAÇÃO DO VALOR DA CAUSA

A reclamada, em sua contestação, impugnou o valor da causa, conforme alegações de fls. 54.

Em audiência fora fixado o valor da alçada com base no valor atribuído à causa, momento no qual não houve impugnação por parte da reclamada, pelo que reputo como ultrapassada a presente questão (preclusão temporal).

Não bastasse isso, a causa de pedir encontra-se proporcional aos pedidos formulados na petição inicial.

Assim, rejeito a preliminar.

2.1.2. COISA JULGADA

A reclamada suscita preliminar de coisa julgada, sob argumento que o Ministério Público do Trabalho ajuizou reclamação trabalhista visando o pagamento das horas *in itinere*, nos Processos 0001403-57.2010.5.08.0114 e 685-2008-0114.

Para que exista coisa julgada, há necessidade que as demandas sejam idênticas.

Com efeito, à luz da teoria da tripla identidade, adotada no art. 301, § 2º, do CPC,

uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, pedidos e causa de pedir, o que não ocorre no caso sob exame, pois a ação coletiva referida não tem as mesmas partes desta demanda.

Não bastasse isso, tratando-se de ação coletiva, é de se considerar a disposição contida nos arts. 103 e 104 do CDC, segundo o qual as ações coletivas não induzem coisa julgada e litispendência, respectivamente, para as ações individuais.

As ações de natureza coletiva que buscam tutelar direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos não têm o condão de impedir que os titulares dos interesses promovam suas respectivas ações individuais, uma vez que estas objetivam proteger um interesse pessoal, ao passo que na ação civil pública se objetiva uma condenação genérica, por meio de uma utilidade processual indivisível.

Diante do exposto, rejeito as preliminares de coisa julgada e litispendência.

2.1.3. INÉPCIA DA INICIAL

Nas lides trabalhistas não se aplicam de forma rigorosa as disposições contidas no art. 282 do Código de Processo Civil, sob pena de violação à simplicidade que informa o processo do trabalho.

Aqui, deve-se ter em conta também as peculiaridades que envolvem a relação de direito material, isto é, a relação de emprego, que muitas vezes repercutem no exercício do direito de ação, rendendo ensejo a uma técnica processual que em muito se difere da do processo comum.

Com efeito, tendo em vista a existência *jus postulandi*, consagrado pelo Direito Processual do Trabalho, não se pode exigir da petição inicial da ação reclamationária o mesmo rigor técnico que se deve observar na elaboração da peça exordial das ações regidas pelo Direito Processual Comum, devendo ser obedecido ao contido no art. 840 da CLT, comando legal aplicável à espécie.

Contudo, apesar de não exigir os mesmos rigores técnicos, deve restar claro na petição inicial os fatos alegados, bem como os pedidos postulados.

No caso, o reclamante postula o pagamento de multa sobre FGTS, porém, não apresenta qualquer causa de pedir para fundamentar o pedido.

Desse modo, declaro de ofício, a inépcia da inicial dos pedidos acima mencionados, extinguindo-os sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, I, do CPC c/c 295, I, parágrafo único, II, do CPC.

3. PREJUDICIAL DE MÉRITO

3.1. QUITAÇÃO. SÚMULA N. 330 DO TST

A reclamada alega a quitação das parcelas postuladas na petição inicial, sob fundamento de que efetuou o pagamento de todas as verbas pleiteadas e que a reclamante concordou com a quitação total das parcelas expressamente consignadas no TRCT, uma vez que não após qualquer ressalva no termo de rescisão contratual, incidindo, assim, a hipótese da Súmula n. 330 do TST.

Ainda que a reclamante não tenha ressalvado o TRCT, a quitação apenas alcança os valores das parcelas expressamente ali consignadas, conforme os arts. 477, § 2º, da CLT, 320 do Código Civil e Súmula n. 330 do TST.

Ademais, entendimento contrário, afrontaria o princípio do acesso à justiça, previsto no art. 5º, da Constituição Federal.

Por tais fundamentos, rejeito a prejudicial.

4. MÉRITO

4.1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E REPERCUSSÕES

A reclamante aduz que executava as suas tarefas exposta a agentes insalubres, tais como poeira e ruído, e que não recebia o adicional de insalubridade.

Por isso, a autora postula o pagamento do adicional de insalubridade, no grau máximo

(40%), de todo o pacto laboral, sobre o salário básico, com repercussões em aviso-prévio, em 13º salário, em férias mais 1/3, em descanso semanal remunerado e em FGTS.

A reclamada, em contestação, aduz que a reclamante não mantinha contato com agentes insalubres e que a empresa sempre adotou medidas de proteção coletivas de trabalho.

A reclamada pugna pela improcedência do pleito.

Analiso.

O adicional de insalubridade é devido ao empregado que presta serviço em ambiente considerado insalubre, sendo o percentual de 10%, 20% ou 40%, conforme o grau de insalubridade mínimo, médio e máximo.

As atividades insalubres, segundo a Norma Regulamentadora n. 15 do Ministério do Trabalho, são consideradas aquelas em que os níveis do agente nocivo à saúde ultrapassam os limites de tolerância, previstos em seus anexos, que os Equipamentos de Proteção Individual – EPI's não podem neutralizar.

É ônus da reclamada a comprovação do ambiente de trabalho sadio e sem a incidência de agentes insalubres ou perigosos à saúde do trabalhador (art. 7º, XXII da CF/88, art. 157 da CLT e art. 333, II do CPC).

A reclamada carrou aos autos em CD os PCMSOs 2009, 2010 e 2011, normas coletivas e outros, como se vê à fl. 152.

Verifico dos documentos ambientais juntados pela reclamada, que a reclamante quando do exercício de suas funções, estava exposta, a agentes insalubres.

Desse modo, cabe à reclamada provar o regular fornecimento dos EPI's, para fins de comprovação da neutralização dos agentes insalubres existentes no campo de trabalho do reclamante, nos termos do art. 818 da CLT c/c 333, II, do CPC.

Contudo, a reclamada não apresentou qualquer prova do fornecimento dos EPIs necessários à neutralização dos agentes insalubres

existentes no local de trabalho do reclamante, e tampouco, requereu a produção de prova pericial.

Oportuno ressaltar que a reclamada fora negligente, uma vez que não juntou aos autos as fichas de entrega de EPI's, conforme depoimento da preposta: “*que a entrega dos EPIs era feita, inicialmente, de forma manual e, depois, digital; que era possível imprimir o relatório de entrega dos EPIs.*” (fls. 153)

Assim, restou provado, o direito da trabalhadora à percepção do adicional de insalubridade.

Ante o exposto, **procede** o pedido de pagamento do adicional de insalubridade, no grau máximo (40%), de todo o período laboral, sobre o salário mínimo, conforme Súmula Vinculante n. 4 do STF, com repercussões em aviso-prévio, em 13º salário, em férias mais 1/3 e em FGTS.

Improcede o pedido de reflexos do adicional de insalubridade nos repousos semanais remunerados, uma vez que o adicional de insalubridade já remunera os dias de repouso semanal, nos termos da OJ n. 103 da SBDI-I.

Planilha dos cálculos em anexo, sendo parte integrante desta sentença.

4.2. HORAS IN ITINERE E REPERCUSSÕES

A reclamante aduz que durante o contrato de trabalho laborou para a reclamada na Mina N-4 no setor denominado “Usina-Pátio de Estocagem”, que morou na cidade de Parauapebas, que o deslocamento para o trabalho era feito através de transporte fornecido pela reclamada, em local de difícil acesso e não servido por transporte público regular, gastando duas horas para ir e duas horas para voltar.

A reclamante postula o pagamento de horas *in itinere*, com o adicional de 50%, com os consequentes reflexos.

A reclamada, em contestação, aduz que há coisa julgada em relação às horas *in itinere* e repercussões, bem como pugna pela improcedência dos demais pedidos.

Pois bem.

As horas *in itinere*, previstas no art. 58, § 2º, da CLT, foram inspiradas na jurisprudência que interpretava extensivamente o art. 4º da CLT e estava retratada nas Súmulas ns. 90 e 320 do TST.

O referido instituto juslaboral consiste em tempo gasto pelo trabalhador em condução fornecida a título gratuito ou oneroso pela empresa até o local de trabalho, desde que o acesso seja difícil ou não servido por transporte público regular, sendo esse tempo computado na jornada de trabalho do trabalhador.

Tal regra se justifica, pois durante o tempo em que o empregado permanece na condução da empresa, a caminho do trabalho, o obreiro já está inserido no ambiente de trabalho, podendo inclusive sofrer punições disciplinares, caso cometa alguma falta funcional.

Além disso, a condução fornecida é em benefício do empregador, ou seja, tem como objetivo garantir mão de obra assídua e pontual, em que pese as dificuldades de localização do empreendimento.

Assim, é justo e razoável que o tempo de percurso seja remunerado, uma vez que o trabalhador está atendendo a uma necessidade de serviço.

Feitas essas considerações, passemos à análise do caso concreto.

Inicialmente, cabe ressaltar que julgarei a presente demanda, com base no auto de inspeção judicial produzido nos autos do processo n. 2217/2007-6, o qual foi confeccionado com o objetivo de definir o tempo de deslocamento do percurso Parauapebas — Minas de Carajás — Parauapebas.

Ademais, sobre o termo da inspeção judicial, cabe salientar que o reputo como prova documental relevante, ilibada, idônea, com presunção de veracidade e sem qualquer vício, uma vez que produzida em processo judicial, com respeito ao contraditório e a ampla defesa, como preconiza o art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988.

Além disso, cabia à reclamada o ônus de provar a existência de transporte público no município, em todo ou em parte do trajeto, à luz do art. 818 da CLT e do princípio da aptidão para a prova.

Dessa forma, elejo, em face da sua robustez, o termo de inspeção como prova inequívoca dos fatos ali constantes em relação aos locais servidos por transporte público autorizado (art. 131 do CPC).

Compulsando-o, constatei que só há transporte coletivo regular, efetivo e autorizado, mesmo que precário, de Parauapebas até o Núcleo Urbano de Carajás (e vice-versa), como disposto na Lei Municipal n. 4.292/2005.

Incontroverso que a reclamada (empregadora) concedia transporte à parte autora e que a reclamante trabalhasse na Mina de N4 durante todo o contrato, conforme depoimento do reclamante e da preposta da reclamada.

Apesar dos procedimentos burocráticos para a entrada e saída na Serra dos Carajás, esse fato não torna o local de difícil acesso. Analisando as provas em cotejo com as disposições que disciplinam as horas de percurso (o art. 58, § 2º da CLT e Súmula n. 90 do TST), considero que o tempo despendido entre o Núcleo Urbano de Carajás e o local de trabalho do reclamante deve ser computado na jornada de trabalho, por se caracterizar como “horas *in itinere*”.

Vejam, agora, o tempo a ser incorporado à jornada de trabalho diária.

A matéria foi objeto de ajuste homologado judicialmente na Ação Civil Pública n. 685-2008-114, com a participação do Juiz Titular desta MM. Vara do Trabalho, Dr. Jônatas Andrade; a Excelentíssima Desembargadora Federal ex-Presidente deste Regional, Dra. Francisca Oliveira Formigosa, os Excelentíssimos Procuradores do Trabalho, e Ilustre Diretor do Sindicato obreiro METABASE.

No Acordo Judicial, firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a VALE S.A.,

arbitrou-se que tempo despendido em percurso pelos trabalhadores (horas *in itinere*), até o complexo da Mina de N4 e N5 é de 44 minutos, até o complexo na Mina de Manganês são 80 minutos, e até o complexo da Mina do Sossego são 54 minutos.

Por ser uma média, tais minutos não sofrem variação de acordo com o local de trabalho do reclamante dentro dos complexos das Minas, e independem do turno de trabalho.

Esses minutos não só são aplicáveis aos empregados da VALE S.A., como também, por equidade e isonomia, a qualquer outro empregado das empresas terceirizadas (quicá quarteirizadas) que prestem serviços nas Minas exploradas pela Vale S.A., e que, portanto, estejam sujeitos às mesmas condições de trabalho, transporte, trechos e intempéries.

Desta feita, a condição reconhecida como justa e equânime para os empregados da VALE S.A., por meio de transação homologada pela Justiça do Trabalho, tem efeito transcendente a todos que possuem vínculo com a Mineradora, direta ou indiretamente (na qualidade de prepostos daquela, na forma do art. 932, III do Código Civil).

A média apresentada, ademais, retrata condição atual de tempo de percurso para o labor nas Minas.

De acordo com o art. 852-I, § 1º, da CLT, que não se limita ao procedimento sumaríssimo “§ 1º O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum.”

Registre-se que o acordo firmado na Ação Civil Pública tem o fito de pacificar e prevenir conflitos no Município de Parauapebas neste tocante das horas de percurso.

Ficam, assim, arbitrados 44 minutos MÉDIOS diários (22 minutos de ida e 22 minutos de volta) de horas *in itinere* para parte autora, os quais devem ser integrados à jornada diária de trabalho, para os devidos fins legais.

Como a integração das horas *in itinere* na jornada de trabalho imputa em trabalho acima

dos seus limites diário e semanal, devem tais minutos ser pagos como horas extras, na forma do pedido, com adicional de 50%, e reflexos nos respectivos, aviso-prévio, 13º salário, férias com 1/3, repouso semanal remunerado e FGTS, limitado ao rol de pedidos.

A liquidação deve observar os seguintes parâmetros: evolução salarial mensal; globalidade salarial, acréscimo de 50%; divisor 180; limitando-se o *quantum debeatur* aos quantitativos indicados na petição inicial.

Indefiro a dedução dos valores pagos a título de horas *in itinere* constantes nos demonstrativos de pagamento, uma vez que estes estão apócrifos e foram produzidos unilateralmente pela reclamada, não possuindo, portanto, qualquer valor probatório.

4.3. HORAS EXTRAS. INTERVALO INTRAJORNADA. REFLEXOS

A reclamante afirma, em sua inicial, que laborou para a reclamada, no período de 6.6.2012 a 2.9.2013, na função de Trainee Técnico Operacional, tendo recebido como última remuneração a quantia de R\$ 1.476,65, e que foi demitida sem justa causa.

Aduz, também, que trabalhava em turnos ininterruptos de revezamento. Na primeira semana trabalhava das 06 h às 17 h, na segunda semana das 15 h às 02 h e na terceira semana da 0 h às 08 h, sem intervalo intrajornada.

A autora requer o pagamento de adicional de horas extras e repercussões, horas intrajornadas e repercussões.

A reclamada, em contestação, pugna pela improcedência dos pedidos.

Analiso.

A reclamante fundamenta seu pedido na imposição de jornada superior a sexta hora diária e 36 horas semanais, em afronta ao que determina o art. 7º, inciso XIV da Carta Constitucional.

A reclamada juntou aos autos, às fls. 121/134, os cartões de ponto da trabalhadora.

A reclamante, às fls. 154-verso, impugnou os registros constantes nas folhas de ponto juntadas pela reclamada por não conter a assinatura da reclamante.

Desse modo, os controles de jornada trazidos com a contestação não possuem validade. Nesse sentido a Jurisprudência desta Egrégia Corte Regional, vejamos:

JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS. INTERVALO INTRAJORNADA. CARTÕES DE PONTO APÓCRIFOS. PROVA INVÁLIDA. Nos termos do art. 74, § 2º, da CLT, a empresa está obrigada a fazer o controle válido da jornada dos seus empregados, sob pena de se presumir verdadeira a jornada apontada na inicial, por aplicação do art. 359 do CPC. Assim, ao apresentar cartões apócrifos, portanto, inválidos, a reclamada atrai o ônus de demonstrar jornada diversa da indicada pelo autor, consoante art. 818 da CLT c/c o art. 333, II, do CPC. Como no presente caso ela não se desvencilhou a contento deste ônus, adotam-se os termos da exordial. Recurso da reclamada não provido. (PROCESSO TRT8/4ªTURMA/RO-0000641-37.2011.5.08.0007, relator Desembargador Federal do Trabalho, WALTER ROBERTO PARO, 17.11.2011.)

Assim, cabe à reclamada o ônus de provar a jornada de trabalho da reclamante, nos termos dos arts. 74 e 818 da CLT c/c 333, II, do CPC.

A reclamante em seu depoimento afirmou que:

“que trabalhava em turno de revezamento, nos seguintes horários: de 06 h às 17 h, 15 h às 02 h e de 00h00 até as 08 h; que gozava de 30 min de intervalo intrajornada, salvo no turno de 00h0 às 08 h, quando possuía apenas 05 min para consumir um lanche; que trabalhava na modalidade 6x2;” (fls. 152)

A preposta da reclamada em seu depoimento pessoal alegou:

“que trabalhava em turno de revezamento, nos seguintes horários: de 06h às 15h, 15h às 00 h e de 00 h até às 06 h; que gozava de

uma hora de intervalo intrajornada, salvo no turno de 00 h às 08 h, quando possuía apenas 20 min para consumir lanche; que trabalhava na modalidade 6x2; (fls. 153)

As testemunhas trazidas pelas partes em nada colaboraram no que tange à jornada de trabalho da trabalhadora.

Assim, tendo em vista que a reclamada apresentou controles de jornada apócrifos e, portanto, inválidos para demonstrar a jornada de obreira e ante ausência de outras provas, fixo a jornada de trabalho da reclamante conforme transcrição acima do depoimento pessoal, ou seja, de 06 h às 17 h, 15h às 02 h e de 00h00 até as 08 h, com 30 minutos de intervalo intrajornada, salvo no turno de 00h0 às 08 h, quando possuía apenas 05 minutos para consumir um lanche, na modalidade 6 x 2 e em turno ininterrupto de revezamento.

Os turnos ininterruptos de revezamento causam maior impacto sobre a saúde do trabalhador, pois abrangem horas do dia e da noite, por isso, a Carta Constitucional limitou o labor a seis horas por dia, salvo prévia negociação coletiva em mídia digital.

Assim, a finalidade da imposição de jornada semanal diferenciada para os trabalhadores é impor uma jornada mais amena aos trabalhadores que sofrem um desgaste físico e emocional maior que os demais.

A Constituição Federal de 1988 autorizou a flexibilização do turno ininterrupto de revezamento, considerando-a válida desde que estabelecida mediante negociação coletiva, nos termos do art. 7º, inciso XIV. Nesse sentido, o entendimento da Súmula n. 423 do C. TST, *in verbis*:

“TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. FIXAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO MEDIANTE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VALIDADE. Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não têm

direito ao pagamento da sétima e oitava horas como extras.”

Ressalte-se que a flexibilização quanto à jornada especial para os turnos ininterruptos deve ser feita de modo que seja respeitado o limite máximo de jornada previsto na Carta Constitucional, ou seja, oito horas ao dia e 44 horas semanais.

Na hipótese dos autos, como as horas *in itinere* integram a jornada de trabalho para todos os fins, conforme reconhecido pelo TST na Súmula 90, item V, concluo que a reclamada sempre impôs ao autor jornada superior a oito horas diárias e a quarenta e quatro horas semanais, em desrespeito à Súmula n. 423 do TST e a norma coletiva firmada.

De mais a mais, a prestação habitual de horas extraordinárias, o que se verifica no caso em tela, por si só, desnatura o avençado pelas partes, eis que comprova o constante desrespeito à jornada especial pré-fixada.

Dessa forma, considerando o desrespeito à jornada pactuada pelas partes, nos termos do art. 7º, inciso XIV da Constituição Federal, faz jus o reclamante ao pagamento das horas trabalhadas a partir da sexta hora, conforme alegado na inicial.

Cabe frisar que, consoante Súmula n. 423 do C. TST, apenas é válida a flexibilização quanto aos turnos ininterruptos de revezamento quando a jornada estabelecida obedece ao limite diário e semanal previsto no art. 7º, inciso XIII da Carta Constitucional, o que não ocorria na hipótese, já que as horas de trajeto compõem a jornada de trabalho, nos termos do art. 58 da CLT e havia labor em sobrejornada.

Sendo assim, em consonância com a Súmula n. 423 do TST, declaro incidentalmente inválida a imposição de turnos ininterruptos de revezamento.

Em consequência julgo procedente o pedido de horas extras a partir da sexta hora diária, que deverão ser remuneradas com adicional de 50%, divisor 180, limitando-se o *quantum debeatur* aos quantitativos indicados na exordial.

São devidos reflexos em repouso semanal remunerado, FGTS, gratificações natalinas e férias + 1/3, conforme rol de pedidos. No que tange ao intervalo intrajornada, conforme a jornada fixada alhures, condeno a reclamada ao pagamento de 1 hora diária a título de intervalo intrajornada, uma vez que desrespeitado o disposto no art. 71 da CLT, acrescida do adicional de 50%, bem como o pagamento dos reflexos em repouso semanal remunerado, FGTS, gratificações natalinas e férias + 1/3, conforme rol de pedidos.

A liquidação dar-se-á por “cálculos”, que deverá observar os seguintes parâmetros: horas extras além da 6ª diária; variação salarial conforme contracheques acostados aos autos; globalidade salarial; acréscimos de 50%; divisor 180; limitação do *quantum debeatur* aos quantitativos indicados na inicial.

Indefiro a dedução dos valores pagos a título de horas extras, uma vez que os contracheques juntados aos autos encontram-se apócrifos.

Planilha dos cálculos em anexo, sendo parte integrante desta sentença.

2.4. DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

A reclamante afirma, em sua inicial, que, por possuir uma relação homoafetiva, era discriminada e hostilizada no ambiente de trabalho.

Alega, também, que o Sr. Ronaldo Carvalho, funcionário da reclamada e responsável interino da turma da trabalhadora, constantemente fazia piadinhas, jogava indiretas e comentava com os demais colegas acerca da opção sexual da reclamante, dizendo “*CUIDADO COM ESSA MENINA, NÃO VÃO SE MISTURAR PORQUE ELA É SAPATÃO!*” (fls. 05)

Ademais, em sua petição inicial, a autora narra que também sofria discriminação por parte do supervisor da equipe, Sr. Romério, quem a obrigava a executar tarefas mais árduas, as quais eram executadas por homens e incompatíveis com sua condição física, além do

que, o referido supervisor disse a ela: “*TUNÃO QUER SER IGUAL A UM HOMEM, ENTÃO TEM QUE TRABALHAR IGUAL HOMEM.*” (fls. 05-verso)

Assim, tendo em vista as constantes humilhações e constrangimentos que passou durante o contrato de trabalho pelo assédio moral sofrido por conta de sua opção sexual, além da negligência da reclamada que preferiu dispensá-la em vez de buscar fazer cessar o assédio sofrido, requer a condenação da empresa ao pagamento de indenização por dano moral.

A reclamada, em contestação, nega veementemente todos os fatos narrados pela reclamante em sua exordial, ao aduzir que jamais cometeu qualquer conduta abusiva que pudesse ferir a honra de trabalhadora, mas, ao contrário, sempre tratou todos os seus funcionários com muita dignidade.

Assim, pugna pela improcedência do pleito. Analiso.

Caracteriza-se o assédio moral como uma prática reiterada de atos do empregador ou de quem o represente, podendo ser um empregado ou um grupo deles, em desfavor de outro empregado, exercendo sobre esse uma violência psicológica a fim de marginalizá-lo, desestabilizá-lo, ofendendo-o em sua dignidade. É cediço na doutrina e jurisprudência que o assédio moral apresenta-se sob diversas formas, apontadas por **Cláudio Armando Couce de Menezes** como segue:

(...) 1) muito comum é o assédio em circunstâncias em que o empregado ou a empregada goza de estabilidade ou de alguma garantia no emprego. Nesses casos, é perpetrado através da discriminação; rigor excessivo; provocações... 2) no caso de ação movida pelo obreiro contra o patrão, quando este não é sumariamente despedido, não raro passa o empregador ou seu preposto a infernizar a vida do demandante, através de uma infinidade de expedientes, sendo ainda muito frequente a preterição em promoções... 3) despedidas, antecipadas de

atos humilhantes (sala trancada, pertences pessoais na porta, gavetas esvaziadas, repressão pública, circular interna); 4) pôr o empregado, incômodo ou em relação a quem se nutre uma antipatia, a trabalhar em espaço exíguo, mal iluminado e mal instalado; 5) tarefas e objetivos irrealizáveis; 6) ameaças constantes de dispensa, coletiva ou individual; 7) superior hierárquico que põe sempre em dúvida o trabalho e a capacidade do obreiro; 8) determinado chefe que trata seus funcionários rudemente, com agressões verbais e sistemáticas; 9) **empregado que é vítima de comentários maldosos de ordem sexual, racial ou social**; 10) retorno de empregado após período de licença médica ou de outra natureza, especialmente quando de longa duração. O empresário e seus gerentes e chefes, não raro, buscam se descartar desse ‘problemático’ trabalhador, através da inação forçada, transferência de funções e de local de trabalho. (Dano moral: múltiplos aspectos nas relações de trabalho: comentários, referências legais, bibliografia e jurisprudência/Irany Ferrari, Melchiades Rodrigues Martins. São Paulo: LTr, 2005, p. 84/85)

No caso dos autos, a reclamante alega que sofria assédio moral, em razão de sua orientação sexual.

A orientação sexual de uma pessoa indica por quais gêneros ela sente-se atraída, seja física, romântica e/ou emocionalmente. Ela pode ser assexual (nenhuma atração sexual), bissexual (atração pelos gêneros masculino e feminino), heterossexual (atração pelo gênero oposto), homossexual (atração pelo mesmo gênero) ou pansexual (atração independente do gênero).

Historicamente, a atração sexual e afetiva por pessoas do mesmo sexo, é vista pela sociedade como uma prática antinatural, pecaminosa e intrinsecamente mal do ponto de vista moral e em 78 países é considerada crime, sendo que em 5 deles aplicam a pena de morte.

Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2013/05/17/pratica-homossexual-ainda-e-crime-em-78-paises-cinco-deles-aplicam-pena-de-morte.htm>>. Acesso em: 8 fev. 2014.

Nesse sentido, transcrevo trecho do manual, organizado pela OIT, *Discriminação no Trabalho: Mecanismos de Combate à Discriminação e Promoção de Igualdade de Oportunidades*, escrito por Maria Luíza Pinheiro Coutinho.

“O preconceito contra a homossexualidade, isto é, contra a atração afetiva e sexual por uma pessoa do mesmo sexo, é ancestral. No mundo grego, o amor dedicado aos rapazes pelos sábios e filósofos na antiguidade clássica era reprovável, não obstante, fosse justificado pela supervalorização do mundo masculino. Aos romanos do Século VI, era prescrita à admoestação para aqueles que praticassem o homossexualismo, mas se persistissem no vício, deveriam sofrer penas (Edito 77, ano 538). Mais tarde, a Igreja passou a considerá-lo um pecado contra a natureza, pois excluía qualquer possibilidade de procriação. Até bem pouco tempo atrás, as leis de alguns países consideravam o homossexualismo uma conduta criminosa (Alemanha e Inglaterra). Fundado nessas concepções, o homossexualismo passa a ser visto como uma prática antinatural, pecaminosa e “intrinsecamente mal do ponto de vista moral”. Além disso, como uma degeneração, ou ainda, uma inversão sexual, ou seja, uma prática oposta ao comportamento heterossexual, considerado natural. Dessas concepções, cristalizadas ao longo dos séculos, nasce o preconceito contra as pessoas que manifestam tendências homossexuais. Isso porque elas não apresentam um comportamento sexual conforme o padrão de normalidade heterossexual, construído pela sociedade. O homossexualismo entendido como uma oposição às práticas sexuais consideradas normais, naturais, era um comportamento considerado desviante, e, por isso, reprovado pela sociedade.

(...)

Somente a partir da década de 1970, na qual foi desencadeado o movimento reivindicativo de liberdade sexual, a homossexualidade deixa de ser vista como uma anomalia psíquica ou de natureza constitucional e ressurge como um comportamento sexual distinto, componente da sexualidade humana, dotada de uma pluralidade de comportamentos. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/oit_igualdade_racial_05_234.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2014.

O ordenamento jurídico pátrio veda qualquer forma de discriminação, seja nas relações de trabalho ou não, inclusive no tocante à orientação sexual.

A República Federativa do Brasil está fundamentada no princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CF) e tem por objetivo, dentre outros, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da CF).

O princípio da isonomia é consagrado como direito fundamental (art. 5º da CF) e proíbe-se expressamente a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX da CF).

O Brasil é signatário, ainda, das Convenções n. 100 e 111 da OIT, que vedam a diferença de salários entre homens e mulheres e toda forma de discriminação, inclusive no que tange à orientação sexual.

Ademais, o Brasil como Estado — parte da Organização dos Estados Americanos subscritor da Convenção Americana de Direitos Humanos, comprometeu-se a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na referida e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que está sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra

natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (Art. 1 – Convenção Americana de Direitos Humanos.)

Neste sentido, e na obrigatoriedade de também observar o controle de convencionalidade concluo que, a reclamada violou o art. 11 (Proteção da Honra e da Dignidade) e o art. 24 (Igualdade ante a Lei) da Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme transcrições abaixo:

Art. 11 CADHs:

1 – Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade;

2 – Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias e abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ataques ilegais a sua honra e reputação;

3 – Toda pessoa tem direito a proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques.

Art. 24 CADHs:

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Em consequência, tem direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

As Leis ns. 9.029/95 e 9.799/99 complementam o cabedal de normas constitucionais e infraconstitucionais, definindo condutas discriminatórias e estabelecendo penalidades correspondentes. Podemos afirmar que o Estado brasileiro caminhou bem ao adotar disposições de Direito Interno, em consonância com o art. 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno) conforme transcrição a seguir:

Art. 2 CADHs:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no art. 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Ainda, no âmbito internacional, a OIT publicou relatório, abordando especificamente a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero e retratando uma situação de violação constante aos direitos fundamentais deste segmento social, bem como dificuldades especificamente relacionadas ao trabalho, como a parca oferta de empregos formais e o tratamento discriminatório em local de trabalho. Traz-se a colação parte do relatório, relativa à discriminação acima explicitada:

“As violações dos direitos humanos das pessoas lésbicas, homossexuais, bissexuais e transexuais (LGBT) incluem violência, assédio, discriminação, exclusão, estigmatização e preconceitos. Isto é particularmente verdadeiro em países onde a homossexualidade é criminalizada. Entretanto, este grupo, na maioria dos países, depara-se com barreiras no acesso ao emprego ou no local de trabalho. (...)

A saúde e o bem-estar dos trabalhadores LGBT que se isolam devido ao medo de discriminação podem ser afetados negativamente, reduzindo a sua produtividade no local de trabalho. As empresas que despedem trabalhadores devido à sua orientação sexual, real ou presumida, podem também perder competências e desperdiçar recursos no recrutamento e formação de novos trabalhadores. (Organização Internacional do Trabalho. Conferência Internacional do Trabalho, 100ª Sessão. Igualdade no trabalho: Um desafio contínuo. In: Relatório Global no quadro do seguimento da Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, 2011.)

Já no âmbito do MERCOSUL destaca-se a elaboração da Declaração Sociolaboral do Mercosul de 1998 e da previsão, já em seu art. 1º do repúdio à discriminação, especificamente mencionando aquela por orientação sexual, *verbis*:

Art. 1º – Não discriminação. 1.- Todo trabalhador tem garantida a igualdade efetiva de direitos, tratamento e oportunidades no

emprego e ocupação, sem distinção ou exclusão por motivo de raça, origem nacional, cor, sexo ou orientação sexual, idade, credo, opinião política ou sindical, ideologia, posição econômica ou qualquer outra condição social ou familiar, em conformidade com as disposições legais vigentes.” (grifo nosso) (Mercado Comum do Sul. Declaração Sociolaboral do MERCOSUL. 1998.)

Desse modo, verifica-se que há um conjunto de normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais que protegem a liberdade sexual das pessoas, bem como vedam qualquer tipo de discriminação no âmbito laboral, inclusive em relação à orientação sexual dos trabalhadores.

Nesse sentido, trago à colação julgado do TRT da 12ª Região acerca de atos discriminatórios contra empregado homoafetivo:

“Atos discriminatórios. Empregado homoafetivo. Dano moral. Caracterização. A conduta da empregadora, consistente no tratamento discriminatório dispensado ao autor no ambiente de trabalho, além de lhe acarretar humilhações, traz junto o desrespeito à sua dignidade como pessoa humana, que constitui um dos princípios fundamentais da Constituição Federal (inciso III do art. 1º da CF/88), traduzindo-se no núcleo axiológico de todo ordenamento jurídico. A discriminação do empregado homoafetivo ofende ao princípio da igualdade, preceito que tem assento constitucional no art. 3º, que estabelece como um dos objetivos da república federativa do Brasil a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Os atos discriminatórios violam, de igual forma, o pacto de San José de Costa Rica e a convenção n. 111 da organização internacional do trabalho, normas internacionais ratificadas pelo Brasil, e que concretizam, também, o princípio da igualdade. (TRT 12ª Região, RO 0001411-25.2012.5.12.0026, 1ª C., Relª Juíza Viviane Colucci, p. 10.12.2013)”.

Após as considerações acima, passo à análise das provas produzidas nestes autos.

Quanto ao ônus da prova, tem prevalecido o entendimento de que no caso de condutas discriminatórias, não é necessária a produção de prova robusta por parte do trabalhador, mas de meros indícios que possam presumir a existência de discriminação.

Nesse sentido, transcrevo os ensinamentos da jurista Alice Monteiro de Barros:

“a pessoa considerada discriminada deverá apresentar fatos que permitam deduzir indícios racionais de discriminação fundada em sexo e o empregador deverá destruir a presunção, apresentando o motivo capaz de justificar o tratamento desigual. Exigir-se prova de discriminação ou da intenção de discriminar, inviabiliza o reconhecimento da igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego.” (Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: VIANA, Marcio Tulio. RENAULT; Luiz Otavio Linhares (Coords.). *Discriminação*. São Paulo: LTr.)

Thereza Cristina Gosdal, também, leciona acerca do tema ônus da prova em relação a práticas discriminatórias:

“É possível falar-se em prova por indícios e presunções, quando se trata da discriminação, para evitar essa discussão acerca da inversão do ônus da prova. O que importa é compreender que não basta a mera alegação de discriminação para que toda a responsabilidade pela prova fique a cargo do empregador, a não ser que normal legal venha futuramente a dispor neste sentido. O empregado reclamante deverá trazer aos autos indícios que ensejem a presunção da discriminação. Há uma repartição diversa do ônus da prova, mas não uma total exoneração do dever de provar pelo empregado. (In: *Discriminação da Mulher no Emprego: relações de gênero no direito do trabalho*. Curitiba: Gênese, 2003. p. 261.)

A reclamante, em depoimento à fl. 152v./153, declarou que “... *que o Sr. Ronaldo falou para o Sr. Geovane acerca da opção sexual*

da reclamante; que a reclamante não sofria discriminação direta pelos Srs. Ronaldo e Geovane, porém, a reclamante sabe que havia comentários entre eles e os colegas de turma acerca da homossexualidade ou não da reclamante; que já sofreu discriminação direta por parte de outros colegas; que num determinado dia foi almoçar no refeitório com os colegas; que dois colegas (Srs. David e Marcelo) afirmaram para todos os presentes (cerca de dez pessoas) “o que faria se pegassem todos os gays e lésbicas e os colocassem numa ilha deserta?”; que essa afirmação foi feita diretamente à reclamante; que o Sr. David afirmou “eles iriam se comer todinhos”; que também numa outra oportunidade sofreu discriminação dentro do ônibus da empresa; que os colegas (Srs. David, Romério e mais quatro colegas) fizeram piadinhas de conteúdo homossexual-discriminatório; que estavam se referindo a uma festa onde participaram e encontraram uma lésbica e falaram que todas as lésbicas parecem homem; que o Sr. Geovane Bertolini disse à reclamante que o Sr. Ronaldo havia lhe dito o seguinte: “cuidado com essa menina, não vão se misturar, porque ela é sapatão”; que o Sr. Romério chamou a reclamante para conversar; que a reclamante lhe disse que o serviço estava muito pesado, pois estava fazendo serviço de homem; que era a única que trabalhava na torre, que deveria puxar mangueira, fazer limpeza e desentupimento de calhas; que esse serviço era feito apenas pela reclamante sem a ajuda de ninguém; que esse serviço somente era feito por homens; que durante a conversa tida com o Sr. Romério, ele afirmou para a Reclamante: “tu não quer ser igual a um homem? Então tem que trabalhar igual a um homem” (...) que o Sr. Uchoa assediou a reclamante; que, no momento do assédio, ele disse à reclamante que iria fazer com que ela virasse mulher e deixasse de ser sapatão e que iria chupá-la toda.”

A preposta da reclamada, em depoimento às fls. 153, declarou que “...que o Sr. Geovane Bertolini era supervisor; que o chefe da Reclamante era o Sr. Andreisson; que a reclamante trabalhou com os Srs. Ronaldo, Romério e Geovane; que a

reclamante não sofreu qualquer tipo de discriminação sexual; que, na Vale, nenhum trabalhador é tratado de forma diferente em razão de sua opção sexual; que a preposta desconhece se a empresa possui algum tipo de programa para evitar a discriminação entre trabalhadores; que a reclamante sempre expôs a homossexualidade dela, porém, sempre foi respeitada; que independentemente de ser homem ou mulher, todos os “trainne”-técnico operacionais exerciam as mesmas atividades; que almoçava em refeitório diferente da reclamante...”

A testemunha arrolada pela reclamante, em depoimento às fls. 153v., declarou que “... o primeiro comentário que ouviu acerca da reclamante foi referente ao fato de Sr. Uchoa ter tentado agarrar a reclamante e disse para ela que “ela ia sentir a sensação de ter um pau entre as pernas”; que cerca de 03 colegas estavam comentando o fato entre a reclamante e o Sr. Uchoa; que, numa determinada oportunidade, a reclamante chegou suja de lama na lavanderia, onde solicitou uma camisa limpa; que como não havia nenhuma camisa à disposição, a depoente não pôde emprestar; que, em seguida, foram para o refeitório; que no refeitório, a reclamante sentou à mesa com outra colega; que a mesa da depoente estava próxima e um colega comentou se a reclamante e a colega fizeram ou não “muíto sabão” hoje; que fazer “sabão” significa ato sexual entre duas mulheres; que não se recorda quem começou a espalhar acerca da homossexualidade de reclamante; que, além da reclamante, outros homossexuais são vítimas de comentários maldosos entre colegas; que presenciou diversos comentários contra a reclamante em razão de sua opção sexual; que os comentários eram feitos pelos funcionários da Vale e por empregados de terceirizadas; que a reclamante quando ia para o refeitório ficava sozinha e afastada dos demais funcionários; que não havia campanhas para evitar bullying, discriminações, DST, dentre outras; que a depoente ouvia esses comentários por cerca de uma a duas vezes por semana; que a depoente ouvia mais quando ia para o refeitório e lá estava a reclamante; que conheceu o Sr. Uchoa;

que nunca ouviu o Sr. Uchoa fazer algum tipo de comentário acerca da reclamante; que não sabe definir de onde os comentários surgiram acerca da opção sexual da reclamante; que acredita que o uniforme o qual a reclamante usava ajudava a surgirem estes tipos de comentários...”

Do depoimento da testemunha trazida pela reclamante verifico claramente que a autora era assediada constantemente em seu labor, pelos funcionários da reclamada e das empresas terceirizadas, com comentários desrespeitosos e degradantes e extremamente ofensivos, por conta de sua orientação sexual, o que levava a trabalhadora a se sentir humilhada, tanto que no refeitório ficava sozinha e afastada dos demais funcionários.

Além disso, a testemunha Karla Michelle presenciou comentários de funcionários da Vale, que o Sr. Uchoa havia tentado agarrar a reclamante e disse a ela que “*ia sentir a sensação de ter uma pau entre as pernas*”.

Ora, a atitude do Sr. Uchoa, além de configurar suposto ilícito penal, demonstra o quanto a reclamante era assediada e humilhada no seu ambiente de trabalho e vilipendiada na sua liberdade sexual.

Assim, inegável o sofrimento e a dor vivenciados pela reclamante, motivados pelos fatos supra narrados, causados por funcionários da reclamada.

A responsabilidade da reclamada, no presente caso, é evidente, eis que é responsável pelos atos praticados pelos seus funcionários, nos termos do art. 932, III, do CC/2002, *in verbis*:

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.”

Não bastasse a demonstração do assédio moral sofrido pela reclamante, do depoimento da preposta da empresa e da testemunha Karla Michelle, concluo que a empresa Vale S/A

tem sido negligente em relação à existência de práticas discriminatórias, sendo, portanto, culpada, nos termos dos arts. 186 c/c 927 do Código Civil, pela discriminação sofrida pela autora, uma vez que não promove qualquer campanha educativa com intuito de prevenir atitudes discriminatórias no ambiente de trabalho, apesar de os trabalhadores homossexuais serem vítimas de comentários maldosos entre colegas, conforme depoimento de fls. 153-verso.

Importante ressaltar que da exegese dos arts. 7º, XXII, 200, VIII, 225 da CF c/c 157 da CLT, é ônus da empregadora garantir meio ambiente de trabalho sadio e hígido, inclusive evitando práticas discriminatórias e assédios moral e sexual.

Assim, restaram configurados o ato ilícito imputado à reclamada, a culpa e o nexo de causalidade, motivos por que, em consequência, a ré deve indenizar a autora pelos danos morais sofridos.

Não obstante a existência do nexo de causalidade e da culpa, já evidenciados, o dano moral não enseja, para verificação de sua ocorrência, de prova quanto a sua configuração, uma vez que emerge do simples fato da violação, que se evidencia pelo fato *in si*. Este tem sido o entendimento do STJ, segundo o qual a prova do dano moral se satisfaz com a demonstração do fato que o ensejou.

No tocante ao *quantum* a ser deferido, sabe-se que não existem critérios rígidos a serem observados para a quantificação da indenização por dano moral, o magistrado deve pautar por critérios de razoabilidade, justiça e equidade, devendo analisar as circunstâncias do caso concreto, tais como: situação econômica das partes, gravidade da lesão ao bem jurídico tutelado, culpa das reclamadas, principalmente, o caráter punitivo, pedagógico e compensatório da indenização.

Considerando a gravidade das ofensas praticadas pelos funcionários da reclamada, a capacidade econômica da reclamada (uma

das maiores mineradoras do mundo), além do caráter punitivo, pedagógico e compensatório da medida, fixo em R\$ 40.000,00, o valor da indenização por danos morais.

2.1.5. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA

Defiro os benefícios da justiça gratuita, na forma do art. 790, parágrafo terceiro da CLT. O simples fato do autor estar acompanhado de advogado não elide seu direito à justiça gratuita, conforme jurisprudência consolidada do TST.

2.1.6. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Julgo improcedente o pedido, uma vez que não preenchidos os requisitos do art. 14 da Lei n. 5.584/1974 e Súmulas ns. 219 e 329 do TST.

2.1.7. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO

Determino a expedição de ofício ao Ministério Público do Trabalho e à Superintendência Regional de Trabalho e Emprego para que tomem as providências que entenderem necessárias, ante os fatos comprovados nos autos deste processo.

2.1.8. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

Os valores da presente condenação deverão ser corrigidos monetariamente, nos termos da Lei n. 8.177/91, desde a data em que a obrigação deveria ser cumprida, em atenção ao disposto na Orientação Jurisprudencial n. 124 da SDI-I do C. TST. Sobre o total corrigido deverão ser acrescidos juros moratórios simples, à base de 1% ao mês, contados da data da propositura da ação.

Quanto ao valor arbitrado a título de indenização por danos morais, deverá ser observado o disposto na Súmula n. 362 do STJ, pois a correção monetária do valor da indenização incide desde a data do arbitramento.

2.1.9. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS

Quanto aos descontos previdenciários, empregado e empregador responderão pelas suas respectivas cotas-parte, nos termos da

Lei n. 10.035/2000, do art. 78 e ss. da Consolidação dos Provimentos E. Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho (publicado no DJ de 20.4.2006) e dos itens II e III da Súmula n. 368 do TST, incidentes sobre as parcelas sujeitas a esses descontos.

Juros e multa sobre as contribuições previdenciárias deverão ser apuradas em conformidade com a nova redação dada ao art. 35 da Lei n. 8.212/91, dada pela Lei n. 11.941/2009 c/c art. 61, da Lei n. 9.430/1996.

Da mesma forma, as partes responderão pelos descontos fiscais nos termos da legislação própria, do art. 74 e ss. da Consolidação dos Provimentos E. Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho (publicado no DJ de 20.4.2006) e do item II da Súmula n. 368 do TST, cabíveis sobre as verbas tributáveis, desde que superada a faixa de isenção. Não há incidência de IR sobre juros de mora, em face da sua natureza indenizatória, a teor do art. 404 do CC.

2.1.10. DO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

Tornada a dívida líquida e certa, fica a reclamada desde já ciente de que: após o trânsito em julgado da decisão, terá o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para pagar a dívida ou garantir a execução. Em decorrido o prazo sem o devido pagamento ou garantia da dívida, será aplicada multa por descumprimento, com percentual fixado de plano por este Juízo no importe de 20% aplicado sobre o montante da condenação, nos termos do art. 832, § 1º da CLT c/c 652, “d”, da CLT e recomendação n. CR 07/2012 deste regional. Após adotadas as providências cabíveis, serão iniciados os procedimentos executórios, independente de citação, através do bloqueio *on-line* de valores via sistema Bacen Jud, o qual, em sendo infrutífero, acarretará a desconsideração da personalidade jurídica da empresa ré, em face das prescrições contidas nos arts. 592, II do CPC c/c e 28, §5º do CDC, ambos de aplicação subsidiária ao processo do trabalho.

3. DISPOSITIVO

PELO EXPOSTO, DECIDE A MM. 3ª VARA DO TRABALHO DE PARAUAPEBAS-PA, NA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA MOVIDA PELA RECLAMANTE HELDDA KENNYA MARTINS DOS SANTOS EM FACE DE VALE S.A., PARA:

I – NO MÉRITO, JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS PARA CONDENAR A RECLAMADA A PAGAR AO RECLAMANTE O VALOR LÍQUIDO ACRESCIDO DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA DE **R\$ 85.798,89**, A TÍTULO DE:

A) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E REFLEXOS EM AVISO PRÉVIO, 13º SALÁRIO, FÉRIAS + 1/3 E FGTS;

B) HORAS *IN ITINERE* E REFLEXOS EM AVISO PRÉVIO, 13º SALÁRIO, FÉRIAS + 1/3, RSR, E FGTS;

C) HORAS EXTRAS, COM ADICIONAL DE 50%, COM REFLEXOS EM AVISO PRÉVIO, 13º SALÁRIO, FÉRIAS + 1/3, RSR, E FGTS;

D) 1 HORA DIÁRIA A TÍTULO DE INTERVALO INTRAJORNADA, COM ADICIONAL DE 50%, E REFLEXOS EM AVISO PRÉVIO, 13º SALÁRIO, FÉRIAS + 1/3, RSR, E FGTS;

D) INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NO VALOR DE **R\$ 40.000,00**.

IMPROCEDENTES OS DEMAIS PEDIDOS. DEFIRO OS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA AO RECLAMANTE.

O ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA É O DO MÊS SUBSEQUENTE AO DO FATO GERADOR, OU SEJA, AO DO SURGIMENTO DA VERBA DEFERIDA (SÚMULA 381 DO TST). JUROS DE MORA, A PARTIR DA DISTRIBUIÇÃO DA AÇÃO, SALVO EM RELAÇÃO AO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, POIS NESTE CASO DEVERÁ SER OBSERVADO O DISPOSTO NA SÚMULA N. 362 DO STJ.

QUANTO AOS DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS, EMPREGADO E EMPREGADOR RESPONDERÃO PELAS SUAS RESPECTIVAS COTAS-PARTE, NOS TERMOS DA LEI N. 10.035/2000, DO ART. 78 E SS. DA CONSOLIDAÇÃO DOS PROVIMENTOS E. CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO (PUBLICADO NO DJ DE 20.4.2006) E DOS ITENS II E III DA SÚMULA N. 368 DO TST, INCIDENTES SOBRE AS PARCELAS SUJEITAS A ESSES DESCONTOS. EM OBEDIÊNCIA À NOVA REDAÇÃO DO ART. 876 DA CLT, DADA PELA LEI N. 11.457, DE 16.3.2007. JUROS E MULTA SOBRE AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DEVERÃO SER APURADAS EM CONFORMIDADE COM A NOVA REDAÇÃO DADA AO ART. 35 DA LEI N. 8.212/91, DADA PELA LEI N. 11.941/2009 C/C ART. 61, DA LEI N. 9.430/1996.

DA MESMA FORMA, AS PARTES RESPONDERÃO PELOS DESCONTOS FISCAIS NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO PRÓPRIA, DO ART. 74 E SS. DA CONSOLIDAÇÃO DOS PROVIMENTOS E. CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO (PUBLICADO NO DJ DE 20.4.2006) E DO ITEM II DA SÚMULA N. 368 DO TST, CABÍVEIS SOBRE AS VERBAS TRIBUTÁVEIS, DESDE QUE SUPERADA A FAIXA DE ISENÇÃO.

NÃO HÁ INCIDÊNCIA DE IR SOBRE JUROS DE MORA, EM FACE DA SUA NATUREZA INDENIZATÓRIA, A TEOR DO ART. 404 DO CC.

DESDE JÁ, A RECLAMADA FICA CIENTE QUE, UMA VEZ TRANSITADA EM JULGADO A DECISÃO, FICA DISPENSADA A CITAÇÃO E OS PROCEDIMENTOS EXECUTÓRIOS SERÃO, IMEDIATAMENTE, INICIADOS EM SEU DESFAVOR.

CUSTAS DE CONHECIMENTO PELA RECLAMADA DE **R\$ 1.715,98**, CALCULADAS SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO, NA FORMA DO ART. 789, II, DA CLT.

TUDO CONFORME FUNDAMENTAÇÃO
QUE PASSA A FAZER PARTE INTEGRANTE
DESTE DISPOSITIVO, PARA TODOS OS
FINS DE DIREITO.

DAR CIÊNCIA ÀS PARTES EM VIRTUDE DA
PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA NESTA DATA.

Parauapebas-PA, 12 de fevereiro de 2014.
MAURO ROBERTO VAZ CURVO
JUIZ FEDERAL DO TRABALHO

13ª Vara do Trabalho de Guarulhos – SP

Processo: 1000134-78.2013.5.02.0323 – Processo Judicial Eletrônico

Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

Sentença proferida em audiência em 24.5.2013

Requerente: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Requerido: EMPRESA DE TRANSPORTES PAJUÇARA LTDA.

Em 24 de maio de 2013 às 14:00 horas, na sala de audiências da 13ª VARA DO TRABALHO DE GUARULHOS, o Excelentíssimo Senhor Juiz Federal do Trabalho Substituto, CARLOS ABENER DE OLIVEIRA RODRIGUES FILHO, proferiu a seguinte decisão:

RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, ajuizou a presente Ação Civil Pública em face de EMPRESA DE TRANSPORTES PAJUÇARA LTDA., pleiteando: antecipação de tutela, cumprimento de obrigação de fazer consistente em cumprir a reserva legal estabelecida no art. 93 da Lei 8.213/1991, com cominação de multa e pagamento de indenização por danos coletivos.

Em audiência de instrução, presentes as partes, a requerida apresentou defesa acompanhada de documentos. Dispensado o depoimento das partes. As partes não apresentaram testemunhas.

As partes informaram não ter outras provas.

Foi encerrada a instrução processual.

Razões finais remissivas.

Réplica pelo Ministério Público do Trabalho — doc. 662.630.

Infrutíferas as propostas de conciliação.

É o relatório

FUNDAMENTAÇÃO

DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

A pesquisa das condições da ação deve ser feita *in status assertionis*, isto é, em abstrato, no plano processual, considerando-se aquilo que o demandante aduz na inicial. Na espécie, a demandada é destinatária da pretensão do *parquet* de cumprimento da cota estabelecida pelo art. 93 da Lei n. 8.213/1991, elemento esse suficiente para que, no plano processual, seja legitimada a figurar no polo passivo da lide. Ademais, o requerente apresenta pretensão cujo cumprimento espontâneo é resistido, recorrendo então às portas do Judiciário para que se diga o direito aplicável à espécie. Presente, pois, o binômio utilidade/necessidade, configura-se o interesse de agir exigido do demandante. Por fim, insta consignar que os pedidos se referem a uma providência que, em tese, recebe amparo no ordenamento jurídico pátrio, além do que inexistente proibição expressa nas normas vigentes que impeçam a sua dedução em juízo. Portanto, presentes todas as condições da ação.

DA INÉPCIA DA INICIAL

Focalizando a peça de ingresso sob a ótica da processualística laboral, vislumbro uma breve exposição dos fatos que resultaram na lide, elemento esse suficiente para alcançar os requisitos previstos no art. 840, § 1º, da CLT.

Corroborar tal assertiva o fato de que a parte adversa bem exerceu, no mérito, sua garantia ao contraditório e à ampla defesa (CF, art. 5º, inciso LV), rechaçando com profundidade os pleitos da exordial. Diante dessas considerações, rejeito.

DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE COTAS

A Requerida sustenta a inconstitucionalidade dos art. 93 e 133 da Lei n. 8.213/1991 e do art. 36 do Decreto n. 3.298/1999, sob o fundamento de que a obrigatoriedade de contratação de trabalhador portador de deficiência, por diversos argumentos, fere o princípio da livre-iniciativa e o direito à propriedade privada.

No entanto, não há que se falar em inconstitucionalidade da Lei n. 8.213/1991 ao determinar a reserva de vagas de emprego aos beneficiários reabilitados da previdência social e às pessoas portadoras de deficiência, não havendo também inconstitucionalidade do Decreto n. 3.298/1999, regulamentador da referida norma.

De fato, a Constituição Federal traz entre os fundamentos da república, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e assegura, entre os direitos fundamentais, o direito de propriedade. Todavia, qualquer preceito constitucional há de ser interpretado sempre em consonância com o sistema em que está inserido.

Dessa maneira, há que se atentar que o sistema constitucional inaugurado com o texto de 1988 tem a afirmação da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, de tal forma que a hermenêutica constitucional e infraconstitucional passa a ser norteadas por ela.

Ademais, a construção de uma sociedade justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação, constituem objetivos fundamentais da república, que impõem ao legislador, ao administrador público e aos particulares, a adoção de medidas afirmativas para a sua consecução, em respeito aos direitos fundamentais. Nesse

sentido, é também exigida a tutela às pessoas portadoras de deficiência, mediante a afirmação de direitos e a implementação de políticas públicas e privadas hábeis à sua plena inclusão na sociedade.

No plano constitucional, essa tutela é garantida pelo acesso à seguridade social, art. 203, IV e V; à proteção à saúde, art. 227, § 1º e incisos, e à proteção do mercado de trabalho, art. 7º, XXXI e 37, VIII; sendo garantidos, portanto, a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência com sua plena integração à vida comunitária, a criação de programas de prevenção e atendimento especializado na área da saúde e a proteção contra qualquer forma de discriminação no tocante a salário e a critério de admissão para o emprego.

Assim, a previsão do art. 93 da Lei n. 8.213/1991, com imposição de percentual de contratação de beneficiários reabilitados e pessoas portadoras de deficiência, configura-se como ação afirmativa que visa inibir a discriminação e atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, amparada por inúmeros dispositivos constitucionais e acompanhada de inúmeras outras normas, entre elas a Lei n. 7.853/1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sobre a sua integração social e o Decreto n. 3.289/1999, regulamentador dos critérios para reconhecimento de deficiência e incapacidade, que a Requerida defende ser também inconstitucional.

A Requerida defende a inconstitucionalidade do art. 93 da Lei n. 8.213/1991 sob o argumento de que o referido dispositivo, ao fixar percentual de contratação de trabalhadores portadores de deficiência, impõe o cumprimento de uma obrigação impossível. Isso porque, segundo a ré, dada a característica de bilateralidade do contrato de trabalho, a contratação de trabalhador não depende da vontade exclusiva do empregador, exigindo a aceitação do posto de emprego pela pessoa portadora de deficiência, o que nem sempre ocorrerá.

Ainda, a empresa alega em contestação, a omissão do Estado na implementação de políticas de qualificação para o trabalho e inclusão das pessoas com deficiência, afirmando que a legislação protetiva vem sendo aplicada com os objetivos de reduzir os custos governamentais com a assistência social e de transferir às empresas privadas uma obrigação que é exclusiva do Estado, impondo a contratação de profissionais independentemente da necessidade e concordância da empresa.

No entanto, sem razão a Requerida. A finalidade das normas assecuratórias de reserva de mercado aos trabalhadores portadores de deficiência é a sua inclusão e reintegração ao mundo do trabalho, como medida essencial ao exercício dos direitos individuais e sociais e de respeito ao fundamento da dignidade da pessoa humana. Não obstante o caráter privado das relações de trabalho, que necessitam da concordância das partes para a sua elaboração e manutenção, impera sobremaneira, o princípio da função social da propriedade trazido pelo art. 5º, inciso XXIII da Constituição Federal.

Dessa maneira, não apenas a contratação de trabalhador deficiente exige o acordo de vontades entre as partes, mas a contratação de qualquer trabalhador, o que se faz rotineiramente no dia a dia do mercado de trabalho, não havendo que prosperar a afirmação da ré de que a fixação legal de cota para contratação de deficientes impõe, às empresas, o cumprimento de obrigação impossível.

De outro ponto, também não merece acolhida a argumentação da ré de que, através da aplicação da legislação protetiva, o Estado busca transferir aos particulares obrigação que lhe é exclusiva e para a qual tem se omitido, como comprova a ineficiência das políticas públicas de capacitação profissional e inserção no mercado de trabalho das pessoas portadoras de deficiência. Isso porque, como já delineado, a partir do texto constitucional de 1988 todas as parcelas da sociedade devem contribuir

para a implementação das ações necessárias ao respeito e à afirmação da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado.

Nesse sentido, não há que se cogitar ser obrigação exclusiva do Estado a adoção de práticas relacionadas à inclusão social das pessoas portadoras de deficiência e, em específico ao mercado de trabalho, mormente diante da função social da propriedade e do valor social do trabalho.

Na mesma linha, não prospera o argumento da Requerida de que a cota legal fere a livre-iniciativa ao determinar a contratação de profissionais independentemente da necessidade e concordância da empresa. De um lado, há que se atentar que a reserva legal de vagas aos portadores de deficiência é medida afirmativa que visa a inclusão social de tais pessoas, norma de ordem pública, imposta até mesmo aos entes da administração, nos termos do art. 37, VIII da Constituição Federal, não havendo que se falar em concordância do particular nesse aspecto.

Ademais, o art. 93 da Lei n. 8.213/1991, não determina número fixo de contratações, impõe uma porcentagem, calculada com base no número total de empregados da empresa. A cota há de ser cumprida com base no número total de funcionários necessários ao desenvolvimento das atividades da empresa, número esse definido por ela mesma, não se exigindo a contratação extra de trabalhadores além das necessidades empresariais.

Assim, afasto a alegação de inconstitucionalidade do art. 93 da Lei n. 8.213/1991 e do art. 36 do Decreto n. 3.289/1999, julgando improcedente o pedido, tendo em vista que a imposição legal de cota para a contratação de beneficiários reabilitados e de pessoas portadoras de deficiência habilitadas, nas empresas que possuam mais de 100 empregados, atende ao princípio constitucional da isonomia, art. 5º, *caput*, ao fundamento da dignidade da pessoa humana e à finalidade social do trabalho e da livre-iniciativa, art. 1º, incisos III e IV; à função

social da propriedade, art. 5º, inciso XXIII; à promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação, art. 3º, inciso IV e à proteção contra discriminação ao trabalhador portador de deficiência, art. 7º, inciso XXXI, tudo nos termos da Constituição Federal de 1988.

DA RESERVA DO POSSÍVEL

A Requerida confessa o descumprimento da cota legal prevista no art. 93 da Lei n. 8.213/1991, sendo certo que possui em seus quadros o total de 839 empregados, havendo 1 trabalhador reabilitado e 15 trabalhadores portadores de deficiência, quando a observância da cota legal, no caso da ré no percentual de 4%, exige a contratação de 33 trabalhadores nessas condições.

A Requerida alega em sua defesa a aplicação do princípio da reserva do possível, sob o argumento de escassez de trabalhadores portadores de deficiência com qualificação profissional hábil e, considerando ainda, a atividade empresarial por ela desenvolvida, a do transporte rodoviário de cargas.

Afirma que, uma vez constatada a impossibilidade prática de contratação de profissionais portadores de deficiência, tendo em vista a escassez de mão de obra habilitada e qualificada e a especificidade da atividade econômica desenvolvida, há que se reconhecer que o objeto da imposição legal é impossível, o que desobriga a ré do cumprimento da cota legal.

Ainda, sustenta a Requerida que o limite trazido pela lei está diretamente condicionado à reserva de vagas, pelo que entende, que tendo a empresa comprovado que tentou localizar candidatos portadores de deficiência e que promoveu a reserva legal do possível, fica desonerada das sanções legais relativas ao descumprimento da cota.

Todavia, não merece acolhida a argumentação da Requerida de aplicação da teoria da reserva do possível para desobrigá-la do cumprimento da cota estabelecida pela Lei n.

8.213/1991. A citada norma impõe ao empregador a contratação efetiva de beneficiários reabilitados e/ou de pessoas portadoras de deficiência habilitadas e limita a sua atuação na maneira em que o empregador não pode, em contrariedade à lei, suprir o percentual com contratações que não atendam ao objetivo da lei.

Desse modo, a alegação de dificuldades na arregimentação de pessoas portadoras de deficiência, devidamente habilitadas e qualificadas e de incompatibilidade entre as atividades desenvolvidas pela empresa e a contratação de tais trabalhadores, não pode prosperar.

Isso porque, para atender ao objetivo da norma, cabe às empresas atuar também na busca efetiva e na qualificação do empregado portador de deficiência contratado, como aliás ocorre com as demais contratações no âmbito empresarial. Não bastam, portanto, as alegações de dificuldades na localização de trabalhadores e de reserva das vagas impostas pela cota legal, para eximir a requerida do seu efetivo cumprimento, pelo que afastado a aplicação do princípio da reserva legal, suscitado pela ré.

DA FORÇA MAIOR

A Requerida afirma a ocorrência de força maior configurada pela impossibilidade de se localizar profissionais portadores de deficiência habilitados para o exercício das funções de motorista, ajudante, arrumadores e conferentes, a fim de justificar o descumprimento da cota imposta pelo art. 93 da Lei n. 8.213/1991, colacionando documentos aos autos.

Todavia, a ré não comprova o acontecimento inevitável, alheio à sua vontade (escassez de trabalhadores portadores de deficiência habilitados e qualificados), que levaria à ocorrência da força maior, nos termos do art. 501 da CLT e do art. 393, parágrafo único do Código Civil.

Ao contrário, pelo que se depreende dos documentos anexados aos autos, vê-se que a empresa foi constituída em 10.2.1984, antes

mesmo da edição da Lei n. 8.213/1991 e que não comprova ter adotado medidas efetivas para a arregimentação de trabalhadores reabilitados e/ou portadores de deficiência.

De fato, conforme sustenta o Ministério Público do Trabalho, dos documentos anexados aos autos vê-se que a busca por candidatos portadores de deficiência não foi efetiva, isso porque: foram poucas as entrevistas realizadas buscando a contratação de pessoas nessas condições, documentos de n. 636.954, os comunicados e panfletos informando da existência de vagas foram divulgados tão somente no âmbito interno da empresa, correspondendo, ainda, a todas as filiais da ré, sem especificar para quais áreas de atuação e para quais funções eram oferecidas as vagas para deficientes, documentos de n. 636.499 e 636.515.

Ademais, não obstante a exigência legal de reserva de vagas, tendo sido a lei editada no ano de 1991, o documento mais antigo de oferta de postos de trabalho às pessoas portadoras de deficiência, trazido aos autos pela ré, data de maio de 2011, sendo certo que tal divulgação se deu tendo em vista a intensificação da fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego em relação ao cumprimento das cotas legais, pelo que se depreende de seu próprio teor.

Assim, a Requerida não comprova a adoção de medidas efetivas para a busca e contratação de pessoas portadoras de deficiência no intuito de cumprir a cota legal, a divulgação de comunicados internos não é suficiente para tanto, não sendo suficiente nem para as contratações regulares das empresas, que se valem de agências especializadas para tanto.

A ré não comprova, por exemplo, a disponibilização das vagas através de instituições especializadas no apoio à pessoa com deficiência, através de agências de seleção e recrutamento, tão pouco comprova qualquer forma de divulgação dessas vagas no meio externo à empresa.

Ainda, não há notícia de que a ré tenha buscado o apoio governamental para preenchimento das vagas relativas à cota legal, o

que seria possível, por exemplo, através do programa de apoio à pessoa com deficiência (PADEF), da Secretaria do Emprego e Relações do Trabalho do governo estadual, que promove orientação acerca do cumprimento da cota e realiza, ainda, a pré-seleção de candidatos para as empresas cadastradas no programa.

No mesmo sentido, a ré poderia utilizar-se do Sistema Nacional de Empregos (SINE), do Ministério do Trabalho e Emprego, que mantém cadastro de candidatos com deficiência para inserção no mercado de trabalho. Diante disso, resta afastada a ocorrência de força maior, a justificar o não cumprimento da cota de contratação de beneficiários reabilitados e/ou de pessoas portadoras de deficiência habilitadas, nos termos do art. 93 da Lei n. 8.213/1991, alegada pela ré.

DA EXCLUSÃO DA FUNÇÃO DE MOTORISTA DA BASE DE CÁLCULO DA COTA

Alega a Requerida que o cálculo do número de pessoas portadoras de deficiência ou reabilitadas indicado na inicial está equivocado, uma vez que a função de motorista deve ser excluída da base de cálculo da referida cota diante da previsão dos arts. 145 e 147 do Código Nacional de Trânsito, pelos quais, para a atividade de motorista é exigida a aptidão física e mental e, tendo em vista o teor da Resolução n. 80 do CONTRAN — Conselho Nacional de Trânsito que veda ao portador de necessidades especiais conduzir veículo comercial de carga e exercer atividade remunerada de motorista, o que inviabiliza o cumprimento do art. 93 da Lei n. 8.213/1991.

Improcede, no entanto, o pedido da ré de exclusão dos cargos de motorista do cálculo da cota relativa à contratação de pessoas portadoras de deficiência, porque a lei ao estabelecer o percentual não fez nenhuma ressalva ou exceção nesse sentido, fixando a cota pelo número total de empregados da empresa, sem distinguir funções. Não tendo a lei imposto

restrições nesse sentido, não cabe ao aplicador a sua interpretação restritiva. Rejeito o pedido

DO DANO MORAL COLETIVO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º estabelece o direito de defesa do patrimônio material e moral dos indivíduos de todo esbulho ou vilipêndio. O Código Civil, reproduzindo milenar norma do Direito Romano (*lex aquiliae*), determina em seu art. 927 o dever de reparação àquele que causar dano a outrem culposamente.

No mesmo sentido, também é assegurada a proteção aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, cuja ofensa representa lesão a toda a coletividade, titular desses direitos, e prescinde da caracterização subjetiva ou individual dessa lesão, sendo o dano moral coletivo caracterizado pela violação da ordem jurídica.

A reparabilidade do dano moral coletivo na esfera do direito do trabalho objetiva inibir a ocorrência de condutas ilícitas por parte dos empregadores, especialmente o desrespeito à lei, e atua com um caráter pedagógico punitivo ao autor da ofensa ao ordenamento jurídico trabalhista.

No caso dos autos, restou demonstrado que a requerida deixou de cumprir a reserva legal de vagas a beneficiários reabilitados e a pessoas portadoras de deficiência habilitados prevista no art. 93 da Lei n. 8.213/1991, faltando a contratação de 17 trabalhadores para o cumprimento da cota. Daí advém a existência do dano moral coletivo, pelo desrespeito à lei, ao postulado da dignidade da pessoa humana e aos princípios constitucionais da isonomia, da não discriminação, do valor social do trabalho

e da livre iniciativa e de proteção às pessoas portadoras de deficiência, surgindo para a empresa ré a obrigação de reparar o dano.

Quanto ao valor da indenização, será arbitrado levando-se em consideração a condição social e econômica da requerida, bem como o caráter pedagógico da condenação e sua função reparadora e indenizatória. Em função disto, arbitro a indenização por dano moral coletivo em R\$ 250.000,00.

CONCLUSÃO

DIANTE DO EXPOSTO, JULGO PROCEDENTE A AÇÃO AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO EM FACE DE EMPRESA DE TRANSPORTES PAJUÇARA LTDA., CONDENANDO A REQUERIDA AO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE EM CUMPRIR A RESERVA LEGAL ESTABELECIDADA NO ART. 93 DA LEI N. 8.213/1991 E DECRETO 3.298/1999, COM FIXAÇÃO DE MULTA NO VALOR DE R\$ 3.000,00 POR EMPREGADO ADMITIDO EM DESCONFORMIDADE COM A PRESENTE DECISÃO E CONDENANDO A REQUERIDA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL COLETIVO OCORRIDO, FIXADA NO VALOR DE R\$ 250.000,00. TUDO NOS TERMOS DA FUNDAMENTAÇÃO. CUSTAS PROCESSUAIS PELA REQUERIDA DE R\$ 5.000,00, CALCULADAS SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO DE R\$ 250.000,00. CIENTES AS PARTES. NADA MAIS.

CARLOS ABENER DE OLIVEIRA RODRIGUES FILHO

Juiz Federal do Trabalho Substituto

Índice Geral

Doutrina

O potencial da ação regressiva acidentária como instrumento de mudança de paradigma: a primazia da prevenção dos infortúnios laborais. 1. Introdução. 2. Dados sobre a infortunistica laboral no Brasil e suas repercussões. 3. Saúde, segurança e prevenção sob o aspecto normativo: necessidade de cumprimento patronal. 4. Ação regressiva acidentária. 4.1. Constitucionalidade da ARA. 4.2. ARA: procedimento e alguns dados sobre ações propostas. 4.3. A possibilidade de realização de acordo nas ARAs. 5. Notas sobre a prevenção e um paralelo com a ARA. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas 17

Poder familiar *versus* proselitismo religioso do empregado doméstico: qual o desfecho constitucionalmente adequado? 1. Introdução. 2. Relação de emprego do doméstico: a arena do combate. 3. Os contendores: identificando os interesses colidentes. 3.1. O proselitismo religioso. 3.2. O poder familiar. 4. As regras do combate: a metódica para a solução da colisão. 5. O desfecho da luta: qual interesse deve prevalecer? 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas 34

Jornada de trabalho e o direito à limitação: desencontros entre a Constituição e a legislação infraconstitucional. 1. Introdução. 2. Sobrejornada ilimitada: desencontros entre a Constituição e a legislação infraconstitucional e o desrespeito do direito ao lazer. 2.1. A exclusão do direito à limitação de jornada promovido pelo art. 62 da CLT. 2.2. Posicionamento jurisprudencial relativo à desproteção promovida pelo art. 62 da CLT quanto ao direito à limitação de jornada. 2.3. O caso dos motoristas de caminhão. Alterações do paradigma de trabalhadores *externose* as persistências na prática judiciária após a edição da

Lei n. 12.619/2012. 2.4. O teletrabalho e o controle de jornada. A experiência da Administração Pública. 2.5. A nova proposta de leitura do art. 62 da CLT em conformidade com a visão humanística da Constituição Federal. 2.6. O direito ao lazer e à desconexão do trabalho. Incongruências na supressão do controle de jornada. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas..... 45

Breves notas sobre a preclusão judicial no procedimento probatório. 1. Introdução. 2. A preclusão judicial. 3. As espécies de preclusão judicial e o procedimento probatório. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas..... 64

Processo judicial eletrônico: uma análise acerca da sua compatibilidade com o *jus postulandi* e os honorários advocatícios na seara laboral. 1. Introdução. 2. O Processo Judicial Eletrônico ante as peculiaridades do *jus postulandi* laboral. 3. As restrições aos honorários advocatícios na justiça laboral e seu cabimento após a implementação do Processo Judicial Eletrônico na Justiça do Trabalho. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas 73

O trabalho reduzido à condição análoga à de escravo no setor da indústria têxtil e da construção civil: um desafio para o Direito do Trabalho na atualidade. 1. Introdução. 2. Breve abordagem histórica do trabalho escravo no Brasil. 3. A precarização do trabalho na atualidade. 3.1. A escravidão contemporânea. 3.2. Condições análogas à de escravo no trabalho na indústria têxtil. 3.3. Condições análogas à de escravo no trabalho na construção civil. 4. Redução à condição análoga à de escravo *versus* a fundamentalidade do direito ao trabalho e ao meio ambiente do trabalho equilibrado. 5. O Projeto de Emenda Constitucional. 6. Medidas governamentais para a

erradicação do trabalho em condições análogas à de escravidão no Brasil. 6.1. A “lista suja” do Ministério do Trabalho e Emprego. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas.....	80	antiguidade. 2.2. O período medieval e a concepção de pessoa e de dignidade humana. 2.3. A dignidade humana no prelúdio da modernidade. 2.4. O pensamento moderno e a concepção kantiana de dignidade humana. 3. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 3.1. A dignidade humana como categoria de normatividade constitucional. 3.2. A dignidade humana no contexto do neoconstitucionalismo. 3.3. A dignidade humana na Constituição Federal de 1988. 4. A concretização do princípio constitucional da dignidade humana. 4.1. Os princípios constitucionais como espécie do gênero norma jurídica. 4.2. A eficácia normativa dos princípios constitucionais. 4.3. A efetividade e concretude do princípio da dignidade da pessoa humana. 4.4. O papel do Poder Judiciário na concretização da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito brasileiro. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas	135
Penhora de salário e os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade: breve análise da jurisprudência brasileira à luz de aportes críticos pós-positivistas. 1. Introdução. 2. O fenômeno pós-positivista: anotações básicas. 3. A razoabilidade e a proporcionalidade como postulados indissociáveis da atividade judicante. 4. A penhora de salário no âmbito da jurisprudência brasileira (civil e trabalhista). 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.....	97		
Cartões apócrifos e o ônus da prova. 1. Introdução. 2. Dos controles assinados pelo trabalhador. 3. Dos controles não assinados pelo trabalhador. 4. Considerações finais.....	111		
A estrada dos tijolos amarelos: reflexões acerca do centralismo burocrático no judiciário trabalhista brasileiro. 1. Introdução. 2. Colocando os óculos verdes. 3. Um coringa no país de louça. 4. Dorothy e seus amigos. 5. Fugindo de Oz: em busca de um epílogo. 6. Referências bibliográficas	118		
O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. 1. Introdução. 2. A construção e evolução do conceito de pessoa e de dignidade da pessoa humana. 2.1. A tradição grega e a concepção de pessoa e dignidade na			
		Jurisprudência	
		Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	
		Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho	
		Tribunal Superior do Trabalho.....	157
		Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.	169
		Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região	174
		Sentenças	
		Vara do Trabalho de Mineiros – GO.....	193
		Vara do Trabalho de Almenara – MG.....	217
		3ª Vara do Trabalho de Parauapebas – PA .	271
		13ª Vara do Trabalho de Guarulhos – SP...	287