

**REVISTA**  
**TRABALHISTA**  
**Direito e Processo**



# REVISTA TRABALHISTA

## Direito e Processo



© Copyright  
Revista Trabalhista

---

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 STROTBK**

*Capa:* **FORMA E CONTEÚDO EDITORA CRIATIVA**

*Finalização:* **FABIO GIGLIO**

*Impressão:* **GRAPHIUM**

---

© **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](http://www.ltr.com.br)*

---

**LTr 5185.7**

**Novembro, 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.

**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".

**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.

**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
<b>Doutrina</b>	
A atuação executiva dos direitos: perfis comparados <i>Michele Taruffo</i> .....	17
A terceirização e o descompasso com a higiene, saúde e segurança no meio ambiental laboral — responsabilidade solidária do tomador do serviço a partir das normas de saúde e segurança no trabalho <i>Francisco Milton Araújo Júnior</i> .....	41
Os danos sociais e a postura do juiz <i>André Eduardo Dorster Araujo</i> .....	54
O trabalho análogo ao de escravo e os esforços para sua erradicação no Brasil <i>Gustavo Carvalho Chehab</i> .....	65
O processo eletrônico da perspectiva do juiz <i>S. Tavares Pereira</i> .....	85
Deveres resultantes do princípio da cooperação processual: um debate com a doutrina portuguesa <i>Eduardo Augusto Madruga de Figueiredo Filho e Sérgio Cabral dos Reis</i> .....	100
Interdito proibitório na Justiça do Trabalho <i>Humberto d'Ávila Rufino</i> .....	122
A aplicação do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário e do Fator Acidentário de Prevenção à responsabilidade civil por acidente de trabalho <i>Cristine Helena Cunha</i> .....	139
A função revisora dos tribunais: <i>quid juris?</i> <i>Fábio Rodrigues Gomes e Roberta Ferme Sivoletta</i> .....	157

Economia de mercado e a promoção do bem de todos no estado democrático de direito <i>Dinaura Godinho Pimentel Gomes</i> .....	167
A colisão entre normas coletivas e direitos fundamentais <i>Maurício Matsushima Teixeira</i> .....	186
Justiça social e princípio da fraternidade na Constituição Federal de 1988 <i>Thania Maria Bastos Lima Ferro</i> .....	197
O trabalhador na sociedade técnica <i>Eduardo Souza Braga e João Bosco Penna</i> .....	205
<b>Jurisprudência</b>	
<b>— Acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho e Tribunais Regionais do Trabalho</b>	
Tribunal Superior do Trabalho.....	221
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região .....	236
Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região .....	246
Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região .....	248
Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região .....	254
<b>— Sentenças</b>	
2ª Vara do Trabalho de Jaraguá do Sul – SC .....	261
Vara do Trabalho de Alta Floresta – MT .....	266
3ª Vara do Trabalho de São Luís – MA.....	285
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

### Retificações:

Revista Trabalhista Direito e Processo n. 48

Pág. 8

Onde se lê:

A estrada dos tijolos amarelos: reflexões acerca do centralismo burocrático no judiciário trabalhista brasileiro

Paulo Henrique Tavares da Silva\*

Leia-se:

A estrada dos tijolos amarelos: reflexões acerca do centralismo burocrático no judiciário trabalhista brasileiro

Paulo Henrique Tavares da Silva\*

Pág. 73

Onde se lê:

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\*

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.

Leia-se:

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\* 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.

# Mediação nas relações de trabalho

---

Está para ser incluída em pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 7.169/2014, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

O art. 41 desse projeto, tal como havia sido aprovado no Senado Federal, previa a aplicação das regras de mediação a inúmeros tipos de relações, inclusive nas trabalhistas. O deputado Sérgio Zveiter (PSD/RJ), entretanto, relator do PL n. 7.169/2014, apresentou parecer na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados no qual incorporou a Emenda n. 5 de autoria do deputado Alessandro Molon (PT-RJ) para excluir as relações do trabalho do âmbito da mediação. Assim, ficou expresso no art. 3º, § 3º, IV, do PL n. 7.169/2014 que as regras de mediação não se aplicam às relações de trabalho, ao mesmo tempo em que também ficou registrado que a cláusula de mediação não se aplica aos contratos de adesão (§ 3º do art. 2º).

Conforme foi destacado no parecer do relator, as alterações acolheram a nota técnica apresentada pela Anamatra, na qual se defendeu o seguinte ponto de vista:

A pretensão legislativa de aplicação da mediação no âmbito das relações de trabalho é medida que afronta a essência própria do Direito do Trabalho, bem como o patamar mínimo de dignidade conferido ao trabalhador. Tal inviabilidade decorre do fato de que as normas de direito do trabalho são normas de ordem pública, assim consideradas porque estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito, sendo que a ordem pública interna denota a impossibilidade de disponibilidade pela vontade privada.

Há outros aspectos que merecem ser destacados. A mediação, como indica o projeto, tem por finalidade estimular ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia por meio de terceiro imparcial, escolhido ou aceito pelas partes. As relações de trabalho possuem como peculiaridade central uma discrepância econômica entre os contratantes, o que, com muita frequência, conduz a denúncias de fraude na estipulação de cláusulas do contrato ou na sua execução. Com isso, o estabelecimento da mediação sem levar em consideração as reais condições em que esses consensos extrajudiciais são obtidos não só pode generalizar condutas precarizantes na contratação ou dispensa de trabalhadores, como até aumentar nos meios judiciais demandas em que se discute a existência de fraude nesse tipo de ajuste.

A CLT já prevê mecanismos extrajudiciais de conciliação, pois seus artigos 625-A a 625-H, introduzidos pela Lei n. 9.958, de 12.1.2000, conferem às comissões de conciliação prévia a “atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho”. A quase absoluta irrelevância que esses mecanismos extrajudiciais atualmente detêm decorre justamente de

um triste diagnóstico: grande parte dos ajustes foi obtida sem que os mediadores tivessem suficiente imparcialidade; os trabalhadores mantiveram crescente desconfiança dos reais objetivos dessas comissões, ainda que supostamente contassem com apoio de seus sindicatos; as comissões demonstraram grande preocupação com a arrecadação de recursos necessários para seu funcionamento, o que deturpou sua finalidade. Isso tudo conduziu não apenas a um crescente descrédito das comissões de conciliação prévia, mas também a inúmeras impugnações judiciais dos ajustes que tinham ali sido alcançados.

Não há dúvida de que a conciliação pode ser um meio vantajoso e justo para a solução de conflitos nas relações de trabalho, mas, para que esse método não se transforme em farsa destinada a suprimir direitos fundamentais, é necessário antes de tudo que sejam reforçados os sindicatos e outros meios de união coletiva dos trabalhadores. Os direitos do trabalho nunca são totalmente individuais e os conflitos que os envolvem sempre têm como característica os efeitos que produzem em todo o ambiente laboral. Assim, a composição extrajudicial de conflitos trabalhistas só teria sentido se contasse com a participação ou assistência da vontade coletiva dos trabalhadores, real e livre, para o que seria necessário reestruturar todo o nosso sistema sindical.

Se as próprias comissões de conciliação prévia nesses 14 anos de experiência fracassaram na proposta de obter a composição dos conflitos individuais de trabalho, conquanto supostamente possuíssem membros indicados pelos trabalhadores (CLT, art. 625-B, I), a mediação pura e simples por qualquer terceiro tende a potencializar ainda mais as falhas e os problemas que se observaram nas CCPs.

Por isso, há que se louvar a exclusão das relações de trabalho dos mecanismos de mediação extrajudicial enquanto não estiverem presentes condições de real participação coletiva dos trabalhadores em todas as formas de autocomposição.

*A Comissão Editorial*

# Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sentenças

---

## 1. Da finalidade

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

## 2. Da Comissão Editorial

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

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

## 3. Do encaminhamento

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

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

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

## 4. Das Sentenças e dos Acórdãos — Requisitos

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

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

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

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

## 5. Dos artigos científicos — Requisitos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.3.8. a Comissão Editorial poderá convidar autores a publicar artigos na Revista, sendo um a cada número do periódico, caso em que, dada a relevância do tema ou a notoriedade do seu autor, será dispensada a observância aos requisitos de que trata o item “3.1”.

## **6. Da não observância dos requisitos formais**

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

## **7. Disposições gerais**

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

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

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

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

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

*Comissão Editorial da Revista Trabalhista Direito e Processo*

# Doutrina

---



# A atuação executiva dos direitos: perfis comparados

Michele Taruffo<sup>(\*)</sup>

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A adequabilidade da execução: os sistemas de *Common Law*
- ▶ 3. Tipos de obrigações e tipos de execução: o modelo germânico
- ▶ 4. A generalização da *astreinte*: o modelo francês
- ▶ 5. Outras soluções, efetivas ou inexistentes
- ▶ 6. Conclusões

## 1. Introdução

A discussão que nos últimos anos se desenvolveu na Itália sobre vários temas atinentes à tutela executiva, e com especial referência à atuação das obrigações de fazer, deu lugar — como é sabido — a polêmicas vivas e por vezes excessivas<sup>(1)</sup>. Essa se caracterizou, no entanto, por uma orientação fortemente redutiva, que se manifesta por vezes negando que exista um problema de eficácia da tutela executiva ou afirmando que esse pode ser resolvido exclusivamente à luz do direito vigente<sup>(2)</sup>, nada obstante

interessantes e raras exceções<sup>(3)</sup>. Em geral, admite-se algum ajustamento interpretativo ou alguma tímida integração à base de exemplos trazidos, normalmente de modo casual, de ordenamentos que se supõem mais próximos ao nosso<sup>(4)</sup>. Daí deriva igualmente a difundida tendência de enfrentar os problemas sobre o plano da estreita técnica processual, sem levar em adequada consideração as situações substanciais carentes de tutela ou pressupondo apenas alguma abstrata catalogação de tais situações. Isso implica subtração da temática da execução de qualquer consideração em

(\*) Autor convidado. Professor Catedrático da Universidade de Pavia e Titular da Cátedra de Cultura Jurídica da Universidade de Girona.

(1) Traduzido do original *L'Attuazione Esecutiva dei Diritti: Profili Comparatistici*, publicado em *Processo e Tecniche di Attuazione dei Diritti*, coordenado por Salvatore Mazzamuto. Napoli: Jovene, 1989. p. 63-106.

*Vide*, resumidamente e para indicações, MAZZAMUTO, Salvatore. *L'Esecuzione Forzata*. In: RESCIGNO, Pietro (Coord.). *Trattato di Diritto Privato*. vol. XX. Torino, 1985. p. 255 e seguintes; TARUFFO, Michele. Note sul Diritto alla Condanna e all'Esecuzione. *Rivista Critica de Diritto Privato*, p. 640 e seguintes, 649 e seguintes, 1986.

(2) Conforme Montesano, *La Tutela Giurisdizionale dei Diritti*. In: *Trattato di Diritto Civile Italiano*. Iniciado

por F. Vassali, vol. XIV, tomo IV, Torino, 1985, p. 147 e seguintes; Mandrioli, *Sulla Correlazione Necessaria tra Condanna ed Eseguitività Forzata*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 1.342 e seguintes, 1976; Monteleone, *Riflessioni sulla Tutela Esecutiva dei Diritti di Credito*. In: *Studi in Onore di E. T. Liebman*. Milano, 1979. II, p. 2.421 e seguintes. Substancialmente redutivo também é a orientação assumida por Chiarloni, *Misure Coercitive e Tutela dei Diritti*. Milano, 1980. Especialmente p. 7 e seguintes, 110 e seguintes, 217 e seguintes).

(3) *Vide*, por exemplo, Mazzamuto, *L'Attuazione degli Obblighi di Fare*. Napoli, 1978. p. 119 e seguintes.

(4) *Vide*, por exemplo, PISANI, Proto. *Appunti sulla Giustizia Civile*. Bari, 1982. p. 149 e seguintes.

termos de efetividade da tutela jurisdicional dos direitos e a frequente incidência no círculo vicioso dos dogmatismos que se autojustificam e acabam por legitimar sempre a imutabilidade do *jus conditum* e das suas interpretações já e mais consolidadas<sup>(5)</sup>.

A substancial esterilidade dessa orientação reducionista é facilmente verificável e não existe necessidade de articular demonstrações. Parece-me, no entanto, igualmente evidente que não se pode sair da discussão do tema por meio de isolados golpes de fantasia interpretativa e que é preciso, ao invés, uma profunda remediação, conduzida à base de métodos menos estreitos e capazes de recuperar a complexidade do problema da tutela executiva como momento essencial da tutela jurisdicional dos direitos. Para semelhante escopo, a análise comparada é essencial, desde que não se a entenda — como infelizmente ocorre normalmente por parte dos não comparatistas — como exótico adorno cultural (*orpello culturale*) ou como busca de “receitas prontas” a serem buscadas superficialmente em outros ordenamentos. É necessário, ao invés, dar-se conta de que o problema da tutela executiva não se reduz ao caso crucial da ordem de reintegração ao trabalho (*reintegrazione nel posto di lavoro*), nem a disputas interpretativas a respeito do art. 612, *Codice di Procedura Civile (esecuzione forzata di obblighi di fare e di non fare)*. É preciso, sobretudo, dar-se conta que não se trata de um problema de mera técnica processual típico do nosso ordenamento. Esse, ao contrário, constitui há tempo e representa ainda o banco de prova de todos os ordenamentos referente à capacidade dos instrumentos jurisdicionais de assegurar uma tutela eficaz dos direitos, não limitada à sua simples declaração por parte do juiz. Desse ponto de vista, trata-se de um problema de grande complexidade, porque o diferente comportamento das formas de tutela executiva retroage, por um lado, sobre a individualização

das situações substanciais efetivamente tuteláveis e, por outro, é condicionado na medida em que os remédios executivos devem adaptar-se às necessidades de atuação ligadas às várias situações substanciais. Além disso, tem-se idêntica complexidade naquilo que concerne ao papel dos órgãos jurisdicionais, variando o âmbito das escolhas que o legislador reserva a si mesmo ou remete ao juiz no momento do emprego do remédio executivo no caso concreto. Ainda, é complexa a individualização das várias técnicas executivas, que não só são diferentes nos diversos sistemas, mas que atuam com diversas modalidades conforme a intensidade com que vem realizado o valor da atuação dos direitos ou vem fixado o ponto de equilíbrio entre esse e outros valores, como o da liberdade individual ou da autonomia das escolhas econômicas privadas. Não é por acaso, portanto, que temas como esse tenham há muito tempo grande repercussão nos ordenamentos mais evoluídos e tenham constituído objeto de importantes congressos internacionais: é cada vez mais evidente, de fato, que a eficácia da tutela jurisdicional em geral e a própria existência dos “novos direitos”, que vão enriquecendo o catálogo das situações de vantagem, estão estreitamente condicionadas pela estrutura e pela operatividade do sistema da tutela executiva.

No que concerne à riqueza e à complexidade da experiência comparada sobre o tema da tutela executiva dos direitos, essa exposição não tem e não pode ter qualquer pretensão de completude, porque esses temas demandariam, diversamente, uma análise bem ampla e aprofundada. Essa pretende, porém, absorver uma função, assaz mais modesta, de sugestões para evitar reduções estereis e para colocar os problemas da tutela executiva na dimensão ampla e articulada que a sua importância exige.

## 2. A adequabilidade da execução: os sistemas de *Common Law*

A complexidade do problema da atuação coativa dos direitos, entendida no sentido de

(5) Vide mais amplamente Taruffo, *op. cit.*, p. 641, 643 e 651.

que as formas e as técnicas executivas são um aspecto do sistema da tutela, compreensível somente se se tem em conta a individualização das situações substanciais tuteláveis e dos *remedies* processuais a essas ligados, encontra a sua manifestação mais evidente nos ordenamentos de *Common Law*. Isso é facilmente constatável seja do ponto de vista histórico, seja do ponto de vista atual, dos mais recentes desenvolvimentos desses ordenamentos.

Do ponto de vista histórico, a estreita conexão entre determinação das situações tuteláveis, formas processuais de tutela e técnicas executivas percorre a distinção fundamental entre *Common Law* e *equity*, particulariza a decisiva evolução dessa e, nada obstante a sua abolição no plano da diversidade das jurisdições, permanece seja no contexto das situações que continuam tuteláveis *at law*, seja naquele em que persiste a recondução à área dos *equitable remedies*<sup>(6)</sup>.

*At law*, os direitos tradicionalmente tuteláveis são essencialmente os de conteúdo econômico, isto é, que se traduzem na pretensão (*pretesa*) a uma coisa ou ao pagamento de uma soma em dinheiro (como pretensão originária ou como pretensão substitutiva, quando, não sendo tutelável o direito com a sua *specific performance*, esse se converte no direito ao ressarcimento do dano)<sup>(7)</sup>. São, portanto, essas as situações tuteláveis nas formas ordinárias do processo civil de *Common Law* e é com base

nessas situações que se constituíram as formas de execução forçada *at law*: são essencialmente formas de execução direta para entrega ou desocupação (*consegna o rilascio*) de bens móveis ou imóveis, de execução por expropriação e venda para satisfação de créditos pecuniários<sup>(8)</sup>. Aqui a estreita conexão entre formas de execução e natureza das situações substanciais tuteláveis aparece de modo particularmente evidente<sup>(9)</sup>.

Como é sabido, o rigor e os limites do sistema de *Common Law* criam, e justificam por muitos séculos, a necessidade e a relevante extensão de um sistema paralelo e complementar de tutela, que aparece sob o nome de *equity*. A razão essencial da *equity* está na oportunidade de oferecer *remedies* a situações não tuteláveis *at law*, à medida que essas situações despontem como economicamente relevantes e carentes de formas de tutela jurisdicional<sup>(10)</sup>. Por assim dizer, a *equity* nasce e expande-se com base na necessidade de dar tutela aos “novos direitos” que surgem ao longo da história, constituindo assim um potente fator de adequabilidade do sistema jurisdicional às necessidades reais de tutela.

Também os institutos da *equity*, portanto, são criados, aproveitando os larguíssimos poderes discricionários pertencentes à *Chancery Court*<sup>(11)</sup>, em direta conexão com as exigências

(6) Sobre o desenvolvimento histórico das relações entre *Common Law* e *equity*, conforme, em geral, Cavanna, *Storia del Diritto Moderno in Europa. 1. Le Fonti e il Pensiero Giuridico*, rist., Milano, 1982, p. 530 e seguintes; Plucknett, *A Concise History of Common Law*, 5. ed., London, 1956, p. 675 e seguintes; Hanbury-Maudsley, *Modern Equity*, 11. ed., London, 1981, p. 3 e seguintes; Van Caenegem, *History of European Civil Procedure, in International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVI, chapt. 2, 1971 (estr.), p. 44 e seguintes; 107; Millar, *Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective*, New York, 1952, p. 65 e seguintes.

(7) Conforme Riesenfeld, *Cases and Materials on Creditor's Remedies and Debtor's Protection*, St. Paul, Minn., 1967, p. 3; Laycock, *Modern American Remedies. Cases and Materials*, Boston-Toronto, 1985, p. 5, 14.

(8) Conforme Millar, *op. cit.*, p. 426 e seguintes, 452 e seguintes; Riesenfeld, *op. cit.*, p. 36 e seguintes; Smit, *Enforcement of Judgments in the United States of America*, in 34 (Suppl.) *American Journal of Comparative Law*, 1986, p. 228 e seguintes; Jacob, *The Enforcement of Judgments Debts*, in *Id.*, *The Reform of Civil Procedure Law and Other Essays in Civil Procedure*. London, 1982, p. 281 e seguintes, 290 e seguintes.

(9) A afirmação tradicional pela qual *law acts in rem* concerne, de fato, sobretudo aos modos de execução, que *at law* são sempre relativos aos bens do obrigado: vide, em especial, Cook, *The Powers of Courts of Equity*, in 15 *Columbia Law Review*, 1915, p. 106 e seguintes.

(10) Vide indicações na nota 6 e, em especial, Van Caenegem, *op. cit.*, p. 44; Cavanna, *op. cit.*, p. 531 e seguintes; Hanbury-Maudsley, *op. cit.*, p. 5 e seguintes, 13.

(11) Vide especialmente Hanbury-Maudsley, *op. cit.*, p. 6.

de tutela das específicas situações substanciais para as quais é concedido o *equitable remedy*. Isso ocorre por meio de muitíssimos institutos, mas, sobretudo, mediante um instituto que tem enorme importância no que agora interessa, isto é, a *injunction*. Trata-se, como é sabido, de uma ordem de fazer (*mandatory*) ou de não fazer ou cessar um comportamento lesivo (*prohibitory*), que pode ter natureza cautelar ou final<sup>(12)</sup>, mas que tem como característica proeminente a adaptabilidade, no seu conteúdo específico, a qualquer situação carente de tutela<sup>(13)</sup>. Com a *injunction*, o sistema da tutela dá um salto decisivo em direção à completude, porque se tornam judiciáveis (*giustiziabili*) todas as situações que não o eram *at law*<sup>(14)</sup>, sendo moldadas ainda à base da exigência particular de atuação que resulta do caso concreto<sup>(15)</sup>.

Também o problema das formas de execução vem resolvido em conexão com essas linhas evolutivas. De um lado, onde é possível individualizar situações típicas, são criadas formas executivas particulares (da execução na forma

específica por sub-rogação à *receivership*)<sup>(16)</sup>, idôneas para assegurar a atuação coativa do *equitable decree*. De outro lado, diante da extrema variabilidade de conteúdos que a *injunction* pode ter, constata-se a impossibilidade de criar um repertório completo de formas de execução direta. Recorre-se, então, à tradicional ideia de *inherent jurisdiction*<sup>(17)</sup>, daí derivando o instrumento coercitivo mais eficaz e mais atípico, isto é, o *contempt of Court*<sup>(18)</sup>, para então aplicá-lo aos *injunctive decrees*<sup>(19)</sup>.

Que o problema das formas de tutela executiva não pode ser considerado isoladamente nos ordenamentos de *Common Law*, mas deve ser compreendido em direta conexão com o problema das situações substanciais tuteláveis, é um elemento facilmente verificável também considerando a situação atual.

Por um lado, de fato, diferenças na evolução do sistema da execução, ou “lacunas” que nesse se encontram, derivam de limites ínsitos ao direito substancial. Assim, por exemplo, na Inglaterra não existem técnicas executivas para atuar coativamente a reintegração ao trabalho,

(12) A literatura sobre a *injunction* é vastíssima e não pode ser aqui citada analiticamente. Entre as obras mais recentes, conforme, em especial, Fiss-Rendleman, *Injunctions*, 2. Ed., Mineola, N.Y., 1984, p. 58 e seguintes, 323 e seguintes, 460 e seguintes; Leavell-Love-Nelson, *Cases and Materials on Equitable Remedies, Restitution and Damages*, St. Paul, Minn., 1986, p. 13 e seguintes; Laycock, *op. cit.*, p. 213 e seguintes; Spry, *The Principles of Equitable Remedies*, 2. ed., London, 1980, p. 304 e seguintes; Hanbury-Maudsley, *op. cit.*, p. 82 e seguintes, bem como Varano, *Appunti sulla Tutela Provvisoria nell'Ordinamento Inglese, con Particolare Riferimento all'Interlocutory Injunction*, in *Les Mesures Provisoires en Procédure Civile*, coordenado por G. Tarzia, Milano, 1985, p. 235 e seguintes.

(13) Conforme Smit, *op. cit.*, p. 234.

(14) Conforme Smit, *op. cit.*, p. 235.

(15) Esse aspecto assume particular importância no relevantíssimo caso da assim chamada *structural injunction*, isto é, nas *injunction* que, a fim de garantir a atuação integral dos direitos civis, determinam a modificação organizativa de entes e instituições, inclusive de natureza pública. Sobre o assunto, amplamente, Fiss-Rendleman, *op. cit.*, p. 528 e seguintes; Fiss, *The Civil Rights Injunction*, Bloomington-London, 1978, p. 8 e seguintes.

(16) Conforme Smit, *op. cit.*, p. 235; Riesenfeld, *Enforcement of Non-Money Judgments in Common Law Countries*, exposição apresentada no seminário *Enforcement 85* (Lund, 1985), p. 5 e seguintes.

(17) Conforme Jacob, *The Inherent Jurisdiction of the Court*, in *Id.*, *The Refort*, cit., p. 221 e seguintes.

(18) A sujeição do obrigado à condenação por *contempt* é o meio precípua e ordinário de execução (indireta) para o caso em que não tenha ocorrido o tempestivo adimplemento espontâneo, conforme Smit, *op. cit.*, p. 232 e seguintes; Spry, *op. cit.*, p. 344 e seguintes; Laycock, *op. cit.*, p. 216, 628 e seguintes; Fiss-Rendleman, *op. cit.*, p. 831 e seguintes; Jacob, *The Enforcement of Non-Money Judgments and Orders. Preliminary Memorandum*, exposição apresentada a *Enforcement 85*, p. 31 e seguintes, 44 e seguintes. Conforme, inoltre, Frignani, *Il "Contempt of Court" quale Sanzione per l'Inesecuzione dell'"Injunction"*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1972, p. 112 e seguintes.

(19) A regra tradicional pela qual *equity acts in personam* concerne, sobretudo, ao fato de que o provimento é dirigido especificamente contra o obrigado e que esse, sendo pessoalmente obrigado ao adimplemento, é sujeito à condenação por *contempt* se não adimple, conforme Cook, *op. cit.*, loc. cit.

mas isso se deve ao fato de que a ordem de reintegração, ainda quando pronunciada, pode dar lugar tão somente à *compensation pecuniária*<sup>(20)</sup>.

Por outro, ao contrário, as linhas evolutivas mais interessantes que se encontram hoje na Inglaterra e nos Estados Unidos no plano da tutela executiva constituem o efeito do aparecimento dos “novos direitos” ou novas situações que se encontram no plano da “justiciabilidade” (“*giustiziabilità*”): vai-se dos direitos civis à tutela do ambiente, da discriminação racial à tutela do consumidor, dos problemas da família e das relações de trabalho aos direitos dos presos e da revisão das eleições políticas (“*circoscrizioni elettorali*”)<sup>(21)</sup>. Esse elemento, em si importantíssimo, teve, sobretudo, uma consequência: de deixar substancialmente intacta a área mais tradicional, dos direitos com conteúdo pecuniário e das respectivas formas de atuação coativa, e de levar ao primeiro plano situações com conteúdo exclusivamente ou prevalentemente não pecuniário, criando para esses relevantes problemas de adaptação e de extensão do sistema da tutela executiva.

Esses problemas foram enfrentados, e substancialmente resolvidos, em duas principais direções.

A primeira dessas consiste em uma ampliação relevante das formas de execução específica, por meio da sub-rogação de um terceiro no lugar do obrigado, bem assim da tradicional hipótese consistente na *sale of land*<sup>(22)</sup>.

O problema surge em especial quando a execução da sentença requer uma série de

atividades complexas e diversificadas ou quando essa implica desenvolvimento e controle de atividades continuadas ou destinadas a durar no tempo<sup>(23)</sup>. Nesses casos, a tendência das cortes, sobretudo estadunidenses, é no sentido de confiar a execução da sentença, ao invés de ao obrigado, a encarregados que operam na qualidade de *officers of the Court* e que têm o dever de desenvolver diretamente ou de controlar o desenvolvimento, por obra de terceiros, das atividades necessárias para promover a execução do que está previsto na sentença. Esses encarregados podem assumir vários nomes: fala-se, por exemplo, de *receiver*, quando se trata também ou prevalentemente de administrar dinheiro, e de *master*, quando se trata de realizar ou controlar atividade de outra natureza<sup>(24)</sup>. Esses trabalham sob a direção da corte, devem a essa prestar contas das respectivas atividades, em sendo o caso periodicamente, e podem dirigir-se ao juiz quando necessário remover obstáculos ou para obter instruções ulteriores sobre o modo com que devem ser desenvolvidas as atividades executivas<sup>(25)</sup>.

Essas figuras, inicialmente criadas pelas Cortes, ganharam explícito reconhecimento legislativo, por exemplo, nas *Rules 53 e 70* das

(20) Conforme Jacob, *op. ult. cit.*, p. 73. A regra não é, contudo, absoluta, porque por vezes as cortes determinam a *specific performance* do contrato de trabalho, conforme Spry, *op. cit.*, p. 110.

(21) Conforme Smit, *op. cit.*, p. 234; Riesenfeld, *Op. ult. cit.*, p. 12 e seguintes; Jacob, *Op. ult. cit.*, p. 60 e seguintes, 78 e seguintes, 86 e seguintes; Leavell-Love-Nelson, *op. cit.*, p. 229 e seguintes.

(22) Sobre a sub-rogação do terceiro nas hipóteses em que se admite a *specific performance*, vide, em geral, Jones-Goodhart, *Specific Performance*, London, 1986, p. 1, 28 e seguintes, 202 e seguintes.

(23) A regra tradicional é no sentido de que a *specific performance* seja excluída se a execução requer um controle complexo e prolongado por parte da corte. Esse, no entanto, está em vias de superação, sendo manifesta uma difundida tendência das cortes a ordenar a *specific performance* sem ter em conta, sobretudo nos casos que envolvem interesses de particular relevância social. Sobre o assunto, amplamente, Jones-Goodhart, *op. cit.*, p. 28 e seguintes; Laycock, *op. cit.*, p. 389 e seguintes; Spry, *op. cit.*, p. 95 e seguintes; Fiss-Rendleman, *op. cit.*, p. 528 e seguintes.

(24) Conforme Riesenfeld, *Op. ult. cit.*, p. 9 e seguintes; Smit, *op. cit.*, p. 232 e seguintes. Para o exame dessas e de outras figuras análogas, conforme Silvestri, *Problemi e Prospettive di Evoluzione nell'Esecuzione degli Obblighi di Fare e di Non Fare*, *Rivista Diritto Processuale*, 1981, p. 49 e seguintes. Além disso, vide em especial, Fiss-Rendleman, *op. cit.*, p. 692 e seguintes, para a figura do *compliance coordinator* na atuação de complexas medidas para tutela dos direitos dos presos no âmbito da prisão.

(25) Conforme Silvestri, *op. cit.*, p. 51 e seguintes.

*Federal Rules of Civil Procedure* estadunidenses<sup>(26)</sup>. Essas vêm encontrando importantes manifestações em vários campos: assim, por exemplo, em matéria de proteção do ambiente recorre-se a um *receiver* com a tarefa de gerir uma empresa de modo a fazer cessar atividades ofensivas, de promover obras de despoluição e de ressarcir os danos daí derivados<sup>(27)</sup>. Analogamente, recorre-se a um *master* quando se mostra necessário desenvolver ou controlar complexas atividades direcionadas a eliminar situações que implicam discriminações de várias naturezas ou para atuar a revisão de eleições políticas ou ainda para efetuar a distribuição aos lesados de fundos obtidos por meio de uma *class action*<sup>(28)</sup>.

Ainda, *administrators* e também específicos *committees* foram criados para o desenvolvimento de atividades complexas atinentes, por exemplo, à eliminação de situações suscetíveis de produzir discriminações no mercado do trabalho com afronta ao *Equal Employment*

*Opportunity Act* ou à atuação de medidas direcionadas a assegurar a proteção dos direitos do homem dentro de hospitais psiquiátricos<sup>(29)</sup>.

É preciso notar que em casos como esses a particular natureza das atividades executivas que devem ser desenvolvidas, que normalmente implica conhecimento e prática de funções empresariais ou administrativas complexas protraídas no tempo, e as peculiaridades do instrumento executivo empregado, conformam necessariamente o conteúdo e a natureza do provimento condenatório pronunciado pela corte. Usualmente, de fato, trata-se de uma *injunction*, porque essa, como já se acenou, melhor consente em modelar o provimento sobre as específicas exigências do caso concreto<sup>(30)</sup>. Além disso, em geral o *decree* não fixa analiticamente e de forma antecipada cada uma das atividades executivas que devem ser realizadas: o que vem indicado é o resultado que a execução deve produzir e, eventualmente, os critérios gerais que devem ser seguidos, enquanto os modos para promovê-lo são necessariamente deixados, em ampla medida, à discricionariedade do órgão que opera em nome da corte e em lugar do obrigado<sup>(31)</sup>.

A segunda direção em que se articulam as técnicas executivas dos assim chamados *non-money judgments* consiste essencialmente na

(26) Conforme Smit, *op. cit.*, loc. ult. cit.; Wright-Miller, *Federal Practice and Procedure*, vol. IX, St. Paul, Minn., 1971, p. 776 e seguintes; Kaufman, *Masters in the Federal Courts: Rule 53*, in 58 *Columbia Law Review*, 1958, p. 452 e seguintes.

(27) Conforme Riesenfeld, *op. et loc. cit.*; para outras utilizações dessa figura, conforme Note, *Receiver-ship as a Remedy in Civil Rights Cases*, in 24 *Rutg. Law Review*, 1969, p. 115 e seguintes; Comment, *Equitable Remedies: An Analysis of Judicial Utilization of Neoreceivership to Implement Large Scale Institutional Change*, in *Wisc. Law Review*, 1976, p. 1.161 e seguintes; Laycock, *op. cit.*, p. 750 e seguintes, 769 e seguintes.

(28) Conforme Berger, *Away from the Court House and into the Field: The Odyssey of a Special Master*, in 78 *Columbia Law Review*, 1978, p. 707 e seguintes; Brakel, *Special Masters in Institutional Litigation*, in *American Bar Found Res. Journal*, 1979, p. 543 e seguintes; Kaufman, *op. cit.*; Kirp-Babcock, *Judge and Company: Court-Appointed Masters, School Desegregation, and Institutional Reform*, in 32 *Ala. Law Review*, 1981, p. 313 e seguintes; Note, *Force and Will: An Exploration of the Use of Special Masters to Implement Judicial Decisions*, in 52 *Un. Colo. Law Review*, 1980, p. 105 e seguintes; Fiss-Rendleman, *op. cit.*, p. 752 e seguintes; Laycock, *op. cit.*, p. 769 e seguintes.

(29) Conforme Silvestri, *op. cit.*, p. 50 e seguintes, 54 e seguintes; Harris, *The Title VIII Administrator: A Case in Judicial Flexibility*, in 60 *Corn. Law Review*, 1974, p. 53 e seguintes.

(30) Fala-se precipuamente, a propósito, de *individually tailored remedy* para sublinhar a estreita adesão do conteúdo do provimento às específicas exigências de tutela do caso concreto, conforme *Developments in the Law-Injunctions*, 78 *Harvard Law Review*, 1965, p. 1.020; Silvestri, *op. cit.*, p. 58.

(31) Conforme Silvestri, *op. cit.*, loc. ult. cit.; Fiss-Rendleman, *op. cit.*, p. 739 e seguintes. Particularmente importante é a técnica consistente na elaboração, acordada entre *master* e obrigado e homologada pela corte em um *consente decree*, de planos e programas para atuação da sentença: conforme Silvestri, *op. cit.*, p. 58, n. 42, e os importantes exemplos reportados amplamente em Fiss-Rendleman, *op. cit.*, p. 528 e seguintes, 774 e seguintes.

extensão do instrumento tradicional consubstanciado na pronúncia de uma *injunction*, cuja ausência é sancionada por definição a título de *contempt of Court*. A propósito, Riesenfeld observou que o que mudou não foi tanto a técnica executiva, mas sim a orientação das cortes, sempre mais favoráveis à pronúncia de provimentos que ordenam o adimplemento específico do que ao ressarcimento do dano<sup>(32)</sup>. Isso mostra, uma vez mais, que o problema da execução não se desenvolve sozinho, mas em função do modo com que se configura a tutela das situações substanciais.

A *injunction* tem realmente o efeito típico de impor a *specific performance* da obrigação de fazer ou de não fazer e, pois, de bloquear a sua eventual substituição pelo ressarcimento do dano derivado do inadimplemento<sup>(33)</sup>.

(32) *Op. ult. cit.*, p. 6; analogamente para Inglaterra vide Jacob, *The Enforcement of Non-Money Judgments*, cit., p. 39. Vide, ademais, *supra*, n. 23.

(33) Sobre a conexão entre *injunction* e *specific performance*, vide Laycock, *op. cit.*, p. 367 e seguintes; Smit, *op. cit.*, p. 233. A regra tradicional é no sentido de que a *specific performance* pode ser ordenada somente quando pareça inadequado o remédio *at law*, consubstanciado tipicamente pelo ressarcimento do dano. A valoração da inadequação dos *damages* é, no entanto, largamente discricionária e deixada às peculiaridades do caso concreto. De outra parte, manifestou-se nos últimos tempos, sobretudo nos Estados Unidos, uma difundida tendência para ampla concessão da *specific performance* no lugar do ressarcimento; tende-se precipuamente a separar a *specific performance* do requisito da inadequação dos *damages*, colocando-se os dois remédios sob o mesmo plano e atribuindo-se à corte a escolha entre esses, em função das respectivas vantagens e da oportunidade de recorrer a um ou a outro conforme as exigências de cada caso. Sobre esses problemas, conforme Jones-Goodhart, *op. cit.*, p. 3, 18 e seguintes, 21; Fiss-Rendleman, *op. cit.*, p. 59 e seguintes; Fiss, *op. cit.*, p. 91; Laycock, *op. cit.*, p. 335 e seguintes, 367 e seguintes; Schwartz, *The Case for Specific Performance*, in 89 *Yale Law Journal*, 1979, p. 276 e seguintes. Giza-se, de outro lado, que a *injunction* dirigida à *specific performance* tornou-se o remédio *standard* em muitos casos, como os que dizem respeito aos *civil rights* e à tutela do ambiente (vide Fiss, *ibidem*; Laycock, *op. cit.*, p. 340). Não falta, além disso, quem entenda que a *specific performance* seja sempre um remédio mais eficaz do que os *damages*; vide, por exemplo, Ulen, *The Efficiency of Specific*

Por consequência, ou recorre-se a formas de execução específica por sub-rogação (*surroga*), quando é possível e quando a Corte o entende oportuno, ou a execução é deixada ao obrigado, que em caso de inadimplemento é punido a título de *contempt of Court*.

Especialmente essas características fizeram da *injunction* um instrumento de emprego sempre mais frequente, notadamente em vista da eficácia executiva que lhe é própria. Essa tem, de fato, um emprego muito amplo em numerosas matérias, como, por exemplo, relações de família decorrentes do divórcio, a tutela dos *civil rights*, a proteção do consumidor e a tutela do ambiente<sup>(34)</sup>. Salvo os casos de execução na forma específica, o ponto de força da *injunction* está no fato de que o obrigado inadimplente pode ser condenado a uma multa pecuniária fixada discricionariamente pelo juiz, sem limites, ou também à prisão até que decida realizar a prestação devida (mas não para além de dois anos), podendo-se ordenar ainda o sequestro dos bens<sup>(35)</sup>.

A propósito do *contempt of Court* discutiu-se muito na doutrina de *Common Law*, não sendo o caso de enfrentá-lo globalmente nessa sede<sup>(36)</sup>. É o caso de sublinhar apenas que, enquanto é visto como meio coercitivo que visa a provocar o adimplemento da obrigação sancionada por uma *injunction*, esse é considerado um instrumento em tudo normal e mesmo indispensável. De fato, o *contempt* é visto pelos juristas de *Common Law* como um

*Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies*, in 83 *Michigan Law Review*, 1984, p. 341 e seguintes.

(34) Vide nota precedente.

(35) Conforme Smit, *op. cit.*, p. 236; Jacob, *op. ult. cit.*, p. 32, 47 e seguintes. Para um amplo exame do *contempt of Court* como sanção da *injunction*, Fiss-Rendleman, *op. cit.*, p. 831 e seguintes; Laycock, *op. cit.*, p. 628 e seguintes, bem como Frignani, *op. cit.*

(36) Conforme, em geral, Lowe, *Borrie and Lowe's of Contempt*, 2. ed. London, 1983; Goldfarb, *The Contempt Power*, New York-London, 1963; Dobbs, *Contempt of Court: a Survey*, 56 *Corn. Law Review*, 1971, p. 183 e seguintes; Fiss-Rendleman, *op. cit.*, p. 831 e seguintes.

remédio “*virile, viable and versatile*”, idôneo para assegurar de modo eficaz a execução dos provimentos do juiz<sup>(37)</sup>. Os mesmos juristas manifestam inclusive fundada estupefação diante dos casos, frequentes nos ordenamentos de *civil law*, em que existem provimentos para os quais faltam formas de coação ao adimplemento<sup>(38)</sup>.

As críticas ao instituto do *contempt* parecem destinadas a permanecer, portanto, “*a cry in the wind*”<sup>(39)</sup>. É verdade, como recentemente sublinhou Chiarloni, que o instrumento *injunction/contempt* pode ser — e foi — utilizado como poderosa arma de defesa de valores retrógrados no âmbito dos conflitos coletivos<sup>(40)</sup>, mas essa não parece ser uma boa razão para criticar ou refutar semelhante instrumento em si. A sua eficácia particularmente intensa pode, de fato, ser vista como um mal, se o instrumento vem empregado para tutela de valores que não se compartilham e pode ser, ao invés, visto como um bem, se esse é empregado para tutela de valores compartilhados. Tudo isso não atine, no entanto, ao instrumento coercitivo em si considerado, mas ao discurso diverso — nada obstante conexo — da individualização das situações substanciais que se entendem mercedoras de tutela executiva eficaz.

Em realidade, diante de situações em que o *contempt* foi utilizado com um sentido ideologicamente criticável, existem muitas outras, como aquelas já recordadas acima, em que o instrumento *injunction/contempt* representa o único modo eficaz para uma tutela não somente nominalista dos “novos direitos” substanciais<sup>(41)</sup> ou mesmo ao escopo de “*maintain the fundamental supremacy of law*”<sup>(42)</sup>, evitando

abusos, omissões e obstruções direcionadas a tornar um nada o direito afirmado no provimento do juiz.

Mais do que insistir nesses dados por demais óbvios, vale a pena ao invés sublinhar que mesmo na sua recente evolução o *contempt of Court* mostrou uma notável versatilidade, que incrementou ulteriormente a sua eficácia. Por um lado, de fato, esse é por vezes empregado também como meio coercitivo para execução de prestações pecuniárias, configurando-se, portanto, como remédio tendencialmente geral, idôneo para evitar os custos e os longos tempos da execução por expropriação<sup>(43)</sup>. Por outro, emerge a tendência de configurar a multa pecuniária por *contempt* também como sanção pecuniária estipulada a um determinado valor por dia de atraso na execução, em evidente analogia com a *astreinte* francesa<sup>(44)</sup>. Enfim, coloca-se em evidência que essa tem muito mais uma proeminente função coercitiva e punitiva, mas pode igualmente ter uma função *compensatory*, quando a corte entende que as somas pagas a título de *contempt* devem servir também para ressarcir o dano derivado do inadimplemento ou do retardo<sup>(45)</sup>.

Trata-se, pois, de um instituto que, malgrado a longa tradição histórica e as polêmicas a que se expõe, permanece como a chave de um sistema que, mesmo empregando por vezes velhos instrumentos, evolui organicamente, adaptando eficazmente as efetivas garantias para atuação concreta dos direitos às mais diversas e novas situações.

(37) Conforme Jacob, *op. cit.*, p. 100.

(38) Conforme Jacob, *op. cit.*, p. 51.

(39) Conforme Jacob, *op. cit.*, p. 50.

(40) Conforme Chiarloni, *op. cit.*, p. 242 e seguintes. Sobre o fenômeno do *government by injunction*, conforme também Fiss-Rendleman, *op. cit.*, p. 1 e seguintes.

(41) Trata-se, em especial, do amplo setor da tutela dos *civil rights*, sobre a qual *vide* Fiss, *op. cit.*; Fiss-Rendleman, *op. cit.*, p. 528 e seguintes.

(42) Conforme Jacob, *op. ult. cit.*, p. 44.

(43) Sobre o *coercive contempt*, conforme Fiss-Rendleman, *op. cit.*, p. 1.004 e seguintes; Note, *Coercive Contempt and the Federal Grand Jury*, in 79 *Columbia Law Review*, 1979, p. 735 e seguintes; Note, *The Coercive Function of Civil Contempt*, in 33 *University Chicago Law Review*, 1965, p. 120 e seguintes.

(44) Conforme Riesenfeld, *op. ult. cit.*, p. 15; Fiss-Rendleman, *op. cit.*, p. 1.006 e seguintes.

(45) A figura do *compensatory contempt*, que pode igualmente se traduzir na condenação ao pagamento de somas equivalentes ao dano sofrido pelo retardo na execução, é controvertida, mas é prevalentemente admitida: conforme Fiss-Rendleman, *op. cit.*, p. 972 e seguintes.

Em uma perspectiva mais geral, a conexão entre situações substanciais carentes de tutela e técnicas de atuação executiva coloca-se essencialmente sobre a base do “princípio da adequabilidade” (“*principio di adeguatezza*”), pelo qual todo direito deve encontrar atuação por meio do instrumento executivo mais idôneo e eficaz em função das específicas necessidades do caso concreto<sup>(46)</sup>. A aplicação desse princípio, combinando-se com o aparecimento e a diferenciação de situações nas quais as técnicas tradicionais de tutela executiva *at law* apresentaram-se largamente ineficazes, deu lugar a uma radical desorganização das distinções clássicas e também a um notável grau de desordem e de confusão no repertório dos remédios executivos<sup>(47)</sup>. A outra face da moeda, no entanto, é representada, por um lado, pelo aparecimento de uma ampla discricionariedade criativa das cortes na escolha do instrumento executivo e, por outro, pelo emprego dessa discricionariedade com o fim de assegurar da maneira mais eficaz a exata atuação do direito substancial. Desse modo, a regra da *specific performance* executiva tende a se generalizar, em especial quando se trata de obrigações de fazer e de não fazer, enquanto o remédio substitutivo do ressarcimento do dano pelo inadimplemento acaba encontrando uma aplicação cada vez mais marginal<sup>(48)</sup>.

Ademais, o que parece fora de dúvida é que o sistema dos remédios executivos, devendo ser adequado, tem também de ser completo, isto é, deve assegurar *sempre* uma tutela executiva eficaz<sup>(49)</sup>. É significativo, de fato, que

(46) Vide em especial Fiss, *op. cit.*, p. 91; Fiss-Rendleman, *op. cit.*, p. 59 e seguintes, 79 e seguintes; Laycock, *op. cit.*, p. 335 e seguintes.

(47) Vide referências na nota precedente e ainda Dawson, *Specific Performance in France and Germany*, in 57 *Michigan Law Review*, 1959, p. 535 e seguintes.

(48) Conforme Laycock, *op. cit.*, p. 389 e seguintes; Spry, *op. cit.*, p. 51 e seguintes, 58 e seguintes, 109 e seguintes; Fiss-Rendleman, *op. cit.*, p. 104 e seguintes; Jones-Goodhart, *op. cit.*, p. 18 e seguintes, 91 e seguintes; Ulen, *op. cit.*; Schwartz, *op. cit.*

(49) Conforme Jacob, *op. ult. cit.*, p. 8 e seguintes, 15 e seguintes, 32, 46, 50 e seguintes.

o aparecimento de situações substanciais “novas” não tenha comportado a crise do sistema e a criação de “lacunas” de tutela executiva e tenha consubstanciado, ao invés, um potente fator de evolução, no sentido da busca e da criação de novos instrumentos executivos ou de adaptação de velhos instrumentos, mas sempre no sentido do princípio pelo qual a tutela jurisdicional deve compreender também uma eficaz tutela executiva.

### 3. Tipos de obrigações e tipos de execução: o modelo germânico

Outro importante ordenamento que liga estreitamente a solução do problema dos instrumentos executivos à individualização das situações substanciais carentes de tutela é o germânico. Essa conexão entre o sistema alemão e os sistemas de *Common Law* pode parecer surpreendente a quem está habituado a considerar os problemas, e em particular os da execução, em perspectiva rigorosamente eurocêntrica e sobre a base de uma suposta — malgrado em realidade não demonstrada — homogeneidade entre os ordenamentos de *civil law*. Essa, no entanto, foi colocada em evidência por Dawson, em conjunto com as profundas diferenças que se verificam entre sistema alemão e sistema francês em uma das mais interessantes contribuições dedicadas ao tema da atuação específica dos direitos<sup>(50)</sup>. Semelhante analogia resulta logo em seguida evidente, junto com algumas importantes diferenças, se não circunscrita a uma análise superficial e isolada de cada uma das técnicas executivas, mas se se dirige a atenção ao modo com que essas se ligam à individualização das situações substanciais para as quais as respectivas atuações são endereçadas.

A abordagem do ordenamento alemão desse problema é muito clara na ZPO de 1877 enquanto o BGB, entrando em vigor muitos anos depois, acabou por não acrescentar e não

(50) Conforme Dawson, *op. cit.*, p. 495 e seguintes, 525, 533.

modificar significativamente o tratamento que o problema recebe no código processual<sup>(51)</sup>. Esse está fundado, de um lado, sobre a ideia fundamental pela qual o valor prioritário a ser realizado é o adimplemento coativo específico das várias obrigações<sup>(52)</sup> e, de outro, sobre uma classificação relativamente rígida dos vários tipos de obrigação, correspondendo para cada qual uma particular forma de execução. Dawson assinala oportunamente que, em relação à situação anglo-estadunidense, em que a abordagem não é substancialmente diferente, mas centra-se essencialmente sobre a variedade das soluções técnicas e sobre a discricionariedade amplíssima que as cortes se reservam para criação e escolha do remédio executivo, a solução alemã distingue-se, sobretudo, pelo elevado grau de rigor sistemático e de precisão analítica<sup>(53)</sup>.

Essa parte, acima de tudo, de uma rígida categorização tipológica das obrigações, corresponde a uma tipologia dos instrumentos executivos. Ambas as tipologias são constituídas por categorias entendidas como mutuamente exclusivas e — pode-se supor — como conjuntamente exaustivas. Assim, tem-se a categoria das obrigações com conteúdo pecuniário, a que correspondem formas de execução por expropriação (*esecuzione per trasformazione*, §§ 803-882 ZPO); obrigações de entrega, a que correspondem modos de execução na forma específica por apreensão coativa do bem (§§ 883-886 ZPO); obrigações de fazer fungíveis, a que corresponde uma forma de execução direta por sub-rogação de um terceiro, à custa do obrigado (§ 887); obrigações de fazer infungíveis, e obrigações de não fazer ou de cessar, a que se refere a execução indireta por meio da *Zwangsstrafen* (§§ 888, 890); e, por fim, obrigações de prestar

(51) Conforme Dawson, *op. cit.*, p. 526 e seguintes, 529.

(52) Conforme o § 241 do BGB. Vide Dawson, *op. cit.*, p. 529 e seguintes.

(53) *Op. cit.*, p. 525, 527 e seguintes, 531.

declarações de vontade, atuadas por meio da própria sentença (§§ 894-896)<sup>(54)</sup>.

A incidência do método classificatório, aplicado concomitantemente no nível da tipologia das obrigações e no da tipologia dos remédios executivos, é particularmente evidente no campo das obrigações de fazer, em que o § 887 se refere expressamente às obrigações fungíveis (*vertretbar*), ligando-as à execução direta por sub-rogação<sup>(55)</sup>, enquanto o § 888 se refere expressamente às obrigações infungíveis (*unvertretbar*)<sup>(56)</sup>, coarctando-as, assim como às obrigações de não fazer ou de cessar, expressamente previstas e distinguidas no § 890, à execução indireta consistente na imposição de penas pecuniárias (*Zwangsgeld*) ou de prisão civil (*Zwangshaft*)<sup>(57)</sup>.

Os escopos que o legislador da ZPO visa a perseguir com uma disciplina assim composta são evidentes. Por um lado, organizar um sistema orientado no sentido de assegurar a execução específica de cada tipo de obrigação mediante a individualização de um repertório articulado de instrumentos executivos<sup>(58)</sup>. Por outro, compor um sistema perfeitamente fechado, em que cada tipo de obrigação encontra uma forma “típica” de execução estabelecida *a priori* pela lei, sem resíduos deixados à

(54) Em geral, por último, vide AA. VV., *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Neuwie-Darmstadt, 1987, p. 1.941 e seguintes, 2.100 e seguintes, 2.121 e seguintes; Brox-Walker, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1986, p. 5 e seguintes, 112 e seguintes, 349 e seguintes, 503 e seguintes, 512 e seguintes, 532 e seguintes; Baumann-Brehm, *Zwangsvollstreckung*, 2. Aufl., Bielefeld, 1982, p. 384 e seguintes, 390 e seguintes.

(55) Vide, em especial, *Kommentar*, cit., p. 2.108 e seguintes, e Chiarloni, *op. cit.*, p. 92.

(56) Sobre os problemas relativos à definição da infungibilidade, conforme, também para referências, *Kommentar*, cit., p. 2.111.

(57) Sobre essas modalidades de execução indireta, vide amplamente Böhm, *Die Zwangsvollstreckung nach § 890 ZPO. Eine dogmatische Untersuchung*, Berlin, 1971; Pastor, *Die Unterlassungsvollstreckung nach § 890 ZPO*, 3. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München, 1981, p. 132 e seguintes, 271 e seguintes.

(58) Conforme Dawson, *op. cit.*, p. 530 e seguintes.

discricionariedade das partes ou do juiz<sup>(59)</sup>. Trata-se, ademais, de um sistema tendencialmente “completo”, porque não exequíveis coativamente são somente as obrigações expressamente indicadas na segunda parte do § 888 (contrair matrimônio, reconstrução da comunhão conjugal e realização de um contrato de serviço)<sup>(60)</sup>, enquanto as várias categorias são construídas de modo a exaurir potencialmente todos os tipos de situações substanciais para as quais pode ser necessária a tutela executiva.

Assaz menos evidente, ao invés, é o grau de eficácia que esse sistema, construído à base de uma rigorosa conceitualização dos problemas atinentes à atuação dos direitos, revela na relação com a realidade concreta.

Por um lado, de fato, o critério de exclusividade e de correspondência biunívoca dessas tipologias em alguns casos acaba se revelando pouco eficaz. Assim, ocorre que, ainda que em presença de instrumentos de execução específica fortemente tipicizados, a atuação do direito é frequentemente demandada mediante a forma substitutiva do ressarcimento do dano, com a consequência de que as obrigações de dar, entregar, fazer ou não fazer, acabam não dando lugar às formas executivas respectivamente previstas na ZPO, mas convertem-se em obrigações com conteúdo pecuniário e são atuadas nas formas executivas típicas de semelhante obrigação<sup>(61)</sup>. Ocorre também que a tentativa de construir um sistema de categorias rígidas e exclusivas é frustrada pela jurisprudência que, por vezes, emprega as várias técnicas executivas de modo relativamente elástico, temperando o rigor da tipologia para a qual cada espécie de obrigação corresponde a um e a só um método de execução coativa<sup>(62)</sup>.

O setor no qual o método classificatório da ZPO parece ter encontrado maiores problemas é, por outro, o da atuação das obrigações de fazer. Por um lado, de fato, a distinção entre as obrigações fungíveis (para as quais é admitida a execução direta por sub-rogação) e obrigações infungíveis (para as quais opera a execução indireta mediante cominação de *Zwangsstrafen*), talvez seja clara teoricamente, mas certamente não o é na prática<sup>(63)</sup>. Igualmente discutível é a referência, contida no § 888, às obrigações cuja atuação “depende exclusivamente da vontade do obrigado”, podendo se colocar aí o problema de saber se essa representa somente a definição de “obrigação infungível” (ou se se deve recorrer a critérios de “fungibilidade natural”, fundado sobre a possibilidade material de sub-rogação) e se para todas as obrigações infungíveis nessa acepção está efetivamente aberto o emprego das *Zwangsstrafen*<sup>(64)</sup>. Por outro, pode-se observar que a distinção entre prestações fungíveis e infungíveis talvez possa ser adequada diante de obrigações para realização de prestações simples e definíveis de modo unitário, mas entra em crise diante de obrigações com conteúdo complexo e dificilmente cindível, isto é, composta de prestações fungíveis e infungíveis. Deixando de lado outros problemas, de fato, nesses casos, dever-se-ia chegar a admitir que a mesma obrigação dá lugar em parte à execução específica *ex* § 887 e em parte à execução indireta *ex* § 888, o que não corresponde à rígida tipologia classificatória que está à base de semelhantes normas<sup>(65)</sup>.

(59) Sobre a finalidade específica consistente na eliminação das margens de discricionariedade, conforme Dawson, *op. cit.*, p. 531.

(60) Conforme *Kommentar*, *cit.*, p. 2.112.

(61) Conforme Dawson, *op. cit.*, p. 530.

(62) Conforme Dawson, *op. cit.*, p. 531.

(63) Se se tem presente a casuística de ambas as hipóteses (para a qual *vide*, por exemplo, *Kommentar*, *cit.*, p. 2.108, 2.111), não parece, de fato, que exista um critério uniforme de distinção. Sobre o assunto, em especial, *vide* Böhm, *op. cit.*, p. 44 e seguintes, 67 e seguintes.

(64) Sobre a tendência a limitar a sua aplicação, *vide* Chiarloni, *op. cit.*, p. 98.

(65) A tendência que se verifica na praxe (sobre a qual se pode colher exemplos em *Kommentar*, *cit.*, p. 2.111 e seguintes) parecer ser a de reconduzir ao § 888 diversos casos de prestações complexas, centrando-se, porém, sobre a respectiva dependência (total ou

O instituto da *Zwangsstrafen* merece algumas considerações específicas, destinado que é a assegurar a execução indireta das obrigações de fazer infungíveis e das obrigações de não fazer (§§ 888 e 890 da ZPO). A propósito, o problema mais relevante não parece ser o de estabelecer se se trata, como afirmou Chiarloni<sup>(66)</sup>, de um resíduo semifeudal ligado à necessidade de punir a *Verletzung des Königs* ínsita na ausência de execução da sentença ou se se trata ou não de sanções de natureza penal. O ponto, em realidade, não é óbvio e mereceria um aprofundamento histórico que aqui não pode ser sequer tentado<sup>(67)</sup>. Observo, contudo, que nesse sentido parece não se mover o legislador alemão, que se preocupa periodicamente de elevar o limite de valor da *Geldstrafe* com o fim de evitar que essa se torne ineficaz como instrumento coercitivo (*strumento compulsorio*). O segundo ponto é discutido na doutrina alemã<sup>(68)</sup>, mas é pouco relevante sob o perfil que aqui interessa: ainda que se admitisse que se trata de sanção penal em sentido próprio, isso não tolheria em nada a sua respectiva função específica de operar como instrumento coercitivo com o fim de induzir o obrigado ao adimplemento<sup>(69)</sup>. Que esse desempenhe igualmente uma função punitiva é possível<sup>(70)</sup>, mas não é esse o escopo primário para o qual é configurado na ZPO<sup>(71)</sup>.

---

parcial) da vontade do obrigado, como no caso de assunção ou reassunção de dependentes (*assunzione o riassunzione di dipendenti*).

(66) *Op. cit.*, p. 88 e seguintes.

(67) Sobre o assunto, *vide* amplamente Colesanti, *Misure Coercitive e Tutela dei Diritti*, *Rivista di Diritto Processuale*, 1980, p. 601 e seguintes.

(68) Conforme, também para referências, Chiarloni, *op. cit.*, p. 94 e seguintes.

(69) A analogia proposta por Chiarloni (*Op. cit.*, p. 96) entre as medidas coercitivas dos §§ 888 e 890 e a tortura parece francamente excessiva e tem uma função retórica mais do que demonstrativa. Essa não tem muito sentido, de outro lado, se se têm em conta as limitações que caracterizam o emprego das *Zwangsstrafen*, sobre as quais *vide* a sequência do texto.

(70) Sobre a *Doppelcharakter* do § 890, *vide* em especial Böhm, *op. cit.*, p. 28 e seguintes.

(71) Não por acaso, aparece de fato a tendência a colocar em relevo a função de medida coercitiva civil: confor-

A respeito do assunto, vale muito mais a pena sublinhar rapidamente alguns outros aspectos.

O primeiro, muito relevante do ponto de vista comparado, é que não existe qualquer semelhança entre as *Zwangsstrafen* alemãs e as *astreintes* francesas (sobre as quais se falará adiante). Não só, de fato, a *Zwangsgeld* é destinada ao Estado enquanto as somas pagas a título de *astreinte* são do credor; sobretudo, a *astreinte* é uma medida coercitiva de caráter geral<sup>(72)</sup>, enquanto as *Zwangsstrafen* incidem tão somente no campo das obrigações de fazer infungíveis e das obrigações de não fazer. Parece muito mais fundada a analogia entre as medidas coercitivas alemãs e o *contempt of Court* anglo-estadunidense (porque ambos preveem multas pecuniárias em favor do Estado e prisão)<sup>(73)</sup>, mas nem mesmo essa semelhança parece apropriada, porque as *Zwangsstrafen* têm uma disciplina positiva limitativa que o *contempt* não tem e porque esse se consubstancia em uma medida coercitiva de aplicação tendencialmente geral, enquanto o mesmo não se pode dizer das *Zwangsstrafen*<sup>(74)</sup>.

E é propriamente esse o ponto que reclama ainda algumas observações.

A verdade é que, em homenagem ao método conceitualista já sublinhado, as normas da ZPO não preveem as medidas coercitivas para cada uma das obrigações, mas para todas as obrigações que entram nas categorias abstratas do “fazer infungível” e do “não fazer”. Permanece igualmente verdadeiro que essas são aplicáveis, por expressa disposição normativa, somente a essas obrigações, sendo a vontade do legislador da ZPO claramente direcionada para limitar o mais possível, no quadro geral dos instrumentos executivos, o recurso à multa pecuniária

---

me, também para referências, Chiarloni, *op. cit.*, p. 95 e seguintes e, especialmente, Pastor, *op. cit.*, p. 12 e seguintes.

(72) *Vide infra* § 4.

(73) Conforme, por exemplo, Böhm, *op. cit.*, p. 33 e seguintes.

(74) *Vide supra* § 2.

e à prisão civil<sup>(75)</sup>. O respectivo campo de aplicação é, portanto, *a priori* limitado e esse limite parece idôneo para bloquear fenômenos de expansão dessas medidas coercitivas. A casuística jurisprudencial a respeito do § 888 é em realidade relativamente variada e compreende também a atuação de obrigações de notável relevo, como a de admissão ou readmissão do empregado, a prestação de determinadas atividades intelectuais, a retificação de notícias na imprensa, a prestação ou a revogação de declarações, os rendimentos de contas bancárias ou o desenvolvimento de atividades comerciais<sup>(76)</sup>. Consequentemente, não parece fundada a opinião expressada por Chiarloni, segundo o qual a jurisprudência teria se encarregado de desenvolver o âmbito de ampliação da norma, reduzindo-a a hipóteses marginais<sup>(77)</sup>. Permanece, todavia, o fato de que a condição da dependência da prestação da vontade exclusiva do obrigado trabalha com um sentido fortemente limitativo, restringindo a aplicação das medidas coercitivas a uma série não muito ampla de prestações, algumas das quais se ensartam dentro de atividades muito particulares e específicas. O § 888 da ZPO parece, portanto, particularmente inidôneo para funcionar como uma cláusula de fechamento do sistema da tutela executiva, assim como parece pouco idôneo — e confirma-o a análise de grande parte dos casos em que vem aplicado — para fornecer instrumentos coercitivos aplicáveis às prestações complexas e diversificadas em que se consubstancia a maior parte dos assim chamados “novos direitos”.

Considerações em grande parte análogas podem ser feitas para as *Zwangsstrafen* previstas pelo § 890 como meios de execução indireta das obrigações de não fazer e de cessar atividades ilícitas. O campo próprio da respectiva atuação é, de fato, o tradicional, concernente

(75) Conforme Dawson, *op. cit.*, p. 526, 535.

(76) Conforme, por exemplo, *Kommentar, cit.*, p. 2.111 e seguintes.

(77) *Op. cit.*, p. 97 e seguintes.

às turbações da posse, da propriedade ou de outros direitos reais, e à tutela do nome, da marca e contra a concorrência desleal<sup>(78)</sup>, não parecendo que a norma seja empregada com frequência em outros campos, como para tutela do ambiente, do consumidor ou dos direitos fundamentais da pessoa.

Os §§ 888 e 890 da ZPO são, portanto, normas de notável importância, mas o respectivo relevo não pode ser sobrevalorizado no quadro geral do sistema da tutela executiva. A rigidez da categorização originariamente adotada pelo código processual, de fato, manteve-se substancialmente até os nossos dias produzindo um duplo efeito.

De um lado, permanece a clareza sistemática da tipologia das obrigações e da correspondente tipologia dos instrumentos executivos. Nesse quadro, continua valendo o princípio do adimplemento na forma específica de cada espécie de obrigação, mas somente mediante as formas executivas caso a caso tipicamente previstas pela lei. Isso vale em especial para as obrigações de fazer, também infungíveis, e para as obrigações de não fazer, mas as técnicas de coerção indireta continuam atuando, também aqui substancialmente segundo a vontade original do legislador processual, dentro de limites restritos de aplicação, nada obstante relevantes.

De outro lado, a clareza traduz-se em escassa elasticidade do sistema das tutelas executivas. Sendo claras e rigorosas as escolhas do legislador, essas deixam bem poucos espaços à atividade criativa das cortes, o que torna assaz difícil a adaptação da tutela executiva às necessidades específicas de tutela evidenciadas pelas situações concretas. Trata-se de um sistema que atribui uma tutela executiva “forte” às situações jurídicas que apresentam o perfil delineado *a priori* pela lei. Essa tutela, no entanto, é rigorosamente tipicizada (donde a impossibilidade de adotar caso a caso o

(78) Conforme *Kommentar, cit.*, p. 2.116.

remédio mais eficaz para o caso concreto) e opera nas situações tipificadas pela lei, donde a dificuldade de estendê-la a situações novas ou que ainda não se encaixam claramente em uma ou em outra categoria.

#### 4. A generalização das astreintes: o modelo francês

A orientação seguida nos ordenamentos de *Common Law* e no alemão, segundo o qual as soluções adotadas a respeito das técnicas de atuação da sentença são intrinsecamente conexas seja às peculiaridades das situações substanciais caso a caso consideradas carentes de tutela, seja à individualização de *remedies* processuais idôneos, não parece se reproduzir do mesmo modo, isto é, com a mesma homogeneidade de abordagem, em outros ordenamentos que também são de grande importância sob o perfil que aqui interessa. Ocorre que, por vezes, a interdependência entre consideração das situações que devem ser tuteladas e as técnicas para atuação da sentença mantenha-se somente em parte e, ao invés, para outra parte relevante se rompa.

No plano dos métodos de atuação da sentença, esse fenômeno pode dar lugar a resultados fortemente diferenciados: de um lado pode ocorrer, de fato, que, adquirindo o problema da execução dimensão e relevância autônoma, esse seja resolvido de modo a promover, de modo efetivamente ou ao menos tendencialmente completo, atuação coativa para todos os provimentos do juiz com conteúdo condenatório. De outro lado, pode ocorrer que a separação do problema da execução coativa daquele da efetiva tutela jurídica dos direitos comporte uma redução do primeiro problema ao segundo, isto é, produza soluções técnicas mais ou menos perfeccionistas ou sofisticadas, mas de qualquer modo não suscetíveis de garantir sempre uma tutela executiva eficaz dos direitos que também encontram reconhecimento no plano da tutela de conhecimento.

Emblemático da primeira tendência é o caso da França. Por um lado, de fato, permanece a

tradicional e estreita conexão entre obrigações (ou condenações) com conteúdo pecuniário e formas de execução por expropriação, que visa a realizar coativamente a satisfação do crédito em dinheiro. Sob esse perfil, a evolução também recente do problema não comportou novidade de grande relevo, nem mesmo com a importante lei sobre a execução de 5 de julho de 1972 (que se ocupa de vários aspectos da execução forçada, modificando a disciplina do código e instituindo o juiz da execução), porque — em atendimento à disciplina da matéria que deveria ocorrer a título de complementação do novo código — permaneceram substancialmente intactas as formas tradicionais de execução<sup>(79)</sup>. Por outro, a conhecida separação entre direitos (*fattispecie sostanziali*) e técnicas de execução verifica-se, também mediante uma evolução histórica assaz longa e em tudo não linear, levando apenas recentemente a resultados legislativos não ambíguos no campo das medidas de coação indireta, isto é, a propósito da *astreinte*.

É notório que o instituto nasce nos albores do século XIX, por criação jurisprudencial, no âmbito das obrigações de fazer e não fazer e vai se consolidando posteriormente mediante complexas evoluções jurisprudenciais e doutrinárias em um arco de tempo que encontra o seu ponto final apenas no título II da lei de 5 de julho de 1972<sup>(80)</sup>. No entanto, vale a pena observar que desde o início a *astreinte*, entendida também confusamente como medida

(79) Conforme, em geral, Vincent-Prévault, *Voies d'Exécution et Procédures de Distribution*, 15. ed., Paris, 1984, p. 16 e seguintes, 139 e seguintes, 325 e seguintes, 334 e seguintes; Couchez, *Voies d'Exécution*, Paris, 1985, p. 35 e seguintes, 110 e seguintes; Jauffret, *Manuel de Procédure Civile et Voies d'Exécution*, 14. ed., par J. Normand, Paris, 1984, p. 204 e seguintes, 238 e seguintes.

(80) Sobre a origem e a evolução da *astreinte*, conforme, também para referências, Dondi, *Effettività dei Provvedimenti del Giudice Istruttore*, Padova, 1985, p. 77 e seguintes; Dawson, *op. cit.*, p. 510 e seguintes; Esmein, *L'Origine et la Logique de la Jurisprudence en Matière d'Astreintes*, *Rev. Trim. Dir. Civ.*, 1903, p. 5 e seguintes.

de execução indireta da sentença, visando à condenação ao pagamento de uma soma por dia de atraso na execução<sup>(81)</sup>, surge de um distanciamento claro a respeito da disciplina substancial das obrigações de fazer, ainda que dessa própria retire por longo tempo a própria legitimação.

O art. 1.142 do *Code Napoléon* prevê, de fato, que toda obrigação de fazer ou de não fazer resolve-se, em caso de ausência de execução, em *dommages et intérêts*. A norma exclui, portanto, o que se poderia chamar de “tensão à execução específica” (“*tensione all’esecuzione coattiva*”) dessas obrigações, porque prevê precipuamente de maneira expressa a respectiva conversão automática em obrigação de ressarcir o dano derivado do inadimplemento<sup>(82)</sup>. Essa, porém, tem um destino muito curioso. De um lado, de fato, tem a sua dimensão fortemente limitada com a exclusão da sua aplicação às obrigações de restituição e de entrega, sendo excluída igualmente a sua aplicação em todos os casos nos quais a prestação de fazer pode ser realizada por um terceiro a expensas do devedor<sup>(83)</sup>. Existindo nessas hipóteses formas idôneas de execução específica, segue-se que o campo de aplicação do art. 1.142 acaba reduzido às obrigações fundadas sobre o *intuitu personae*, isto é, às obrigações de fazer infungíveis<sup>(84)</sup>. De outro, a norma termina por não ser aplicada *de plano* nem mesmo nessas hipóteses, porque a jurisprudência, mediante uma verdadeira e própria deformação do conceito de *dommages/intérêts*<sup>(85)</sup>, ajunta à condenação ao *facere* uma

imposição de uma pena pecuniária por dia de atraso. É claro que não se trata aqui de uma forma particular de ressarcimento do dano, mas de uma condenação pecuniária cominada com o escopo de induzir o devedor ao adimplemento<sup>(86)</sup>. Trata-se, isto sim, de uma verdadeira e própria forma de execução indireta da sentença, curiosamente derivada de uma norma que — como já se disse — prevê, ao invés, a exclusão de formas coativas de atuação das obrigações de fazer no momento em que prevê a sua automática conversão em obrigação de ressarcir o dano derivado do inadimplemento.

No curso da complexa evolução histórica do instituto, em realidade, a distinção entre *astreinte* e dano derivado do inadimplemento nem sempre foi clara, seja porque a jurisprudência continua fundando a *astreinte* no art. 1.141 do *Code Civil*, seja porque aparece repetidamente a tendência de liquidação da *astreinte* com base no dano sofrido pelo credor por conta do atraso na execução da sentença<sup>(87)</sup>.

Permanece clara, todavia, a função cominatória que a *astreinte* tem tipicamente desde as origens<sup>(88)</sup> e, portanto, sua natureza de uma verdadeira e própria medida coercitiva e, como tal, direcionada a influenciar a vontade do devedor para induzi-lo à atuação específica da obrigação de fazer. Semelhante função resulta definitivamente estabelecida com a já citada lei de 1972<sup>(89)</sup>, que recepciona substancialmente os resultados da elaboração jurisprudencial, mas fornece à *astreinte* uma base textual autônoma e diversa do art. 1.142, CC. Tal lei define a sua função compulsória, distinguindo-a nitidamente dos mecanismos ressarcitórios,

(81) Conforme Dawson, *op. cit.*, p. 514.

(82) Conforme Mazéaud-Mazéaud, *Leçons de Droit Civil*, 5. ed., tomo II, vol. I, Paris, 1973, p. 912. Sobre a origem da norma, amplamente, Chiarloni, *op. cit.*, p. 77 e seguintes.

(83) Conforme Mazéaud-Mazéaud, *op. cit.*, loc. cit.

(84) Conforme Mazéaud-Mazéaud, *op. cit.*, p. 911 e seguintes.

(85) Conforme Boré, *La Collaboration du Juge et du Législateur dans l’Astreinte Judiciaire*, Rec. M. Ancel, Paris, 1975, I, p. 274. De costume *contra legem* fala-se em Vincent-Prévault, *op. cit.*, p. 24.

(86) Conforme, já com referência à jurisprudência do século XIX, Dondi, *op. cit.*, p. 81 e seguintes.

(87) Conforme Boré, *op. cit.*, p. 277 e seguintes.

(88) Conforme, em especial, o escrito de Esmein, *cit.*, no qual o fundamento da *astreinte* é reconduzido ao *imperium* do juiz ao invés de às *dommages-intérêts* do art. 1.142, CC.

(89) Conforme Chabas, *La Réforme de l’Astreinte*, in Dalloz, Chron., 1972, p. 271.

em especial com a individualização da assim chamada *astreinte définitive*, que resulta completamente depurada de qualquer possível confusão com os *dommages/intérêts*<sup>(90)</sup>. Não por acaso, de fato, especialmente depois da lei de 1972, pode-se dizer que a *astreinte* mantém a sua função também quando o atraso na execução não tenha provocado dano e que, sendo a *astreinte* coisa absolutamente diferente do ressarcimento do dano, pode ser cumulada com esse último<sup>(91)</sup>.

A autonomia da *astreinte* diante da consideração dos direitos a que se aplica aparece ainda mais evidente se se tem presentes alguns aspectos da fisionomia que o instituto vem assumindo na última fase da sua evolução. Trata-se essencialmente do fato de que, aparecendo a *astreinte* como uma medida coercitiva particularmente eficaz, se determinou uma nítida tendência à sua generalização, isto é, à previsão de seu emprego toda vez que se trata de assegurar a atuação coativa de uma obrigação reconhecida em um provimento do juiz.

Isso importa a superação da originária ligação entre *astreinte* e obrigação de fazer ou de não fazer infungível e a extensão do instituto a qualquer tipo de obrigação. Assim, a *astreinte* vem aplicada também quando se trata de obter o cumprimento de prestações pessoais (por exemplo, prestações trabalhistas) e, superando o princípio pelo qual a *astreinte* seria uma medida coercitiva subsidiária, admite-se igualmente o seu emprego quando se cuida de obrigações de fazer ou de não fazer que, sendo fungíveis, seriam suscetíveis de execução específica por obra de um terceiro<sup>(92)</sup>. Essa é também aplicada no caso de condenação à entrega ou desocupação, que também são

exequíveis na forma específica e, mais em geral, também nas hipóteses de obrigações de dar e, especificamente nas hipóteses de condenação ao pagamento de somas em dinheiro<sup>(93)</sup>. A *astreinte* não se configura tanto, pois, como uma técnica de execução indireta ligada a particulares tipos de situações substanciais, ou a situações nas quais não são utilizáveis outras formas de execução, mas como instituto geral, aplicável em qualquer caso e também concorrentemente — e preferentemente — em relação a outros instrumentos de atuação dos provimentos do juiz<sup>(94)</sup>.

Semelhante tendência é, de resto, confirmada igualmente por outros dois fenômenos. O primeiro consiste na extensão da *astreinte* para além do campo ligado às sentenças de mérito: de fato, admite-se faz tempo o emprego da *astreinte* como meio para assegurar a atuação das medidas cautelares determinadas mediante decisões tomadas em *référé* (*ordinanze di référé*)<sup>(95)</sup>, tendo a reforma recente do CPC introduzido a assim chamada *astreinte* “endoprocessual” para assegurar a atuação dos provimentos instrutórios do juiz<sup>(96)</sup>.

O segundo fenômeno consubstancia-se na atribuição do poder de cominar *astreintes* a todos os juizes: além de aos juizes civis ordinários de qualquer instância e aos juizes de *référé*, de fato, tal poder pertence igualmente aos árbitros e aos juizes de jurisdições especiais (*giurisdizioni d'eccezione*), como os tribunais de comércio, os *conseils de prud'hommes* e os *tribunaux paritaires des baux ruraux*, bem como ao juiz penal nos casos em que esse prolata condenações civis<sup>(97)</sup>. Por fim, uma

(90) Sobre a *astreinte définitive*, conforme Mazéaud-Mazéaud, *op. cit.*, p. 918, 923; Boré, *op. cit.*, p. 274, 284, 288 e seguintes, 305, e já Rassat, *L'Astreinte Définitive*, in *J.C.P.*, 1967, doct. 2069.

(91) Conforme Mazéaud-Mazéaud, *op. cit.*, p. 917; Vincent-Prévault, *op. cit.*, *loc. cit.*; Boré, *op. cit.*, p. 283.

(92) Conforme Mazéaud-Mazéaud, *op. cit.*, p. 918 e seguintes.

(93) Conforme Mazéaud-Mazéaud, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

(94) Diversamente, Chiarloni, *op. cit.*, p. 86, o qual, porém, limita suas fontes até 1954, isto é, a uma fase atualmente superada da evolução do instituto e, portanto, não considera a extensão que a *astreinte* alcançou recentemente.

(95) Conforme Boré, *op. cit.*, p. 292 e seguintes.

(96) Conforme, em especial e para referências, Dondi, *op. cit.*, p. 73 e seguintes.

(97) Conforme Mazéaud-Mazéaud, *op. cit.*, *loc. cit.*; Boré, *op. cit.*, p. 280, 291 e seguintes.

lei de 1980 disciplinou o poder de cominar a *astreinte* dos juizes especiais administrativos, limitando-o ao *Conseil d'État*, mas superando decisivamente a tendências contrárias manifestadas anteriormente<sup>(98)</sup>.

Resulta evidente, dessas breves referências, que a *astreinte* atualmente perdeu a sua originária ligação com o art. 1.142 CC e que essa não pode mais ser compreendida como o remédio executivo indireto típico das obrigações de fazer. Pelo contrário, ao lado da autonomia do instituto, que hoje se encontra decididamente consolidada, afirma-se a tendência em direção à generalização do seu campo de aplicação, que se estende por todas as obrigações privadas, mas que vai também muito além dessas.

Ademais, o instituto permanece idêntico, ainda que se tenha clarificada a função coercitiva e tenha sido eliminada a confusão com o ressarcimento do dano, no sentido de que permanece intacto o mecanismo consistente na condenação em uma soma fixada de forma discricionária pelo juiz por dia ou mês de atraso na execução do provimento<sup>(99)</sup>. Permanece igualmente intacta a característica de pena privada típica da *astreinte*, porque o destinatário das somas é sempre o credor, ainda que essa tenha sido dimensionada levando em consideração não os prejuízos que esse pode efetivamente sofrer, mas segundo critérios idôneos para assegurar a real eficácia coercitiva no caso concreto<sup>(100)</sup>, e ainda que se, na linha da compreensão do tema então proposta por Esmein, a *ratio* do instituto esteja ligada ao *imperium* do juiz e não ao direito do credor de obter a prestação devida<sup>(101)</sup>.

Assinale-se, todavia, o aparecimento de uma tendência de modificação ao menos em parte das características tradicionais da *astreinte*, que ocorre concomitantemente com a definição da autonomia e da generalização do instituto. Com efeito, quando o legislador francês começa a cortar os liames da *astreinte* com a sua matriz originária e a torná-la um instrumento executivo autônomo e aplicável a qualquer situação reconhecida em um provimento jurisdicional, surgem dúvidas a respeito da oportunidade de manter em toda a sua inteireza o caráter privado do instituto, propondo-se de torná-lo semipúblico, mediante a devolução ao Estado de metade das somas que o devedor tem de pagar a título de *astreinte*. Por várias razões, inclusive de compromissos políticos, essa proposta não passa na lei de 1972<sup>(102)</sup>. Essa é, no entanto, interessante, porque mostra como atualmente a natureza de pena privada da *astreinte* parece em grande parte fictícia e o nítido surgimento da sua função exclusivamente coercitiva e da sua aplicabilidade geral, o que acaba colocando o instituto nos confins, se não para além desses, da relação privada existente entre credor e devedor.

Permanece de qualquer modo o fato de que, apoiando-se sobre o instituto da *astreinte* e definindo mais claramente as suas características, o ordenamento francês fornece uma resposta global e polivalente à “necessidade de efetividade” que se manifesta no campo da atuação dos direitos. E fá-lo utilizando apenas um único instrumento que, conforme o caso, pode ser empregado exclusivamente ou cumulativamente em relação a outros possíveis remédios executivos. Trata-se, porém, de um instrumento que, se de um lado é muito eficaz porque o juiz pode adaptar a força coercitiva da *astreinte* às necessidades de cada caso concreto (dosando-a em relação à “capacidade de resistência” do obrigado)<sup>(103)</sup>, de outro, pode atualmente ser empregado para tutela

(98) Conforme Baraduc-Bénabent, *L'Astreinte en Matière Administrative (Loi du 16 Juillet 1980)*, in Dalloz, Chron. XIII, 1981, p. 95 e seguintes; Dondi, *op. cit.*, p. 91.

(99) Conforme Boré, *op. cit.*, p. 281 e seguintes, 297; Mazéaud-Mazéaud, *op. cit.*, p. 923.

(100) Conforme Boré, *op. cit.*, p. 283; Mazéaud-Mazéaud, *op. cit.*, p. 918.

(101) *Vide supra*, nota 88, e conforme Mazéaud-Mazéaud, *op. cit.*, p. 924.

(102) *Vide*, em especial, Boré, *op. cit.*, p. 298 e seguintes.

(103) *Vide* indicações na nota 100.

de todas as situações jurídicas que encontram reconhecimento em um provimento do juiz. Cuida-se, pois, de uma resposta “completa”, porque não existem situações para as quais a ordem do juiz, independentemente do seu conteúdo específico, não pode ser coadjuvada por *astreinte*<sup>(104)</sup>. Isso induz inclusive a sublinhar que, para além do quanto se pode entender no passado a partir de uma leitura formalista do *code civil*<sup>(105)</sup>, o ordenamento francês alcançou — mediante a evolução recente da *astreinte* — um grau extremamente elevado de “tensão para execução específica” das obrigações de qualquer natureza, tudo com base na configuração de um instrumento coercitivo de caráter geral e não mediante uma disciplina diferente e específica para as várias situações substanciais.

## 5. Outras soluções, efetivas ou inexistentes

O francês não é o único ordenamento que tende a resolver o problema da atuação coativa dos direitos mediante um distanciamento, ou uma ruptura ao menos parcial, da conexão entre individualização das situações substanciais carentes de tutela executiva e determinação das formas de atuação coativa dos provimentos do juiz. São numerosos os ordenamentos que não seguem nem a estratégia dos sistemas de *Common Law*, fundada sobre a construção do remédio executivo direto ou indireto mais adequado ao caso, nem a estratégia típica do ordenamento alemão, fundada sobre uma rígida tipicização das obrigações e dos correlatos instrumentos de execução forçada.

Também nesses ordenamentos, como é óbvio, as soluções que são dadas ao problema da execução não são de todo separadas da consideração do tipo de obrigação que deve ser atuada. Constata-se aí, ademais, uma tendência

muito forte para configurar autonomamente o problema processual das técnicas de execução, levando-se em conta as situações substanciais, mas sem construir a partir dessas tipologias rígidas ou de qualquer modo sem aplinar completamente a problemática dos remédios executivos naquela dos direitos que devem ser tutelados.

Naturalmente, essa orientação manifesta-se nos vários casos com diferentes intensidades, conforme a força com que operam os modelos fundamentais de referência, e pode produzir resultados fortemente diversificados. Em especial, como já se acenou, pode dar-se que a parcial liberação da tipologia das obrigações substanciais leve igualmente à elaboração de um sistema tendencialmente completo de tutela executiva, mas pode também ocorrer que essa conduza a soluções somente parciais, isto é, que não satisfaçam integralmente a necessidade de tutela coativa dos direitos.

Nesse momento, não é obviamente possível um reconhecimento completo desses problemas nos vários ordenamentos. Vale a pena, porém, acenar ao modo com que esses são postos em alguns casos de particular interesse, se não por outra razão ao menos com o fim de exemplificar estratégias em tudo ou em parte diversas daquelas até agora examinadas.

Um primeiro exemplo é constituído pelos ordenamentos dos países socialistas. É sabido que esses, por um conjunto de razões históricas que aqui não podem ser aprofundadas, representam sob muitos aspectos um grupo muito homogêneo de variantes em relação a um modelo fundamental, constituído pelo modelo alemão. Sob o perfil que aqui interessa existem semelhanças<sup>(106)</sup>, mas também relevantes diferenças que devem ser sublinhadas.

(104) Precise-se também que, com base no art. 5 da lei de 1972, a *astreinte* pode ser pronunciada igualmente de ofício pelo juiz com o escopo de assegurar a execução das suas decisões (conforme Boré, *op. cit.*, p. 278).

(105) Chiarloni, *op. cit.*, p. 83 e seguintes.

(106) A principal consiste no acolhimento do princípio geral do adimplemento específico, em especial para as obrigações com conteúdo não patrimonial, conforme Stalev, *Enforcement of Non-Money Judgments in European Socialist States*, trabalho apresentado no *Enforcement 85*, p. 9.

Entre as diferenças, a principal é constituída pelo fato de que os ordenamentos socialistas não recepcionaram, ou ao menos não o fizeram com o mesmo rigor, a abordagem sistemática e categorizante que é fundamental na ZPO alemã. Em especial (*vide*, por exemplo, o art. 358 do CPC soviético)<sup>(107)</sup>, existe uma diferenciação entre formas de execução (expropriação, entrega ou desocupação, obrigações de fazer), que leva em consideração tipos de prestação atuáveis, mas não pressupõe uma categorização rigorosa. Semelhante diferenciação, além disso, opera no plano das técnicas processuais com o escopo de adaptá-las às necessidades de tutela, mas de modo relativamente autônomo das categorias de direito substancial<sup>(108)</sup>. Operam ainda outros critérios, que derivam tipicamente da organização socialista do Estado, como aquele que induz a construir formas processuais diferentes conforme a expropriação incida sobre bens privados ou sobre bens do Estado ou da unidade da economia socializada.

No que atine em especial à atuação das obrigações de fazer, existe alguma semelhança em relação ao modelo alemão, mas também diferenças relevantes. Distingue-se, de fato, entre obrigações que podem ser atuadas pelo mesmo sujeito de direito a expensas do obrigado (*vide*, por exemplo, o art. 201 do CPC soviético)<sup>(109)</sup>, configurando-se em tal caso a execução direta por sub-rogação, e prestações que podem ser realizadas somente pelo obrigado (sem, porém, a cláusula restritiva da exclusiva dependência da sua vontade e sem introduzir exceções de nenhum tipo)<sup>(110)</sup>. Nesse segundo caso, recorre-se à execução indireta, isto é, à cominação

de uma pena pecuniária dentre de um limite máximo fixado pela lei (*vide* art. 406 do CPC soviético)<sup>(111)</sup>.

Esse método reproduz-se substancialmente nos vários ordenamentos socialistas<sup>(112)</sup>, com exceção da Polônia, onde a disciplina da execução não segue somente muito próxima do modelo alemão nas suas linhas gerais, mas também apresenta peculiaridade relevante no campo específico das obrigações de fazer. O CPC polaco admite, de fato, que o recurso à execução indireta ocorra quando a execução da prestação depende exclusivamente da vontade do obrigado (art. 1.050) e admite a prisão civil de até seis meses no caso de ausência de pagamento da multa pecuniária (art. 1.053 e seguintes)<sup>(113)</sup>.

Como é sabido, para além da área de influência do modelo alemão um número notável de ordenamentos de *civil law*, desde a Itália à Bélgica, da Espanha aos países da América Latina, por vários acontecimentos históricos inspiraram-se no modelo francês, em geral e especificamente naquilo que concerne à tutela dos direitos no campo da execução. Esse complexo fenômeno obviamente não pode ser analisado em detalhe, mas é preciso sublinhar uma característica sua fundamental. Essa consiste no fato de que a recepção do modelo francês ocorreu essencialmente no plano do modelo normativo, isto é, tendo em mira as normas do Código Civil e do Código de Processo Civil da época napoleônica. Isso produziu duas consequências relevantes: a primeira consiste na recepção das formas de execução disciplinadas pelo *Code de Procédure civile*, isto é, essencialmente a execução por

(107) Para tradução italiana, conforme *Ricerche sul Processo. 1. Il Processo Civile Sovietico*, Padova, 1977, p. 274.

(108) Conforme os arts. 368 e seguintes do CPC soviético, in *Ricerche sul Processo*, cit., p. 280 e seguintes. Conforme ainda *Derecho Procesal Civil Sovietico*, dirigido por M. A. Gurvich, tradução espanhola, México, 1971, p. 502 e seguintes; Stalev, *op. cit.*, p. 2 e seguintes.

(109) Conforme *Ricerche sul Processo*, cit., p. 166; Stalev, *op. cit.*, p. 14.

(110) Art. 201, 2º, *ibidem*; Stalev, *op. cit.*, p. 15 e seguintes.

(111) Conforme *Ricerche sul Processo*, cit., p. 296. Trata-se de uma inovação introduzida pelo CPC de 1964 (para o direito anterior, conforme *Derecho Procesal*, cit., p. 518 e seguintes).

(112) Conforme Stalev, *op. cit.*, nas páginas citadas nas notas precedentes.

(113) Conforme *Ricerche sul Processo. 3. Il Processo Civile Polacco*, Rimini, 1981, p. 403 e seguintes; Stalev, *op. cit.*, p. 17.

expropriação das obrigações de pagar soma em dinheiro. A segunda consiste na ausência de recepção daquilo que os códigos não continham (porque se tratou — como já se viu — de uma criação exclusivamente jurisprudencial), isto é, da *astreinte* como técnica de execução indireta das obrigações de fazer.

Assim, verificou-se um fenômeno curioso, mas de grande relevo. Enquanto o ordenamento francês, por obra da jurisprudência sobre a *astreinte*, tendia a “fechar” o sistema da tutela executiva assegurando a coerção ao adimplemento específico das obrigações de fazer, o mesmo não ocorria nos numerosos ordenamentos que também se inspiraram, sobretudo no século XIX, mas também em época recente, no modelo francês. Porque isso ocorreu, é um problema histórico de notável interesse, que aqui pode ser apenas indicado: por exemplo, seria muito interessante estabelecer as razões pelas quais não se seguiram, na Itália, as formas de execução indireta que Luigi Ferrara analisava e desejava na sua conhecida obra de 1915<sup>(114)</sup>.

Em qualquer caso, a consequência daí derivada é que os ordenamentos em questão não adotam formas de execução indireta e que as obrigações de fazer acabam privadas de tutela específica, salvo quando se trata de prestações realizáveis por sub-rogação do sujeito de direito ou de um terceiro. Em outros termos, enquanto o sistema coativo do ordenamento francês tende, mediante a *astreinte*, à “completude”, ainda que esse objetivo tenha sido alcançado somente recentemente, os ordenamentos de derivação francesa permanecem incompletos, porque não conhecem formas de atuação das obrigações de fazer não suscetíveis de sub-rogação.

Sobre essas situações de incompletude se exerce, no entanto, sobretudo nas últimas décadas, a pressão oriunda, de um lado, da

crescente consciência que essa “lacuna” acaba deixando sem tutela efetiva categorias inteiras de situações substanciais reconhecidas pela lei, e, de outro, do imponente aparecimento do fenômeno dos “novos direitos” (em geral, sem conteúdo patrimonial ou de qualquer modo não convertíveis no ressarcimento do dano derivado da respectiva violação), o qual comporta uma relevante ampliação e um forte incremento da importância dessa categoria de obrigações. Em uma palavra, torna-se sempre menos tolerável que as obrigações infungíveis de fazer encontrem tutela jurisdicional tão somente no plano da cognição e não no âmbito da execução.

Diante desses problemas, verifica-se uma diversidade de orientações. Alguns ordenamentos reagem — por assim dizer — “recuperando” o modelo francês, isto é, adotando a técnica das *astreintes* e, pois, colmatando no plano legislativo a lacuna deixada pela jurisprudência que não seguiu o exemplo da francesa. O exemplo mais significativo é o dos países do Benelux, que introduziram em 1973 uma Convenção por uma lei uniforme sobre a *astreinte*, atuada na Holanda em 1978 e na Bélgica em 1980. Isso não significa necessariamente uma fiel reprodução do sistema francês com as características que esse apresenta atualmente: assim, por exemplo, na Bélgica, a *astreinte* pressupõe o pedido da parte e não é admitida no caso de condenação ao pagamento de somas em dinheiro e para execução das obrigações derivadas de um contrato de trabalho. Todavia, essa é ainda sempre um instrumento atípico de execução indireta e é cumulável com a execução direta, além de ser nitidamente distinta do ressarcimento dos danos derivados do retardamento na execução<sup>(115)</sup>.

Não se está dizendo, portanto, que os sistemas fundados sobre a *astreinte* alcançam sempre

(114) Conforme Ferrara, *L'Esecuzione Processuale Indiretta*, Napoli, 1915. Para acenos ao problema, vide por último Mazzamutto, *L'Esecuzione Forzata*, cit., p. 215.

(115) Sobre a *astreinte* belga, conforme Vitali, *L'Introduzione delle Astreintes in Belgio*, *Rivista di Diritto Processuale*, 1983, p. 272 e seguintes; Moreau-Margrève, *L'Astreinte*, in *Ann. Liège*, I, 1982, p. 11 e seguintes.

um grau de completude e de generalização que hoje apresenta o sistema francês. Todavia, é clara a tendência a colmatar a lacuna de tutela executiva inerente às obrigações de fazer (salvo escolhas restritivas em casos particulares) e a superar o princípio pelo qual a execução indireta seria típica das obrigações caracterizadas pela infungibilidade das prestações. Isso, ademais, confirma a tendência de superação do critério da correspondência biunívoca entre a tipologia qualitativa das obrigações tuteláveis e a tipologia das correspondentes formas de atuação coativa<sup>(116)</sup>.

Outros ordenamentos, ao invés, como acabou ocorrendo na Itália, permanecem na situação de incompletude do sistema coativo referente ao catálogo das situações substanciais tuteláveis: isso significa que, enquanto se adotam as formas clássicas de execução para as obrigações de pagar somas em dinheiro, para as obrigações de entrega ou desocupação e para as obrigações de fazer suscetíveis de execução por sub-rogação, permanece “descoberto” o setor das obrigações de fazer e não fazer não sub-rogáveis. Isso não exclui que em qualquer hipótese específica se adotem medidas coercitivas indiretas, como ocorre nas hipóteses do art. 28 e do art. 18, última parte, do *Statuto dei Lavoratori* (Estatuto dos Trabalhadores), mas é propriamente a tipicidade e a excepcionalidade dessas hipóteses que confirmam a ausência de instrumentos atípicos de coerção indireta, idôneos para uma aplicação generalizada.

---

(116) Para o aparecimento dessa tendência no Japão, conforme Taniguchi, *Execution of Non-Monetary Judgments in Japan*, trabalho apresentado a *Enforcement 85*, p. 3 e seguintes. Sobre a execução das obrigações de fazer por sub-rogação ou por coerção indireta por meio de *astreintes*, *vide ibi*, p. 6 e seguintes, com referência às inovações introduzidas pela lei sobre a execução de 1979; conforme, igualmente, Hattori-Henderson, *Civil Procedure in Japan*, New York, 1985, p. 11 e seguintes. Para outras referências a respeito da difusão das medidas coercitivas com conteúdo pecuniário em vários ordenamentos, conforme Denti, *Execution of Judgments and Means of Enforcement Available to a Court*, exposição geral apresentada no XII Congresso Internacional de Direito Comparado (Sidney, 1986).

Nesses ordenamentos (o discurso vale para a Itália e também para a Espanha e, em geral, para os países da América Latina)<sup>(117)</sup>, a separação entre situações substanciais e tutela executiva verifica-se em especial no terreno das obrigações de fazer e produz a consequência consistente no fato de que para a maior parte de tais obrigações, quando não suscetíveis de execução por sub-rogação, a tutela executiva não existe<sup>(118)</sup>.

Ademais, o reconhecimento da ausência de tutela efetiva em um setor das obrigações e dos direitos cuja importância civil e social aumentou enormemente na sociedade assim chamada avançada, é algo que cria grande embaraço igualmente do ponto de vista da atuação das garantias fundamentais a uma tutela jurisdicional efetiva<sup>(119)</sup>.

## 6. Conclusões

Do sumário exame de situações tão complexas não é evidentemente possível retirar conclusões sintéticas e unívocas. Vale a pena, todavia, sublinhar alguns aspectos que parecem fundamentais na experiência dos ordenamentos que enfrentaram de modo mais maduro e evoluído o problema da atuação executiva dos direitos.

Definirei o primeiro desses aspectos como “tensão à completude” (“*tensione verso la completezza*”) da tutela executiva. A ideia fundamental, mais ou menos claramente formulada conforme o caso, mas que constitui, no entanto, um valor essencial posto à base da evolução de muitos ordenamentos, é que o sistema da tutela jurisdicional deve tendencialmente fornecer instrumentos executivos para

---

(117) Conforme Barbosa Moreira, *Trends in the Enforcement of Judgments and Judicial Orders*, trabalho apresentado a *Enforcement 85*, cit., p. 7 e seguintes, 12 e seguintes.

(118) Em alguns países latino-americanos, vai se difundindo, no entanto, a tendência de introduzir medidas coercitivas de caráter pecuniário, inspiradas no modelo da *astreinte*, para execução das obrigações de fazer infungíveis: conforme Barbosa Moreira, *op. cit.*, p. 21.

(119) Conforme Taruffo, *op. cit.*, p. 649 e seguintes.

todas as situações jurídicas tuteláveis diante do juiz, toda vez que o provimento de cognição não seja por si só suficiente para realizar, com efeitos declaratórios ou constitutivos, a atuação do direito. Esse valor pode ser realizado com técnicas assaz diversas, em função das peculiaridades históricas e estruturais dos vários ordenamentos: um, de fato, é o “princípio da adequabilidade”, em que se amalgamam as cortes estadunidenses na escolha do instrumento mais adequado à necessidade do caso concreto<sup>(120)</sup>, e outro é o caminho da generalização da *astreinte* seguido pelo ordenamento francês<sup>(121)</sup>. No primeiro caso, em verdade, são as peculiaridades da situação substancial que deve ser reintegrada que constitui o critério para a escolha do instrumento executivo, enquanto no segundo é a comprovada funcionalidade da medida coercitiva que aconselha o seu emprego generalizado. É fácil, porém, ver que se trata de vias diferentes que são trilhadas à vista do mesmo resultado: evitar que a reintegração de uma situação jurídica reconhecida no plano da cognição resulte impossível pela ausência de remédios executivos idôneos<sup>(122)</sup>.

O segundo aspecto fundamental pode ser definido como “tensão para eficácia” (“*tensione verso l’efficacia*”) da tutela executiva. Desse ponto de vista, o problema não está simplesmente em prever em abstrato instrumentos de execução da condenação, mas sim de fazer com que tais instrumentos estejam em condições de assegurar em concreto a atuação do direito. Também a propósito o “princípio da adequabilidade” estadunidense manifesta toda sua importância, porque se traduz na possibilidade de o juiz individualizar o remédio executivo mais eficaz para o caso concreto. Ademais, também a elasticidade ínsita na determinação quantitativa da *astreinte*, porque relacionada à “força de resistência” do obrigado, visa a fazer

(120) *Vide supra*, § 2.

(121) *Vide supra*, § 4.

(122) Para a afirmação de um análogo princípio em nosso ordenamento, conforme Taruffo, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

com que o instrumento coercitivo desempenhe realmente a sua função. A eficácia da tutela executiva, de outro lado, não é um escopo que possa ser obtido por meio de tipologias abstratas — e isso se mostra evidente para quem tem presentes os problemas postos pela atuação dos assim chamados “novos direitos”. Daí a tendência de superação do método, que encontrou a sua máxima realização na ZPO alemã, fundado sobre rígidas tipologias relacionais entre obrigações e instrumentos executivos<sup>(123)</sup>, e de fundar o emprego das medidas executivas sobre a respectiva idoneidade para assegurar a obtenção do resultado concreto consistente na atuação do direito. Explica-se, assim, a superação de velhas distinções, como aquela existente entre os remédios *at law* e *in equity* nos sistemas de *Common Law*<sup>(124)</sup>, a acentuação das margens de discricionariedade do juiz na escolha do instrumento executivo<sup>(125)</sup> e a aplicabilidade de medidas coercitivas como a *astreinte* também a obrigações que seriam suscetíveis, mas com relevante dispêndio de tempo e de dinheiro, de execução na forma específica ou de execução por expropriação<sup>(126)</sup>.

O terceiro aspecto fundamental pode ser definido como “tensão para atuação específica” (“*tensione verso l’attuazione specifica*”) dos direitos. Trata-se de um fator que normalmente não vem claramente racionalizado (ainda que existam contribuições relevantes na doutrina de *Common Law* em matéria de *specific performance*)<sup>(127)</sup>, mas sem o qual não se explicariam alguns dos perfis mais relevantes do problema da execução em vários ordenamentos<sup>(128)</sup>. Se, de fato, viesse aplicada — ou nos

(123) *Vide supra*, § 3.

(124) Conforme Smit, *op. cit.*, p. 236.

(125) *Vide supra*, § 2.

(126) *Vide supra*, § 4. Analogamente para o ordenamento italiano, conforme Taruffo, *op. cit.*, p. 665, 668.

(127) *Vide referências nas notas 23 e 33.*

(128) Sobre o princípio equivalente da “máxima coincidência possível” entre conteúdo específico do direito e resultado da execução, conforme Barbosa Moreira, *op. cit.*, p. 1 e seguintes.

limites em que se entende por vezes que deva ser aplicada — a regra pela qual a obrigação não adimplida se converte automaticamente na obrigação de ressarcir os danos causados pelo inadimplemento, bem poucos problemas existiriam no plano das técnicas executivas. O sistema da execução encontrar-se-ia, de fato, na contingência de fazer frente (com exceção de poucos casos em que tradicionalmente se admite a execução na forma específica) somente à atuação de obrigações com conteúdo pecuniário, sendo substancialmente irrelevante se semelhante conteúdo é originário ou é derivado por força da regra de conversão. Em tais hipóteses, largamente presentes na história de numerosos ordenamentos<sup>(129)</sup>, o problema dos remédios executivos sequer se colocaria, sendo em linha de princípio suficiente os tradicionais instrumentos para execução coativa das obrigações de pagar somas em dinheiro.

Vice-versa, muitos problemas interessantes e momentos decisivos de evolução de vários ordenamentos derivam propriamente da refutação da *reductio ad unum*, isto é, ao equivalente monetário da lesão ao direito, de uma série sempre mais ampla de situações jurídicas. Nesse sentido, influem vários fatores que aqui não podem ser analisados, mas que vão desde o aparecimento dos “novos direitos”, com conteúdo não econômico e não reduzíveis ao equivalente pecuniário (como os direitos de liberdade), da mudança da sensibilidade social no sentido de refutar a conversão em dinheiro de qualquer situação jurídica, à ideia que constitui uma péssima tutela aquela que pressupõe a violação do direito para intervenção somente *ex post* e somente onde se verifica um dano monetarizável.

É sabido que esses fenômenos incidem em vários níveis sobre problemas que atacam o sistema da tutela jurisdicional. Naquilo que

---

(129) Para a Itália *vide* em sentido crítico e para referências, Taruffo, *op. cit.*, p. 652 e seguintes; para a França, Dawson, *op. cit.*, p. 509 e seguintes, e Mazzamuto, *L'Attuazione*, cit., p. 35 e seguintes.

atine ao âmbito das técnicas executivas, a “tendência para atuação específica” dos direitos produziu e está produzindo fenômenos de grande relevância.

Nos ordenamentos de *Common Law*, embora permaneça discutível se existe um princípio de *specific performance* no plano substancial, semelhante fator produz notáveis consequências sob o perfil das técnicas de tutela: de um lado, o cada vez mais difuso emprego da *injunction* explica-se também pelo fato de que essa postula sempre o adimplemento específico da ordem do juiz<sup>(130)</sup>. De outro, e naquilo que concerne aos remédios executivos, derivam dois fenômenos de grande importância: a criação de novas e articuladas formas de execução específica por sub-rogação do obrigado por parte de *masters*, *receivers* e outras figuras análogas e o recurso generalizado ao *contempt of Court* como forma específica de coerção indireta do obrigado ao adimplemento específico, nos casos em que a sub-rogação não é possível ou oportuna. É de outro lado significativo, mas não casual, que esses fenômenos se verifiquem especialmente — se bem que não exclusivamente — no campo dos *non-money judgments*, que assume importância sempre maior e que exclui em linha de princípio a conversão do direito originário em uma *compensation* pecuniária<sup>(131)</sup>.

Nos ordenamentos de *Civil Law*, a rigidez das formas tradicionais de execução direta até agora impediu mudanças de relevo. Por consequência, a tensão para atuação específica dos direitos acabou se manifestando no âmbito das medidas coercitivas indiretas, cuja função típica é exatamente aquela de induzir o obrigado ao adimplemento específico. Isso ocorreu em especial em relação às obrigações de fazer ou de não fazer, excluindo-se para essas o mecanismo da monetarização da violação do direito. A respeito do assunto é extremamente significativa a experiência francesa das *astreintes*, que, depurando progressivamente

---

(130) *Vide supra*, § 2.

(131) *Vide supra*, *ibidem*.

o instituto da sua abordagem ressarcitória, colocou em evidência a sua função essencial de instrumento coercitivo que visa a provocar o adimplemento específico e pontual por parte do obrigado<sup>(132)</sup>.

Se essas são algumas entre as mais relevantes linhas de tendência que emergem no panorama comparado, e que caracterizam os ordenamentos mais evoluídos naquilo que atine ao problema da tutela executiva, é preciso constatar também, no entanto, que numerosos ordenamentos delas permanecem de fora, e que entre esses se encontra o nosso. As razões dessa situação são diversas e compreendem a permanência de normas em grande parte superadas e largamente inadequadas no que concerne às necessidades reais de tutela, cristalizações doutrinárias e opções ideológicas pré-ordenadas a bloquear a evolução do problema nos limites do *status quo* e, em geral, a dificuldade de reconhecer que, também sob o perfil constitucional, um sistema que não contenha formas realmente eficazes de atuação executiva

dos direitos é com toda probabilidade um sistema largamente incompleto e inadequado para assegurar a tutela jurisdicional efetiva das situações substanciais<sup>(133)</sup>.

Essa inadequação talvez seja pouco visível, ou se manifesta sob perfis diversos, se se tem presentes apenas o catálogo clássico dos direitos e as correspondentes formas tradicionais de execução. De outro lado, a experiência comparada mostra que é evidentemente destinada à falência a tentativa de reduzir a esse catálogo as novas situações jurídicas e as necessidades de tutela daí derivadas e que é evasiva e ilusória a ideia que a essas carências o sistema da execução herdado das codificações do século XIX possa responder permanecendo substancialmente igual a si mesmo. É preciso ter em conta essa lição, mesmo que problemática e difícil, sem o que o círculo dogmático a que acenávamos no início continuará na sua abstrata coerência, deixando, no entanto, insatisfeita uma exigência fundamental de tutela que percorre todas as sociedades evoluídas.

---

(132) *Vide supra*, § 4.

---

(133) Conforme Taruffo, *op. cit.*, p. 651 e seguintes.

# A terceirização e o descompasso com a higidez, saúde e segurança no meio ambiente laboral – responsabilidade solidária do tomador do serviço a partir das normas de saúde e segurança no trabalho

Francisco Milton Araújo Júnior<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ O presente trabalho aborda o contexto histórico do capitalismo contemporâneo, como também analisa a precarização das condições de trabalho e a consequente debilidade da saúde e segurança no meio ambiente de trabalho com a maior inserção da terceirização no modelo produtivo e, por fim, propõe a construção interpretativa que reconhece a responsabilidade solidária da empresa prestadora de serviço e da empresa tomadora dos serviços por todo e qualquer violação do equilíbrio ambiental laboral que provoque afetação de ordem física e/ou moral no trabalhador a partir leitura constitucional das normas regulamentares (NRs).

## Palavras-chave:

- ▶ Saúde e segurança no trabalho — Meio ambiente do trabalho — Terceirização — Responsabilidade solidária — Normas regulamentares (NRs).

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Noções introdutórias: contexto histórico
- ▶ 2. Terceirização e acidente de trabalho: a face reflexa
- ▶ 3. Normas de saúde e segurança no ambiente de trabalho e a sistematização da responsabilização solidária da cadeia produtiva

(\*) Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Araraquara (SP). Juiz do Trabalho – Titular da 5ª Vara do Trabalho de Macapá/AP. Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Especialista em Higiene Ocupacional pela Universidade de São Paulo – USP. Es-

pecialista em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ/Escola Superior do Ministério Público. Professor das disciplinas de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Faculdade SEAMA/AP e colaborador da Escola Judicial do TRT da 8ª Região – EJU8.

- ▶ 4. Conclusões
- ▶ 5. Referências bibliográficas

*“Para que não haja divisão no corpo, mas antes tenham os membros igual cuidado uns dos outros. De maneira que, se um membro padece, todos os membros padecem com ele; e, se um membro é honrado, todos os membros se regozijam com ele. Ora, vós sois o corpo de Cristo, e seus membros em particular.”*

(1 Coríntios 12, v. 25-27)

## 1. Noções introdutórias: contexto histórico

Realizando um corte epistemológico na história e, por conseguinte, tendo como ponto de partida as primeiras duas décadas do século XX, pode-se destacar, no plano sócio, econômico e político, a primeira grande crise do capitalismo, com destaque para o crescimento do movimento sindical, o empobrecimento da população, o deterioramento das relações sociais e o definhamento da ordem econômica liberal nos anos que sucederam a Primeira Guerra Mundial, tendo como ápice do colapso econômico a quebra da bolsa de Nova York em 24 de outubro de 1929.

De acordo com Carlos Alonso Barbosa de Oliveira, “o padrão de regulação econômica e social derivado do livre funcionamento era inadequado para manter a coesão social e para atender aos interesses das grandes massas. Nos anos 20, a economia capitalista caracterizou-se pela instabilidade, baixo crescimento, guerras comerciais entre nações e fortes movimentos especulativos que desaguarão na grande crise de 1929. A crise desorganizou completamente as relações econômicas internacionais e o desemprego cresceu em todo o mundo desenvolvido, até atingir a explosiva marca de 25% da população ativa dos Estados Unidos, sendo que na Alemanha o desemprego foi ainda maior”<sup>(1)</sup>.

(1) OLIVEIRA, Carlos Alonso Barbosa de. Industrialização, Desenvolvimento e Trabalho no Pós-Guerra. In: *Economia & Trabalho*. Textos Básicos, Campinas: Instituto de Economia da Unicamp, 1998. p. 8.

Dentro dessa realidade de grave crise do capital, o movimento sindical gerava ainda mais temor na burguesia pela possível tomada do poder político pelos trabalhadores na Europa e na América do Norte, pois “como demonstra a historiografia tradicional, ‘os pobres’ podiam ser ignorados a maior parte do tempo pelos seus ‘superiores’ e, portanto, permanecerem largamente invisíveis a eles, precisamente porque os acontecimentos eram ocasionais, esparsos e efêmeros. Se, desde o final do século XVIII, isto não mais acontece é porque eles se tornaram uma força institucional organizada”<sup>(2)</sup>.

As alternativas de manutenção da ordem capitalista, ainda que sob o viés da superação do liberalismo pela regulação estatal, começam a surgir, ganhando destaque os sociais-democratas, que se baseavam na “humanização do capital” a partir da intervenção do Estado para estabelecimento de reformas na ordem social, como pode ser verificado com a implantação do programa *New Deal* nos Estados Unidos pelo presidente Franklin Roosevelt; como também surgem movimentos autoritários de manutenção do capitalismo, como o fascismo na Itália com Mussolini e o nazismo na Alemanha com Hitler, que se fundamentam na supressão das liberdades individuais e na supervalorização do desenvolvimento do nacionalismo.

Marcelo Weishaupt Proni comenta que “no início dos anos 30, o programa de recuperação nazista e o *New Deal* do governo Roosevelt adotaram medidas de combate ao desemprego e defesa da renda interna baseadas no gasto público; políticas econômicas que rompiam com a ortodoxia dos equilíbrios fiscais (...) depois de 1945 e da ‘economia de guerra’, um

(2) HOBBSAWM, Eric J. *A Era dos Extremos: o Breve Século XX (1914-1991)*. São Paulo: Cia. das Letras, 1995. p. 412.

retorno ao *laissez-faire* (ou ao livre mercado) estava fora de questão. Tornou-se consensual que uma economia de mercado precisava de parâmetros seguros e de mecanismos de proteção para não derivar rumo às crises e às catástrofes sociais. Em decorrência, as economias capitalistas seriam marcadas por um traço comum: a necessidade crescente do planejamento público e da regulação estatal sobre as variáveis-chave do mercado (juros, câmbio, salários)<sup>(3)</sup>.

O espelho do socialismo, que não mais se limitava à União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e já abrangia todo o leste europeu, impulsionou o Estado Capitalista a adotar políticas sociais que passaram a atender às necessidades fundamentais do proletariado, como o estabelecimento de regulação mínima que assegurasse a dignidade humana nas relações laborais; a garantia de seguridade, com o benefício da aposentadoria aos trabalhadores; o acesso aos benefícios da saúde, com hospitais e saneamento básico a todas as camadas sociais; o estímulo do desenvolvimento da educação dos trabalhadores e da participação política de todos sustentada na racionalidade do processo eleitoral e no alicerce ideológico da meritocracia, do sucesso individual baseado no esforço próprio e na oportunidade que todos possuem para desenvolver os seus talentos pessoais.

Arelado ao Estado Social-Democrata que se desenvolvia na sociedade capitalista no pós-Segunda Guerra Mundial, a classe burguesa atua na neutralização do avanço das manifestações operárias com a concessão de ganhos salariais aos trabalhadores, ou seja, o sistema capitalista passa a adotar “uma concepção da relação salarial segundo a qual o modelo de consumo é integrado nas condições de produção. E isso é suficiente para que amplas camadas de trabalhadores — mas não todos os

trabalhadores — saiam da situação de extrema miséria e insegurança permanente”<sup>(4)</sup>.

Roberte Castel prossegue afirmando que nessa nova ordem socioeconômica do capitalismo “esboça-se uma política de salários ligada aos progressos da produtividade através da qual o operariado tem acesso a um registro da existência social: o do consumo e não mais exclusivamente o da produção, (...) o ‘desejo de bem-estar’, que incide sobre o carro, a moradia, o eletrodoméstico etc., permitem — gostem ou não os moralistas — o acesso do mundo operário a um novo registro de existência”<sup>(5)</sup>.

Nesse período, a junção das práticas do Estado Social-Democrata e a concessão progressiva dos ganhos salariais pela burguesia à classe trabalhadora no pós-Segunda Guerra Mundial proporcionaram pelos próximos 30 anos o que Eric Hobsbawm denominou de “anos dourados do capitalismo”<sup>(6)</sup>.

Cabe destacar que todas essas conquistas sociais e econômicas dos trabalhadores foram feitas num período de Guerra Fria, no qual havia a bipolaridade entre o Mundo Capitalista e o Mundo Socialista, e, por conseguinte, pairava, na atmosfera das ideias, o temor dos capitalistas de que a ideologia socialista poderia germinar em solo capitalista e gerar movimentos revolucionários de tomada do poder pela classe trabalhadora.

Esses 30 anos de prosperidade do capitalismo chegam ao fim na década de 70 com a eclosão do que Dominique Plihon denomina de “crise estagflacionária”<sup>(7)</sup>, ou seja, com a eclosão de nova crise econômica que atrelava baixo crescimento da economia com a elevação da inflação.

(3) PRONI, Marcelo Weishaupt. O Império da Concorrência: Uma Perspectiva Histórica das Origens e Expansão do Capitalismo. *Revista Paranaense de Desenvolvimento*, Curitiba, n. 92, p. 22, 1997.

(4) CASTEL, Robert. *Metamorfoses da Questão Social*. Uma Crônica do Salário. Trad. Iraci D. Poleti. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 432.

(5) CASTEL, Robert, *op. cit.*, p. 432.

(6) HOBBSAWM, Eric J. *A Era dos Extremos: O Breve Século XX (1914-1991)*. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.

(7) PLIHON, Dominique. Desequilíbrios mundiais e instabilidade financeira (a responsabilidade das políticas liberais: um ponto de vista keynesiano). *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 7, p. 85-127, especialmente p. 86, dez. 1996.

Dominique Plihon comenta que “o regime de crescimento rápido começou a se desestruturar no início dos anos 70 com o desmoronamento do sistema monetário internacional de Bretton Woods, com o aquecimento inflacionário nos Estados Unidos em 1972 e com o choque do petróleo de 1973. O crescimento declinou enquanto que a inflação se acelerou: isto foi a emergência de um processo estagflacionário. Esta ruptura no funcionamento do regime de crescimento resultou da derrocada dos mecanismos de regulação das economias industriais”<sup>(8)</sup>.

Com a crise do capitalismo alicerçado no *Estado do Bem-Estar Social*, com políticas claras de intervenção do Estado na economia com o objetivo de atrelar o progresso econômico às conquistas sociais (Dominique Plihon denomina de “políticas econômicas keynesianas”<sup>(9)</sup>), a ordem econômica liberal que, naufragou com a quebra da Bolsa de Nova York, volta a ganhar prestígio a partir de uma roupagem ainda mais agressiva com a financeirização da economia mundial.

Dominique Plihon comenta que “esta transformação profunda do sistema financeiro internacional foi a consequência da liberalização financeira decidida pelos países industrializados no decurso dos anos 1980. Todas as formas de controle administrativo das taxas de juro, do crédito e dos movimentos do capital foram progressivamente abolidas. O objetivo foi desenvolver o mercado financeiro. A “desregulamentação” foi um dos elementos motores da globalização financeira, pois acelerou a circulação internacional do capital financeiro. A abertura do sistema financeiro japonês em 1983/1984 foi, em grande medida imposta pelas autoridades monetárias americanas, depois do desmantelamento dos sistemas nacionais de controle cambiais na Europa, com a criação de um mercado único de capitais em 1990. Sob o impulso dos Estados Unidos e do FMI, os novos

países industriais seguiram o movimento da liberalização”<sup>(10)</sup>.

A crise dos anos 1970, portanto, estendeu-se pelos anos 1980 e 1990, principalmente em razão da adoção das políticas econômicas neoliberais que preconizam maior liberalização e dependência do capital internacional, bem como severo controle inflacionário com arrocho salarial e com a respectiva precarização das condições de trabalho.

Toda essa estrutura neoliberal passou a ter contornos bem definidos pelo Consenso de Washington elaborado por técnicos do governo norte-americano e dos organismos financeiros internacionais (FMI, Banco Mundial e BID), o qual fixou uma cartilha de políticas recessivas a ser adotada especialmente pelas economias periféricas nas áreas: fiscal; gastos públicos; reforma tributária; liberalização financeira; regime cambial; liberalização comercial; investimento direto estrangeiro; privatização; desregulação; e propriedade intelectual<sup>(11)</sup>.

Especificamente sobre as relações de trabalho, Ricardo Antunes destaca que “as transformações ocorridas no capitalismo recente no Brasil, particularmente na década de 1990 foram de grande intensidade, impulsionadas pela nova divisão internacional do trabalho e pelas formulações definidas pelo Consenso de Washington e desencadearam uma onda enorme de desregulamentações nas mais distintas esferas do mundo do trabalho”<sup>(12)</sup>.

(8) *Op. cit.*, p. 86.

(9) *Op. cit.*, p. 86.

(10) *Op. cit.*, p. 98.

(11) Para análise mais aprofundada sobre o Consenso de Washington, ler a respeito In: BATISTA, Paulo Nogueira. *O Consenso de Washington. A visão neoliberal dos problemas latino-americanos*. Disponível em: <[http://www.fau.usp.br/cursos/graduacao/arq\\_urbanismo/disciplinas/aup0270/4dossie/nogueira94/nog94-cons-washn.pdf](http://www.fau.usp.br/cursos/graduacao/arq_urbanismo/disciplinas/aup0270/4dossie/nogueira94/nog94-cons-washn.pdf)> Acesso em: 17 fev. 2014.

(12) ANTUNES, Ricardo. A Nova Morfologia do Trabalho, as Formas Diferenciadas da Reestruturação Produtiva e da Informalidade no Brasil. In: REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas de; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coords.). *Trabalho e Justiça Social: um Tributo a Maurício Godinho Delgado*. São Paulo: LTR, 2013. p. 158.

Nesse contexto de precarização das relações de trabalho, a terceirização da cadeia produtiva e a respectiva deterioração da dignidade do trabalhador avança sustentada no discurso da necessidade de maior competitividade do produto nacional no mercado globalizado.

A terceirização, justificada como mecanismo necessário para deter o flagelo do desemprego, fragilizou o mercado de trabalho e comprometeu a higidez, a saúde e a segurança no ambiente laboral, de modo que os trabalhadores terceirizados passaram a ser as principais vítimas de acidente de trabalho.

O presente trabalho, portanto, propõe-se a analisar o descompasso entre a terceirização e a segurança no meio ambiente de trabalho, bem como fixar o reconhecimento da responsabilidade solidária das empresas envolvidas na cadeia produtiva nos casos de ruptura do equilíbrio no ambiente laboral e consequente afetação de ordem física e/ou moral no trabalhador.

## 2. Terceirização e acidente de trabalho<sup>(13)</sup>: a face reflexa

A terceirização que, em linhas gerais, consiste no processo pelo qual o empreendimento econômico transfere para empregados da empresa prestadora de serviço as atividades que anteriormente eram realizadas pelos seus próprios trabalhadores diretamente contratados, ou, como afirma Márcio Túlio Viana, “um fenômeno específico, em que uma empresa se serve de trabalhadores alheios – como se inserisse uma outra dentro de si”<sup>(14)</sup>.

Márcio Túlio Viana prossegue o seu raciocínio destacando que “na verdade, esse fenômeno é ambivalente. A empresa também pratica o

movimento inverso, descartando etapas de seu ciclo produtivo e os respectivos trabalhadores – como se lançasse dentro de outra. No limite, pode até se transformar numa *fábrica vazia*, mera gerenciadora de rede, hipótese em que a terceirização, como certa vez notamos, desliza para a terciarização”<sup>(15)</sup>.

A terceirização, que se encontra inserida no contexto do mercado globalizado de produtos, serviços e capitais, facilita a descentralização e a fragmentação da produção objetivando o maior acúmulo de capitais pelas empresas com a exploração mais incisiva do que Marx de “trabalho coletivo”.

De acordo com Marx, “a expansão acrescida dos estabelecimentos industriais constitui por toda parte o ponto de partida para uma organização mais abrangente do trabalho coletivo de muitos, para um desenvolvimento mais amplo de suas forças motrizes materiais, isto é, para a conversão progressiva de processos de produção isolados e rotineiros em processos de produção socialmente combinados e cientificamente dispostos”<sup>(16)</sup>.

A terceirização, portanto, consiste no mecanismo de massificação do “trabalho coletivo” com a finalidade de intensificação do acúmulo de capitais pelas empresas, na medida em que o processo de terceirização, ao reorganizar a gestão do empreendimento, possibilita reduzir custos e elevar a produtividade.

Essa realidade de exploração do trabalhador por meio da terceirização pode ser verificada observando os dados estatísticos, especialmente quando se considera o salto relevante da quantidade de mão de obra terceirizada que, de acordo com dados do sindicato que representa os trabalhadores terceirizados no

(13) No presente estudo será utilizada expressão acidente de trabalho em sentido lato, de modo a abranger as formas de acidente típico como também as doenças ocupacionais, consoante preceituam os arts. 19 e 20, da Lei n. 8.213/91.

(14) VIANA, Márcio Túlio. As Várias Faces da Terceirização. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 141, jan./jun. 2009.

(15) *Op. cit.*, p. 141.

(16) MARX, Karl. *O Capital*. Crítica da Economia Política. Livro Primeiro: O Processo de Produção do Capital. Tomo 2 (Capítulos XIII a XXV). Coordenação e revisão de Paul Singer. Trad. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 248.

Estado de São Paulo (Sindepress), eram 110 mil empregados em 1,2 mil empresas em 1995 e passaram para 700 mil empregados em 5,4 mil empresas em 2010 no Estado de São Paulo, porém, esse crescimento quantitativo não foi acompanhado com ganhos salariais, pelo contrário, os dados demonstram que os trabalhadores terceirizados recebem 54% do salário médio de um trabalhador com carteira assinada no ano 2010<sup>(17)</sup>.

Dados do Dieese demonstram claramente esse retrocesso salarial com a utilização da terceirização, na medida em que na mesma atividade profissional, enquanto o trabalhador efetivo ganha, em média, R\$ 1.444,00, o terceirizado recebe, em média, R\$ 799,00<sup>(18)</sup>.

Nesse aspecto, verifica-se que a pesquisa da Confederação Nacional da Indústria (CNI) demonstra que 91% das empresas indicam que o único motivo de se utilizar a terceirização consiste em reduzir o custo<sup>(19)</sup>, o que, por via de consequência, eleva o ritmo de trabalho, de concentração de tarefas e de responsabilidades, de modo a maximizar os lucros e reduzir os custos por meio da precarização das relações de trabalho.

A crescente da terceirização se estende por diversos setores da economia, como no das telecomunicações, que de acordo com o Ministério Público do Trabalho<sup>(20)</sup>, empresas como a TIM, por exemplo, já em 2009 possuía apenas 350 empregados próprios e 4.000 trabalhadores terceirizados, como também a empresa CLARO que em 2011 e 2012 utilizava 2.500 empregados terceirizados.

---

(17) Fonte: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/terceirizacao-avanca-mas-e-precario>> Acesso em: 19 fev. 2014.

(18) Fonte: <<http://cntq.org.br/wp-content/uploads/2013/05/Apresenta%C3%A7%C3%A3o-Bandeiras-de-luta.pdf>> Acesso em: 19 fev. 2014.

(19) Fonte: <[http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo\\_24/2012/09/06/298/20121130184514301297e.pdf](http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_24/2012/09/06/298/20121130184514301297e.pdf)> Acesso em: 19 fev. 2014.

(20) Fonte: <<http://www.prt3.mpt.gov.br/imprensa/?p=14122>> Acesso em: 19 fev. 2014.

Na indústria de confecções, Ricardo Antunes<sup>(21)</sup> menciona que a *Hering*, em Santa Catarina, terceirizou mais de 50% da sua produção, acarretando o desemprego de cerca de 70% da sua força de trabalho.

No âmbito do setor elétrico, pesquisa do Dieese<sup>(22)</sup> revela que, em 2007, os trabalhadores terceirizados representavam 51,94% do total da mão de obra do setor elétrico com quantitativo de 112.068 trabalhadores e em 2008 os trabalhadores terceirizados do setor elétrico passaram a ser de 126.333 ou 58,3% do total de trabalhadores do setor.

Essa mesma pesquisa do Dieese demonstra que a elevação da terceirização no setor elétrico também proporcionou a diminuição de salários, a redução de benefícios sociais, a diminuição da qualificação da força de trabalho e a precarização das condições de saúde e de segurança no ambiente laboral.

Tratando desse último aspecto da precarização da saúde e segurança no trabalho com o avanço da terceirização no setor elétrico, a pesquisa do Dieese mostra que os acidentes fatais se concentram nos trabalhadores terceirizados, haja vista que no ano de 2007 foram registrados 71 acidentes fatais, desses, 59 ceifaram a vida de trabalhadores terceirizados; e no ano de 2008 foram registrados 75 acidentes fatais, desses, 60 ceifaram a vida de trabalhadores terceirizados, o que demonstra, na totalidade das vítimas de acidentes fatais no setor elétrico, que 83,09% (2007) e 80% (2008) são trabalhadores terceirizados, ou seja, os trabalhadores terceirizados possuem cerca de 5,6 vezes mais chance de morrer em um acidente de trabalho do que os efetivos no setor elétrico.

Ainda, no setor elétrico, verifica-se que a Companhia Elétrica de Minas — Cemig, que obteve o lucro de R\$ 2,3 bilhões no ano

---

(21) *Op. cit.*, p. 162.

(22) Fonte: <<http://www.dieese.org.br/estudospesquisas/2010/estPesq50TerceirizacaoEletrico.pdf>> Acesso em: 19 fev. 2014.

de 2010, com a maior rede de distribuição elétrica da América do Sul, com mais de 460 mil quilômetros de extensão, atendendo 805 municípios nos Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro (em 2009, a companhia mineira se tornou controladora da Light), possui elevado índice de acidentes fatais entre os trabalhadores terceirizados, de modo que, a cada 45 dias, 1 trabalhador terceirizado é vítima de acidente fatal<sup>(23)</sup>.

No setor petrolífero, os terceirizados também são as principais vítimas de acidente do trabalho fatal, conforme demonstra a pesquisa realizada pela Federação Única dos Petroleiros (FUP) que mostra que, de 1995 a 2010, foram registradas 283 mortes por acidente de trabalho nas atividades da Petrobras, sendo que 228 tiveram trabalhadores terceirizados como vítimas, de modo que os terceirizados possuem cerca de 5,5 vezes mais chance de morrer em um acidente de trabalho do que os efetivos no setor do petróleo<sup>(24)</sup>.

Observa-se que, para o processo de terceirização atender ao binômio da maximização dos lucros e redução dos custos, as condições dos trabalhadores tendem a ser profundamente fragilizadas a partir da adoção de políticas de gestão que adotam a seguinte dinâmica gerencial:

- a) redução do número de trabalhadores com a fixação de resultados superiores à respectiva capacidade de trabalho, o que eleva o ritmo de trabalho, a concentração de tarefas e os níveis de responsabilidades;
- b) fragilização dos níveis de segurança, que passam a ser escassos, não apenas em razão da exigência do cumprimento de tarefas de trabalho acima da capacidade

do trabalhador, como também em razão da redução de custos com saúde e segurança do trabalho (economia com os equipamentos de proteção (coletivos e individuais) e treinamentos);

c) adoção de políticas de achatamento salarial dos empregados terceirizados, o que força o trabalhador a laborar constantemente em sobrejornada para percepção de horas extras como complemento remuneratório, ocasionando maior desgaste físico e mental do obreiro, o que fatalmente desencadeia elevação dos níveis de acidentes laborais entre os trabalhadores terceirizados.

Nesse sentido, constata-se que os dados estatísticos são muito claros em demonstrar que a probabilidade de ocorrência de acidentes fatais com trabalhadores terceirizados é de cerca de 5,5 a 5,6 vezes maior quando comparados com os índices de acidentes dos empregados que realizam serviços diretamente ao seu empregador.

A terceirização, ao ocasionar a deterioração progressiva das condições de trabalho que se reflete com a elevação dos acidentes de trabalho, impulsiona a releitura do ordenamento jurídico brasileiro como forma de reconhecer a responsabilidade solidária de todas as empresas envolvidas na cadeia produtiva, sejam estas tomadoras ou prestadoras de serviço, haja vista que apenas com a fixação desse ônus financeiro pode-se garantir a reparação dos trabalhadores vitimados com o acidente, como também estimular a adoção de investimentos empresariais em medidas preventivas de segurança e saúde no meio ambiente de trabalho como forma de manter a lucratividade da cadeia produtiva.

Dessa forma, passa-se a analisar a ordem jurídica, em especial as normas de saúde e segurança no meio ambiente laboral, com o objetivo de sistematizar a responsabilidade solidária das empresas envolvidas na cadeia produtiva que provoca desequilíbrio no ambiente laboral.

(23) Fonte: <<http://www.brasildefato.com.br/content/terceirizados-da-cemig-sofrem-mais-acidentes-de-trabalho>> Acesso em: 19 fev. 2014.

(24) Fonte: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia,cut-acidente-de-trabalho-ocorre-mais-entre-terceirizado,86611,0.htm>> Acesso em: 19 fev. 2014.

### 3. Normas de saúde e segurança no ambiente de trabalho e a sistematização da responsabilização solidária da cadeia produtiva

A partir da ordem constitucional, verifica-se que a Carta Republicana de 1988, ao fixar as garantias fundamentais, estabelece, dentre os princípios do ordenamento brasileiro, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e os valores sociais do trabalho (art. 1º, inciso IV).

Sobre a dignidade humana, Mauricio Godinho Delgado ressalta que “alçou o princípio da dignidade da pessoa humana, na qualidade de princípio próprio, ao núcleo do sistema constitucional do país e ao núcleo do sistema jurídico, político e social. Passa a dignidade a ser, portanto, princípio (logo, comando jurídico regente e instigador). Mas, não só: é princípio fundamental de todo o sistema jurídico (...) A dignidade humana passa a ser, portanto, pela Constituição, fundamento da vida no país, princípio jurídico inspirador e normativo, e ainda, fim, objetivo de toda a ordem econômica”<sup>(25)</sup>.

No mesmo sentido, Ana Paula de Barcellos afirma que “a partir da Constituição de 1988, é certo que a dignidade da pessoa humana tornou-se o princípio fundante da ordem jurídica e a finalidade principal do Estado, com todas as consequências hermenêuticas que esse *status* jurídico confere ao princípio”<sup>(26)</sup>.

Observa-se que a elevação da dignidade da pessoa humana ao patamar máximo do ordenamento fundamental proporcionou a limitação dos atos praticados pelo Estado ou por terceiros que atente contra a dignidade do ser humano (dimensão negativa), sendo lícito

desconstituir qualquer tipo de ato praticado pelo Poder Público ou por particulares que acarrete a degradação do ser humano, ou seja, a redução do homem à condição de mero objeto.

Verifica-se também que a Constituição Federal estabeleceu como pilar estruturante o valor social do trabalho (art. 1º, inciso IV), de modo que esses valores devem conduzir e orientar as relações socioeconômicas como forma de assegurar “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”, consoante estabelece o preâmbulo da Carta Magna.

Sobre o valor do trabalho, Ana Claudia Redcker ressalta que “ter como base o primado do trabalho significa colocar o trabalho acima de qualquer outro fator econômico, por se entender que nele o homem se realiza com dignidade. Este princípio se traduz no reconhecimento de que o trabalho constitui o fator econômico de maior relevo, entendendo-se até, por vezes, que é o único originário”<sup>(27)</sup>.

Gomes Canotilho também comenta que “a Constituição erigiu o trabalho, o emprego, os direitos dos trabalhadores e a intervenção democrática dos trabalhadores em elemento constitutivo da própria ordem constitucional global e em instrumento privilegiado de realização do princípio da democracia econômica social”<sup>(28)</sup>.

Nesse sentido, o empreendimento econômico, no contexto de toda a sua cadeia produtiva, antes mesmo de objetivar a acumulação de capital, vincula-se à ordem econômica estruturada pelo texto constitucional que estabelece como princípios a dignidade da pessoa humana (art. 1º,

(25) DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. In: SILVA, Alessandro; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo (Orgs.). *Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 76-77.

(26) BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 279.

(27) REDECKER, Ana Claudia. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Coordenadores Científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra. Coordenadores Editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Junior. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

(28) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 347.

inciso III), o valor social do trabalho (art. 1º, inciso I) e a função social da propriedade (art. 170, inciso III, da Constituição Federal), o que impulsiona a ação empresarial responsável como instrumento de proteção ao meio ambiente do trabalho.

As normas de saúde e segurança no trabalho também foram inseridas na Constituição Federal que preceitua, dentre os direitos mínimos do trabalhador, a “redução dos riscos inerentes ao trabalho” (art. 7º, inciso XXII), cabendo ao Poder Público e à coletividade (trabalhadores, empregadores e a sociedade em geral) defender o ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado (art. 225).

Observa-se que o texto constitucional, ao consagrar o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, inciso XXII), reconhece como matriz ordenadora das relações de trabalho o princípio do risco mínimo regressivo cunhado por Sebastião Geraldo de Oliveira.

Nesse aspecto, Sebastião Geraldo de Oliveira comenta que “a primeira atuação do empregador deve ter como objetivo eliminar totalmente os 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”<sup>(29)</sup>.

A defesa do ambiente hígido, saudável e seguro pertence ao Estado, à sociedade, ao trabalhador e ao empreendedor, cabendo a esses agentes sociais a busca por mecanismos que reduzam os riscos inerentes ao trabalho, ou seja, a busca da implementação dos mecanismos de segurança no trabalho que perpassam pelas fases de antecipação, identificação, avaliação e controle dos riscos ocupacionais<sup>(30)</sup>.

(29) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 124.

(30) Para aprofundamento sobre o assunto, vide em ARAÚJO JUNIOR, Francisco Milton. *Doença Ocupacional e*

Cabe ressaltar que as conquistas atuais atinentes à redução dos riscos no ambiente laboral são frutos das lutas históricas entre o capital e o trabalho, o que não comporta o retrocesso social, motivo pelo qual inclusive a norma constitucional se encontra lastreada pelo princípio da proibição de retrocesso social, ou seja, nas palavras de Gomes Canotilho, “o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra revolução social’ ou da ‘evolução reacionária’. Com isso quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo”<sup>(31)</sup>.

Com base na fixação dos pilares constitucionais, inicia-se a análise das normas infraconstitucionais a partir do reconhecimento do dever do empregador de desenvolver uma gestão humanizada, dentro dos parâmetros mínimos de saúde e segurança, o que proporciona também a fixação de responsabilidades em caso de ocorrência de acidente de trabalho, haja vista que o empregador, dentro da cadeia produtiva, assume a totalidade dos “riscos da atividade econômica”, a teor do art. 2º, da CLT.

Entrelaçando as atividades produtivas e as respectivas responsabilidades, verifica-se que a leitura do art. 942, parágrafo único, do Código Civil, estabelece que “são solidariamente responsáveis com os autores os coautores”, de modo a estabelecer claramente que o sistema produtivo, ao adotar o processo de terceirização e, por conseguinte, ao conectar as empresas tomadoras e prestadoras de serviço, fixa que o conjunto produtivo assume e divide a lucratividade e o ônus das atividades, neste último, se inserindo a responsabilidade solidária das

*Acidente de Trabalho*. Análise Multidisciplinar. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 29-35.

(31) *Op. cit.*, p. 332.

empresas (tomadoras/terceirizadas) no caso de acidente de trabalho.

Sebastião Geraldo de Oliveira comenta que “aquele que se beneficia do serviço deve arcar, direta ou indiretamente, com todas as obrigações decorrentes da sua prestação (...) o art. 942 do Código Civil estabelece a solidariedade na reparação dos danos autores, coautores (...) fundamento esse sempre invocado nos julgamentos para estender a solidariedade passiva do tomador dos serviços”<sup>(32)</sup>.

Especificamente sobre as normas de saúde e segurança, a legislação estabelece expressamente o dever do empregador de “cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho” (art. 157, inciso I, da CLT), de modo que o empreendimento econômico, mesmo objetivando a acumulação de capital, possui o dever de manter o ambiente de trabalho hígido e seguro.

Nessa perspectiva, as Normas Regulamentares (NRs — Portaria n. 3.214/78) são formatadas para, dentre outros aspectos, instrumentalizar a ação responsável dos empregadores com a saúde e segurança do trabalho, inclusive no que concerne ao inter-relacionamento das empresas na cadeia produtiva com os respectivos deveres e responsabilidades de ordem solidária.

Iniciando-se a análise das Normas Regulamentares pela NR-5, que trata da Comissão Interna de Prevenção de Acidente — CIPA, verifica-se que são fixados mecanismos de ação integrada da gestão das empresas na órbita da saúde dos trabalhadores (são exemplos os itens 5.47, 5.48<sup>(33)</sup> e 5.49<sup>(34)</sup> da NR-5), reconhecendo

(32) *Op. cit.*, p. 293.

(33) 5.48. A contratante e as contratadas, que atuam num mesmo estabelecimento, deverão implementar, de forma integrada, medidas de prevenção de acidentes e doenças do trabalho, decorrentes da presente NR, de forma a garantir o mesmo nível de proteção em matéria de segurança e saúde de todos os trabalhadores do estabelecimento.

(34) 5.49. A empresa contratante adotará medidas necessárias para que as empresas contratadas, suas CIPA, os designados e os demais trabalhadores lotados naquele estabelecimento recebam as informações

expressamente a responsabilidade entre as empresas, em especial da empresa contratante, pois “a empresa contratante adotará as providências necessárias para acompanhar o cumprimento pelas empresas contratadas que atuam no seu estabelecimento, das medidas de segurança e saúde no trabalho” (item 5.50).

A dinâmica da NR-5, portanto, centraliza-se na corresponsabilidade das empresas (contratante e contratada) pela saúde do trabalhador a partir do regramento do art. 157, da CLT, ou seja, de que a empresa tomadora do serviço de “cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho” pela empresa terceirizada exatamente em razão da responsabilidade solidária que ambas possuem em caso de acidente de trabalho de empregado da empresa terceirizada.

Essa sistemática de coalização de ações preventivas de acidente e aplicação da responsabilidade solidária entre as empresas tomadoras e prestadoras de serviço nos casos de acidentes laborais vai se espalhar pelas Normas Regulamentares.

A NR-7, que instituiu o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional — PCMSO, e a NR-9, que instituiu o Programa de Preservação de Riscos Ambientais — PPRA, fixam, em dispositivos próprios (item 7.13<sup>(35)</sup> da NR-7 e item 9.6.1<sup>(36)</sup> da NR-9), expressamente a responsabilidade da empresa contratante em informar sobre os riscos da atividade desenvolvida e de implementar os programas

---

sobre os riscos presentes nos ambientes de trabalho, bem como sobre as medidas de proteção adequadas.

(35) 7.13. Caberá à empresa contratante de mão de obra prestadora de serviços, informar à empresa contratada, os prestadores de serviços, informar às empresas contratadas, os riscos existentes e auxiliar na elaboração e implementação do PCMSO nos locais de trabalho onde os serviços estão sendo prestados.

(36) 9.6.1. Sempre que vários empregadores realizem simultaneamente atividades no mesmo local de trabalho terão o dever de executar ações integradas para aplicar as medidas previstas no PPRA visando a proteção de todos os trabalhadores expostos aos riscos ambientais gerados.

preventivos em face da corresponsabilidade entre as empresas.

A NR-10, que trata da “Segurança em Instalações e Serviços em Eletricidade”, estabelece especificamente que “as responsabilidades quanto ao cumprimento desta NR são solidárias aos contratantes e contratados envolvidos” (NR 10.13.1), bem como estabelece o compartilhamentos entre as empresas sobre as informações atinentes aos riscos e à adoção das medidas preventivas (item 10.13.2<sup>(37)</sup> da NR-10).

A NR-22, que trata da “Segurança e Saúde na Mineração”, a NR-24, que trata das “Condições Sanitárias e de Conforto nos Locais de Trabalho”, e a NR-31, que trata da “Segurança e Saúde no Trabalho na Agricultura, Pecuária, Silvicultura, Exploração Florestal e Aquicultura”, também estabelecem dispositivos sobre a responsabilidade da empresa contratante, inclusive para que as medidas de higiene e segurança sejam estendidas aos trabalhadores terceirizados (item 22.3.5<sup>(38)</sup> da NR-22, item 24.6.1.1<sup>(39)</sup> da NR-24 e item 31.23.8<sup>(40)</sup> da NR-31).

A NR-32, que trata da “Segurança e Saúde no Trabalho em Estabelecimento de Saúde”, e a NR-33, que trata da “Segurança e Saúde nos Trabalhos em Espaços Confinados”, retornam

as especificações da NR-10 referente à responsabilidade solidária entre empresas tomadoras e empresas prestadoras de serviço terceirizados (item 24.6.1.1<sup>(41)</sup> da NR-24 e item 31.23.8<sup>(42)</sup> da NR-31).

Ainda no plano das normas de segurança e saúde laboral, porém, na órbita do arcabouço internacional, verifica-se que a Convenção n. 155<sup>(43)</sup>, da OIT, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores (ratificada pelo Brasil — Decreto n. 1.254/94) e a Convenção n. 167<sup>(44)</sup>, da OIT, sobre Segurança e Saúde na Construção, que foi devidamente ratificada pelo Brasil (Decreto n. 6.271/2007), estabelecem a responsabilidade sobre prevenção de acidente de trabalho de forma integrada das empresas, ou seja, as empresas que desempenham suas atividades simultaneamente num mesmo empreendimento econômico devem buscar de forma conjunta todos os mecanismos adequados objetivando a prevenção de acidentes de trabalho, haja vista que todas as empresas envolvidas na cadeia produtiva são responsáveis pela integridade física e mental do trabalhador, inclusive dos trabalhadores terceirizados.

Assim, alicerçando a interpretação nos princípios constitucionais estruturantes da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e do valor social do trabalho (art. 1º, inciso

(37) 10.13.2. É de responsabilidade dos contratantes manter os trabalhadores informados sobre os riscos a que estão expostos, instruindo-os quanto aos procedimentos e medidas de controle contra os riscos elétricos a serem adotados.

(38) 22.3.5. A empresa ou Permissionário de Lavra Garimpeira coordenará a implementação das medidas relativas à segurança e saúde dos trabalhadores das empresas contratadas e promoverá os meios e condições para que estas atuem em conformidade com estas Norma.

(39) 24.6.1.1. A empresa que contratar terceiro para a prestação de serviços em seus estabelecimentos deve estender aos trabalhadores da contratada as mesmas condições de higiene e conforto oferecidas aos seus próprios empregados.

(40) 31.23.8. Devem ser garantidas aos trabalhadores das empresas contratadas para a prestação de serviços as mesmas condições de higiene, conforto e alimentação oferecidas aos empregados da contratante.

(41) 32.11.4. A responsabilidade é solidária entre contratantes e contratados quanto ao cumprimento desta NR.

(42) 33.5.2. São solidariamente responsáveis pelo cumprimento desta NR os contratantes e contratados.

(43) Art. 17. Sempre que duas ou mais empresas desenvolvam simultaneamente atividade num mesmo lugar de trabalho terão de colaborar na aplicação das medidas preventivas no presente convênio (Convenção n. 155, da OIT).

(44) Art. 8º Quando dois ou mais empregadores estiverem realizando atividades simultaneamente na mesma obra: a) a coordenação das medidas prescritas em matéria de segurança e saúde e, na medida em que for compatível com a legislação nacional, a responsabilidade de zelar pelo cumprimento efetivo de tais medidas recairá sobre o empreiteiro ou sobre outra pessoa ou organismo que estiver exercendo controle efetivo ou tiver o principal responsabilidade pelo conjunto de atividades na obra (Convenção n. 167, da OIT).

IV), bem como nas normas de proteção da higiene, segurança e saúde do trabalhador no ordenamento pátrio (NRs 5, 7, 9, 10, 22, 24, 31, 32, 33) e internacional (Convenções ns. 155 e 167, da OIT), verifica-se que resta plenamente estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade solidária das empresas envolvidas na cadeia produtiva (empresas tomadoras do serviço e empresas prestadoras de serviço terceirizado) pela manutenção do meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado, de modo que toda e qualquer violação do equilíbrio do ambiente laboral que provoque afetação de ordem física e/ou moral no trabalhador também ensejará a responsabilidade solidária das empresas.

#### 4. Conclusões

No transcorrer do estudo, todas as conclusões fixadas nesse trabalho já se encontram enunciadas nos tópicos anteriores.

Nesse sentido, passa-se a reunir as seguintes conclusões:

- a) o processo de terceirização, enquadrando-se no binômio capitalista da maximização dos lucros e redução dos custos, aprofunda a precarização das condições dos trabalhadores e a fragilização os níveis de saúde, higiene e segurança no ambiente laboral;
- b) a interpretação dos princípios constitucionais estruturantes da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e do valor social do trabalho (art. 1º, inciso IV), bem como das normas de proteção da higiene, segurança e saúde do trabalhador no ordenamento pátrio (NRs 5, 7, 9, 10, 22, 24, 31, 32, 33) e internacional (Convenções ns. 155 e 167, da OIT), proporciona o estabelecimento da responsabilidade solidária das empresas envolvidas na cadeia produtiva (empresas tomadoras do serviço e empresas prestadoras de serviço terceirizado) pela manutenção do meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado, de modo que toda e qualquer violação do equilíbrio do

ambiente laboral que provoque afetação de ordem física e/ou moral no trabalhador também ensejará a responsabilidade solidária das empresas.

#### 5. Referências bibliográficas

ARAÚJO JUNIOR, Francisco Milton. *Doença Ocupacional e Acidente de Trabalho*. Análise Multidisciplinar. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BATISTA, Paulo Nogueira. *O Consenso de Washington*. A visão neoliberal dos problemas latino-americanos Disponível em: <[http://www.fau.usp.br/cursos/graduacao/arq\\_urbanismo/disciplinas/aup0270/4dossie/nogueira94/nog94-cons-washn.pdf](http://www.fau.usp.br/cursos/graduacao/arq_urbanismo/disciplinas/aup0270/4dossie/nogueira94/nog94-cons-washn.pdf)> Acesso em: 17 fev. 2014.

BÍBLIA SAGRADA. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. 2. ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

CASTEL, Robert. *As Metamorfoses da Questão Social*. Uma Crônica do Salário. Trad. Iraci D. Poleti. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. In: SILVA, Alessandro; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo (Orgs.). *Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

HOBSBAWM, Eric J. *A Era dos Extremos: O Breve Século XX (1914-1991)*. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.

MARX, Karl. *O Capital*. Crítica da Economia Política. Livro Primeiro: O Processo de Produção do Capital. Tomo 2 (Capítulos XIII a XXV). Coordenação e revisão de Paul Singer. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

OLIVEIRA, Carlos Alonso Barbosa de. Industrialização, Desenvolvimento e Trabalho no Pós-Guerra. In: *Economia & Trabalho. Textos Básicos*. Campinas: Instituto de Economia da Unicamp.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010.

PLIHON, Dominique. Desequilíbrios mundiais e instabilidade financeira (a responsabilidade das políticas liberais: um ponto de vista keynesiano). *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 7, dez. 1996.

PRONI, Marcelo Weishaupt. O Império da Concorrência: Uma Perspectiva Histórica das Origens e Expansão do Capitalismo. *Revista Paranaense de Desenvolvimento*, Curitiba, n. 92, 1997.

REDECKER, Ana Claudia. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Coordenadores Científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra. Coordenadores Editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Junior. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VIANA, Márcio Túlio. As Várias Faces da Terceirização. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, jan./jun. 2009.

# Os danos sociais e a postura do juiz

André Eduardo Dorster Araujo<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ A responsabilidade civil hodiernamente deve ser vista sob novo enfoque, que contemple mais do que a visão individualista de outrora. Deve-se ter em vista, portanto, a responsabilização por danos causados à coletividade. Os danos sociais são modalidade de dano que atinge a sociedade e merecem reparação condizente, de modo a minorar as perdas à coletividade. No âmbito trabalhista, este tipo de dano tem se tornado bastante comum, mormente diante da flagrante delinquência patronal de alguns setores empresários, que deliberadamente descumprem os ditames da ordem jurídica trabalhista a fim de obter maior lucratividade. A repressão e reparação deste fenômeno é o grande desafio na atualidade, que ainda demanda bastante reflexão e adoção de medidas práticas que minorem seus efeitos nocivos.

## Palavras-chave:

- ▶ Danos sociais — Reparação — Legitimidade — Indenização de ofício.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Do ilícito patronal
- ▶ 3. Do dano social e sua reparação
- ▶ 4. Da legitimidade para postular a reparação. Indenização *ex officio*
- ▶ 5. Conclusão. Postura do magistrado perante o dano social
- ▶ 6. Bibliografia

## 1. Introdução

Tem-se tornado perceptível na praxe forense uma litigiosidade desarrazoada de certos ramos empresariais, notadamente grandes conglomerados econômicos que agem de modo

contrário à lei de forma reiterada, consciente e insidiosa, de maneira a obter enriquecimento ilícito.

Com efeito, têm-se tornado comuns lides repetitivas sobre determinados temas que, a despeito de claramente tipificados em lei ou pacificados pela doutrina e jurisprudência trabalhistas, continuam a ser objeto de desrespeito por certos setores econômicos.

Não raro, constatam-se demandas tratando de temas que não mais comportam discussões

(\*) Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 2ª Região – São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Público, com ênfase em Direito do Trabalho pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL.

razoáveis e sustentáveis no meio jurídico, sendo fomentadas por essa praxe de alguns setores que, ao invés de espontaneamente cumprir a lei, escudam-se na morosidade da máquina estatal e utilizam-se do Poder Judiciário como engrenagem de seu sistema produtivo.

De forma exemplificativa, citamos empregadores que sempre dispensam seus empregados sem quitar quaisquer rescisórias, tampouco fornecem guias para saque do FGTS e requerimento do seguro-desemprego, mesmo num cenário de incontrovérsia acerca da dispensa imotivada, ou então, sempre dispensam seus empregados por justa causa, claramente infundada numa análise minimamente detida dos fatos, sem o pagamento de rescisórias, tampouco a entrega de guias para saque do FGTS e requerimento do seguro-desemprego.

Outro exemplo comum no dia a dia forense é o de empresas que insistem em não aplicar direitos previstos em normas coletivas da categoria, cuja aplicabilidade é inegável, como ocorre de forma reiterada com empresas terceirizadas em ramos de telefonia e *call center*.

De igual modo, é comum a praxe de instituições financeiras que insistem em enquadrar empregados não ocupantes de cargo de confiança bancária em jornada superior à legal, mesmo sendo insustentável a tese juridicamente diante dos ditames legais e jurisprudência consolidada dos tribunais.

Na mesma linha, temos o caso das viagens, que deixam de manter controles de jornada fidedignos e, via de consequência, não quitam a totalidade das horas extras praticadas e suas integrações.

Agindo deste modo, certos empresários se valem da ciência atuarial para obter maiores ganhos, valendo-se de inúmeras variantes que podem afetar o crédito do trabalhador e beneficiar o capital, por exemplo:

- probabilidade de o trabalhador não demandar em Juízo, por razões variadas (desinteresse no litígio, receio de não obter

nova recolocação em virtude da chamada “lista negra”, desinformação etc.);

- probabilidade de o trabalhador não obter a totalidade de seu crédito em Juízo por fatores extrínsecos, como: falta de provas, mau assessoramento jurídico, má valoração de provas pelo Juízo, prova dividida em Juízo, transcurso do prazo prescricional etc.;

- probabilidade de o trabalhador entabular transação por valor inferior ao que lhe é realmente devido por fatores diversos, como: necessidade premente de numerário para subsistência (valendo especial destaque os casos de dispensa sem pagamento de qualquer valor, tampouco entrega de guias para fruição do seguro-desemprego e saque do FGTS), mau assessoramento jurídico, falta de provas dos fatos constitutivos de seu direito etc.;

- provisionamento dos débitos trabalhistas, aplicando o numerário que seria despendido com o trabalhador no caso de cumprimento espontâneo na lei em investimentos que impliquem maior rentabilidade do que os juros de mora trabalhistas (como é comum no caso das instituições financeiras);

- protelação da dívida, fazendo uso do sistema recursal e da mora do Poder Judiciário até as últimas consequências, em muitos dos casos até que a empresa não possua saúde financeira para suportar o cumprimento da condenação.

Corroborando essas conclusões estão as estatísticas, valendo aqui destacar passagem de reportagem de 10 de julho de 2012, divulgada no sítio eletrônico especializado Consultor Jurídico<sup>(1)</sup>:

Levantamento feito a partir dos balanços de 36 das maiores empresas de capital aberto do Brasil mostra que elas têm reservados R\$ 24,9 bilhões para processos trabalhistas

(1) Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-10/maiores-empresas-brasil-reservam-25-bilhoes-aco-es-trabalhistas>> Acesso em: 5 set. 2013.

inconclusos até março, um crescimento de 23% em relação ao mesmo período do ano passado. Os números, aliás, sinalizam que o ritmo de condenações seguirá acelerado: no Tribunal Superior do Trabalho, trabalhadores receberam no total R\$ 14,75 bilhões por ações trabalhistas em 2011, um incremento de 20% frente a 2010... O setor bancário lidera os montantes reservados para pagar futuras perdas trabalhistas. Somente quatro bancos têm R\$ 12,3 bilhões provisionados: Itaú Unibanco (R\$ 4,1 bilhões), Santander Brasil (R\$ 3,3 bilhões), Banco do Brasil (R\$ 2,5 bilhões) e Bradesco (R\$ 2,3 bilhões). Os processos são relacionados principalmente à equiparação salarial e terceirização da mão de obra...

Na mesma linha, outra reportagem do mesmo sítio eletrônico<sup>(2)</sup>, noticiando que:

Do total de processos que tramitam no Tribunal Superior do Trabalho, 99,2% dizem respeito a apenas 400 empregadores. No *ranking* de maiores litigantes do TST, 242.558 processos, de um total de 244.571 que tramitam na corte, trazem como parte o poder público e companhias que figuram em pelo menos 100 ações cada uma... A Caixa Econômica Federal está no segundo lugar do *ranking*. O banco aparece em 12.996 processos em tramitação na corte, figurando em cerca de 8 mil processos no polo passivo. Como polo ativo, responde por cerca de 5 mil recursos. Atualmente, o banco possui 88.031 funcionários em todo o Brasil. A média é de uma ação no TST para cada 6,7 funcionários ativos. Já para o terceiro colocado da lista, o Banco do Brasil, a média de recursos por funcionário é praticamente a metade: para cada 11 funcionários, há uma disputa no TST. Em abril deste ano — data em que foi feita a lista —, o BB tinha 10.124 ações tramitando na

corte, dentre as quais é demandado em 6,5 mil. O número de funcionários do banco é de 114,2 mil. A Petrobras, com 9,7 mil ações trabalhistas, é a próxima da lista. Há um processo na corte superior do Trabalho para cada 6,2 empregados atualmente contratados. Em quinto lugar está a Telemar Norte Leste, com 6,5 mil processos no TST. Entre as empresas privadas, ela lidera. Os problemas do setor bancário com seus funcionários é patente. Entre os 20 maiores litigantes do TST, seis são bancos: além da Caixa (2º lugar) e do Banco do Brasil (3º lugar), constam Santander (7º lugar), Bradesco (12º lugar), Itaú Unibanco (16º lugar) e Itaú S/A (20º lugar)...

Ainda a ratificar os dados estatísticos, informações do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (maior do país em movimentação processual), onde se atesta que apenas os setores econômicos de indústria, comércio, transporte, comunicação e sistema financeiro demandam praticamente 50% da movimentação processual de 1ª Instância<sup>(3)</sup>.

No mesmo sentido, as estatísticas do Tribunal Superior do Trabalho<sup>(4)</sup>, onde lista, com base na Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), os 100 (cem) maiores devedores na Justiça do Trabalho, onde se encontram como maiores devedoras diversas Instituições Financeiras sólidas, várias empresas terceirizadas de vigilância e segurança e empresas de telecomunicações, dentre outros.

Engrossam as estatísticas as empresas terceirizadas e prestadoras de serviços em geral, comumente utilizadas como ferramentas para reduzir encargos e precarizar direitos trabalhistas, as quais, juntamente com os tomadores de serviços, se escoram nos inúmeros fatores atuariais suso-relatados e se recusam ao cumprimento

(2) Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-06/400-empregadores-sao-responsaveis-992-aco-es-tst>> Acesso em: 5 set. 2013.

(3) Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/transp-est-movproc>> Acesso em: 8 set. 2013.

(4) Listagem completa da CNDT disponível em: <<http://www.tst.jus.br/estatistica-do-cndt>> Acesso em: 5 set. 2013.

espontâneo da lei. Nesse sentido, estatística do Tribunal Superior do Trabalho que demonstra crescimento na litigiosidade em primeiro grau neste setor de prestação de serviços à razão de aproximadamente dez pontos percentuais em nove anos, ou seja, aumento de aproximadamente 67%<sup>(5)</sup>.

Ressalvados aspectos alheios ao âmbito jurídico (como crescimento de determinados setores empresariais, sazonalidade, crises econômicas etc.), faz-se possível constatar a existência de abusos com intento de obter vantagens econômicas, ou seja, deterioração do contrato individual de emprego em benefício do empregador, que ganha vantagem competitiva no mercado capitalista sacrificando direitos tutelares dos empregados e minimizando encargos sociais<sup>(6)</sup>.

## 2. Do ilícito patronal

Para se visualizar a flagrante ilegalidade deste comportamento patronal, devemos nos afastar da tradicional visão individualista processual e analisar a questão sob uma óptica coletiva.

O empregador que deliberadamente descumpra preceitos legais em larga escala, a fim de beneficiar-se de sua torpeza, age em descompasso com o ordenamento jurídico, na medida em que atenta contra princípios balizares como:

(i) a boa-fé objetiva que deve nortear qualquer relação contratual, na medida em que deliberadamente desrespeita o pactuado entre as partes e as normas cogentes que regulamentam as relações entre capital e trabalho;

(5) Consoante dados do TST, o setor de serviços em geral representava em 2003 13,7% das demandas em primeiro grau, ao passo que no ano de 2012 passou a representar 22,9% das demandas. Dados disponíveis em: <<http://www.tst.jus.br/vt-demandas-por-atividade-economica>> Acesso em: 8 out. 2013.

(6) PINTO, José Augusto. *Revista do TST*, Brasília, vol. 77, n. 3, p. 142, jul./set. 2011.

(ii) a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal<sup>(7)</sup>), ao deliberadamente deixar de quitar verbas trabalhistas de caráter alimentar;

(iii) a valorização do trabalho (art. 1º, IV<sup>(8)</sup> e art. 170, *caput*<sup>(9)</sup>, da Constituição Federal), contraponto ao exercício da livre-iniciativa e que deve balizar qualquer atividade econômica; e

(iv) a função social da propriedade (art. 5º, XXIII<sup>(10)</sup> e art. 170, III, da Constituição Federal), na medida em que a propriedade privada é direito que deve ser exercitado conforme os ditames do bem comum da coletividade, jamais como ferramenta de opressão e vilipêndio aos direitos alheios.

O transgressão a todos os preceitos *supra* implica em atentado contra os pilares da República Democrática, já que desrespeita o objetivo de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I, da Constituição Federal)<sup>(11)</sup> e impossibilita o pleno exercício dos direitos sociais e do bem-estar (art. 3º, IV, da Constituição Federal)<sup>(12)</sup>, valendo aqui destaque ao preâmbulo do texto constitucional:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte

(7) Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

(8) IV – os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa;

(9) Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

III – função social da propriedade; (...)

(10) XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

(11) Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...)

(12) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (grifos nossos)

Vale pontuar, ao ensejo, que os direitos trabalhistas inserem-se no Título II da Constituição Federal, que trata *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, ou seja, qualquer atentado deliberado e coletivo a estes direitos implica em flagrante ofensa aos direitos fundamentais de todos os cidadãos, gerando patente dano à sociedade.

Mais, tais abusos revelam afronta ao próprio poder Estatal — quer legislativo, quer judiciário — na medida em que frustra os objetivos do Estado em garantir um patamar mínimo civilizatório, logo, de dignidade, aos seus cidadãos, e em promover a paz social com eficiência e celeridade (valendo aqui remissão ao princípio da duração razoável do processo<sup>(13)</sup>). Com efeito:

A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e a felicidade pessoal de cada um. A doutrina moderna aponta outros escopos do processo, a saber: a) educação para o exercício dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios (escopo social); b) a preservação do

valor liberdade, a oferta de meios de participação nos destinos da nação e do Estado e a preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade deste (escopos políticos); c) a atuação da vontade concreta do direito (escopo jurídico).<sup>(14)</sup>

### 3. Do dano social e sua reparação

Vê-se, pois, que este tipo de conduta ilícita patronal irradia efeitos nocivos para fora do campo das relações individuais, de cada trabalhador individualmente considerado.

Os danos são muito maiores, de âmbito coletivo, social, na medida em que há o enfraquecimento do próprio exercício dos direitos, dos direitos em potência, bem como há perda da força cogente da legislação que, no âmbito trabalhista, encontra assento constitucional.

Além disso, há dano à coletividade de empregadores que respeitam a legislação trabalhista cogente, na proporção em que o empregador infrator se beneficia com menores encargos, em clara concorrência desleal que acaba fomentando um círculo vicioso de desrespeito ao regramento jurídico trabalhista.

Com efeito, esta praxe rebaixa o patrimônio moral da coletividade, diminuindo a qualidade de vida da população. Como ensina a doutrina, são:

(...) lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento do seu patrimônio moral — principalmente a respeito da segurança — quanto por diminuição de sua qualidade de vida. Os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva, por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral de pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população.<sup>(15)</sup>

(13) Art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

(14) CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 24.

(15) AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*.

Ressaltamos que a terminologia ainda é bastante vacilante, sendo certo que há quem alcunhe a questão como *dumping social* ou delinquência patronal<sup>(16)</sup>. Porém, preferimos a terminologia *dano social*, já que reflete melhor as consequências da delinquência patronal, que a nós é o descumprimento reiterado do ordenamento, ou seja, o pressuposto dos danos sociais, e não se confunde com a figura do *dumping*, de viés estritamente econômico/comercial e que foge em boa medida do campo jurídico.

Enfim, o que importa aos operadores do direito é atenção a esta fenomenologia, de modo a coibi-la mediante uma releitura (ou melhor, uma leitura mais consentânea com a realidade atual) do art. 944, *caput*, do Código Civil para dar-lhe sua real dimensão e alcance, rompendo com a dogmática tradicional de viés individualista e concebendo a necessidade de reparação dos danos sob um enfoque coletivo.

Consoante tal dispositivo: “A indenização mede-se pela extensão do dano.” (grifos nossos)

Na problemática sob exame, vê-se que a extensão dos danos causados por esta praxe patronal extrapola o âmbito das relações individuais, entre particulares, e atinge a coletividade (danos sociais), de modo que a reparação também deve se dar coletivamente, na exata extensão, medida, do dano causado.

Valem aqui os ensinamentos de Jorge Luiz Souto Maior:

O desrespeito deliberado e inescusável da ordem jurídica trabalhista, portanto, representa inegável dano à sociedade... Na ocorrência de dano de natureza social, surge, por óbvio, a necessidade de se apenar o autor do ilícito, para recuperar a eficácia do ordenamento, pois um ilícito não é mero inadimplemento contratual e o valor da indenização, conforme prevê o art. 944,

*Apud* SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Dumping Social nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 43-44.

(16) PINTO, José Augusto, *op cit.*, p. 153.

do CC, mede-se pela extensão do dano, ou seja, considerando o seu aspecto individual ou social...<sup>(17)</sup>

No entanto, mais do que a reparação dos danos, deve-se dar um enfoque punitivo à indenização fixada, a fim de se imprimir um aspecto pedagógico que estimule o cumprimento do ordenamento, ou seja, que faça cessar o desrespeito pelo empregador.

Vale, aqui, a aplicação da teoria dos *punitive damages* (danos punitivos) do direito comparado, plenamente cabível ao âmbito trabalhista com base no art. 8º da CLT<sup>(18)</sup>, doutrina sob a qual a fixação do montante condenatório não tem o objetivo imediato de compensação do dano, mas de efetiva repressão da conduta do ofensor<sup>(19)</sup>.

*Punitive damage*, consiste (em tradução livre da definição trazida no *Black's Law Dictionary*) na indenização fixada além de danos materiais efetivamente sofridos, quando o réu agiu com imprudência, malícia ou dolo<sup>(20)</sup>.

Contudo, como identificar no caso concreto os danos sociais, em especial, a delinquência patronal?

(17) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O dano social... cit.*, p. 1.317.

(18) Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. (grifos nossos)

(19) SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Punitive damages e o Direito do trabalho brasileiro*: adequação das punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal. *Apud* SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Dumping Social...*, cit., p. 49.

(20) Texto em inglês: *Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with reckless, malice, or deceit*. Disponível em: GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. Dallas: Thomson West, 2006. p. 175.

A doutrina nos traz subsídios recorrendo às noções de reincidência e intenção lesiva na conduta do empregador<sup>(21)</sup>, aspectos que devem ser aferidos casuisticamente e, a nosso ver, com base em sólidos critérios estatísticos.

Assim, diante do caso concreto e considerando as noções de reincidência (reiteração da prática infratora) e intenção lesiva (dolo ou culpa grave), o magistrado deve adotar uma postura repressora e reparadora do dano, arbitrando indenização segundo critérios que ponderem casuisticamente a gravidade da conduta, a extensão e profundidade do dano, as demais sanções legais já cabíveis ao caso<sup>(22)</sup> e o caráter pedagógico/punitivo da indenização.

#### 4. Da Legitimidade para postular a reparação. Indenização *ex officio*

Levantam-se da explanação até aqui apresentada duas questões relevantes: (i) quem é legitimado para postular esta reparação do dano social em juízo? e (ii) pode o juiz arbitrar uma indenização de ofício?

Numa visão mais tradicional de nossa sistemática processual, tal legitimação somente seria atribuível àqueles que podem mover ações coletivas (já que os direitos envolvidos são transindividuais), na forma dos arts. 8º, III<sup>(23)</sup>, da Constituição Federal, 5º da Lei n. 7.347/85<sup>(24)</sup>

(21) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Dumping Social...* cit., p. 59.

(22) PINTO, José Augusto, *op cit.*, p. 153

(23) Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; (...)

(24) Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei n. 11.448, de 2007)

I – o Ministério Público; (Redação dada pela Lei n. 11.448, de 2007)

II – a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei n. 11.448, de 2007)

III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei n. 11.448, de 2007)

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei n. 11.448, de 2007)

e 82 do Código de Defesa do Consumidor<sup>(25)</sup>.

Neste sentido, caminha a jurisprudência dominante, inclusive no C. TST:

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR *DUMPING* SOCIAL. DEFERIMENTO DE OFÍCIO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. Ainda que tenha por finalidade reprimir práticas abusivas do empregador, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da justiça social, impróprio é o deferimento, de ofício, da indenização por *dumping* social, seja por não encontrar previsão na legislação processual, seja por afrontar os arts. 128 e 460 do CPC e, ainda, por impedir que a empresa exerça o seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, consagrado pelo art. 5º, LIV e LV. Recurso de revista conhecido e provido. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. CARTÕES DE PONTO. JORNADA INVARIÁVEL. SÚMULA N. 338, III, DESTA CORTE. Diante da delimitação do eg. Tribunal Regional de que os cartões de ponto juntados pela reclamada são imprestáveis como meio de prova, por apresentarem ora jornada invariável ora ínfimas variações, demonstrando a jornada britânica, não há como se afastar a aplicação da Súmula n. 338, III, desta Corte. Recurso de revista não conhecido. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE INSTALAÇÕES SANITÁRIAS. A quantia estabelecida como indenizatória (R\$ 15.000,00) guarda pertinência com o dano sofrido pelo empregado, tem o condão de

V – a associação que, concomitantemente: (...)

(25) Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei n. 9.008, de 21.3.1995)

I – o Ministério Público,

II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

compensar o sofrimento da vítima e de inibir a reiteração da prática pela reclamada, bem como se pautou na capacidade econômica da reclamada. Observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não há justificativa para a intervenção deste Tribunal Superior. Recurso de revista não conhecido. (RR – 1032-98.2012.5.15.0156, rel. Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 9.4.2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15.4.2014.)

RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. SÚMULA N. 219 DO TST. Na Justiça do Trabalho, os honorários advocatícios são disciplinados por legislação própria, ficando a sua percepção condicionada ao preenchimento das exigências contidas no art. 14 da Lei n. 5.584/1970. Estando o Reclamante assistido por advogado particular, não se verifica o correto preenchimento dos requisitos em questão, sendo indevida a verba honorária, nos termos do disposto na Súmula n. 219 do TST. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. *DUMPING SOCIAL*. CONDENAÇÃO DE OFÍCIO. A caracterização do *dumping social* exige a identificação da prática antissocial e desleal da empresa relacionada a outros fatores, tais como a reiteração destes atos, a potencialidade e a repercussão de danos a terceiros e o porte da empresa, inclusive para fins de arbitramento do valor da indenização a ser estabelecida. Nesse contexto, entendo que o decidido, a partir de pedido formulado pelo Autor e de cunho estritamente pessoal, restringiu a possibilidade de defesa da parte demandada quanto aos demais aspectos relativos à caracterização do *dumping*, uma vez que não suscitada referida questão desde a inicial. Constata-se, portanto, que a condenação de ofício violou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF/88), bem como os arts. 128 e 460 do CPC. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido. (RR – 131000-63.2009.5.04.0005, relª Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 27.2.2013, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 1º.3.2013.)

*DUMPING SOCIAL*. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. O titular do direito violado no

chamado dano social, ou *dumping social*, é toda a sociedade. Trata-se de direito difuso, cuja legitimidade ativa *ad causam* encontra-se disciplinada pelo art. 82, do CDC, não havendo previsão legal de ação individual sobre a matéria. A condenação sob este título deve ser precedida de pedido específico e ampla defesa por parte do réu, o que não ocorreu no caso dos autos, em que a indenização por *dumping social* foi deferida de ofício pela origem. Configura-se, portanto, o julgamento *extra petita*, o que justifica a exclusão da condenação em questão, nos termos dos arts. 128 e 460, do CPC, c/c 796, da CLT. (Processo 0000610-57-2012-5-15-081 – Relª Erodite Ribeiro dos Santos de Biasi. DJ 23.8.2013 – TRT da 15ª Região.)

INDENIZAÇÃO POR DANO SOCIAL. Não havendo pedido de indenização por dano social causado por reiteradas condutas ilícitas da reclamada, até mesmo porque a parte legitimada para propositura de ação com tal alcance seria o Ministério Público do Trabalho, a sentença que condenou a reclamada ao pagamento de indenização por dano social no valor de R\$ 500.000,00 em conta à disposição do Juízo para pagamento dos processos arquivados com dívida na Unidade Judiciária, é *extra petita*, nos termos dos arts. 128 e 460 do CPC. Recurso da reclamada provido para absolver a reclamada da condenação ao pagamento da indenização. (Processo 0000332-03.2012.5.04.0521. Relª Iris Lima de Moraes. 1ª Turma. DJ 9.10.2013 – TRT da 4ª Região.)

ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. ACOLHIDA EM PARTE. Não caracteriza julgamento *extra petita* a determinação de incidência do adicional de 100% sobre as horas extras laboradas em dias reservados ao repouso semanal remunerado ou definidos em lei como feriados, ainda que não haja pedido expresso na inicial, porquanto tal determinação é mero consectário da condenação principal. Por outro lado, extrapola os limites da lide a condenação da empresa ao pagamento de indenização em danos sociais por *dumping social*, por mais robustos que sejam os fundamentos da sentença, ante a ausência de pedido expresso na

inicial (...) Com efeito, o entendimento que tende a se uniformizar é no sentido de que, na seara trabalhista, apenas o Ministério Público do Trabalho possui legitimidade para pleitear indenização por dano social, com supedâneo no microsistema processual de acesso meta-individual ao Judiciário, formado pela Constituição Federal (arts. 127 e 129, inciso III), Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75/93, arts. 83, inciso III e 84, *caput*) e pela Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90, Título III)... (Processo 0000349-82.2012.5.14.0061. Rel. Carlos Augusto Gomes Lobo. 2ª Turma – DJ. 1º.3.2013 –TRT da 14ª Região.)

Lado outro, parcela da doutrina e da jurisprudência defendem a possibilidade de arbitramento deste tipo de indenização em demandas individuais e inclusive *ex officio*, sob o argumento de que o princípio dispositivo da demanda deve ser sopesado, valorado, com outros princípios do ordenamento, como a dignidade da pessoa humana e efetividade da tutela jurisdicional.

Assim, neste conflito principiológico, por ponderação àqueles valores de maior importância, como a dignidade humana e efetividade das decisões, deve prevalecer.

Nas palavras de Souto Maior<sup>(26)</sup>, que invoca inclusive o art. 404 do Código Civil Brasileiro como amparo normativo a esta condenação de ofício:

A garantia de um devido processo legal passa pelo caráter dispositivo (democrático) do processo. Esse caráter, entretanto, é de ser considerado em consonância com outros princípios presentes em nossa esfera jurídica, tais como o da dignidade da pessoa humana (norte do nosso sistema jurídico) e o da efetividade da tutela (que se justifica apenas e na medida em que visa a preservar o núcleo essencial da dignidade humana, ou seja, dos direitos fundamentais).

(26) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Dumping Social...* cit., p. 89.

A violação do princípio da dignidade humana, que pode ser indicado como a essência mesma do nosso compromisso jurídico-social, representa a violação da própria Constituição. Representa traição ao princípio fundamental da organização em sociedade, que é o respeito ao homem como ser dotado de dignidade, como razão de ser do próprio ordenamento jurídico. Admitir tais premissas implica assumir uma conduta comprometida diante do processo. É vê-lo como instrumento para a efetivação de direitos.

Na doutrina estrangeira, também se encontra eco neste sentido, valendo destaque Mauro Cappelletti<sup>(27)</sup>:

O juiz é legitimado a estender o âmbito da própria decisão, de modo a compreender a totalidade do dano produzido pelo réu, e, em geral, a decidir eficazmente mesmo às *absent parties* ou precisamente *erga omnes*. É a revolução dos conceitos tradicionais de responsabilidade civil e de ressarcimento dos danos, como também daqueles de coisa julgada e do princípio do contraditório.

Deste modo, o Juiz deveria agir de ofício, considerando seu papel de agente político que deve zelar pela efetividade do poder estatal, mormente considerado que a sociedade, quando traz demandas a juízo espera uma razoável resposta estatal de modo a minimizar os prejuízos, pacificando o conflito social.

Com base nestas premissas, apareceram alguns julgados neste sentido, a exemplo do seguinte:

“DUMPING SOCIAL”. DANO À SOCIEDADE. Se as reclamadas são infratoras reincidentes de regras trabalhistas, principalmente no que concerne ao correto enquadramento sindical de seus empregados e à adoção de regular jornada de trabalho, devem ser

(27) “Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil”, tradução de Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos, *apud* SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Dumping Social...*, cit., p. 48.

condenadas ao pagamento de indenização suplementar, nos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Inteligência do Enunciado n. 04 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. (...) Portanto, as reclamações trabalhistas em face de uma mesma empresa que apresenta agressões reincidentes, tais como: salários em atraso; pagamento de salários “por fora”; trabalho em horas extras de forma habitual, sem anotação de cartão de ponto de forma fidedigna e o pagamento do adicional correspondente; não recolhimento de FGTS; não pagamento das verbas rescisórias; ausência de anotação da CTPS (muitas vezes com utilização fraudulenta de terceirização, cooperativas de trabalho, estagiários, temporários etc.); não concessão de férias; não concessão de intervalo para refeição e descanso; trabalho em condições insalubres ou perigosas, sem eliminação concreta dos riscos à saúde etc., devem resultar em condenação de uma indenização, por dano social, arbitrada “ex officio” pelo juiz, pois a perspectiva não é a da proteção do patrimônio individual. É de conhecimento deste Tribunal Regional que as reclamadas são infratoras reincidentes de regras trabalhistas, principalmente no que concerne ao correto enquadramento de seus empregados e à adoção de regular jornada de trabalho. O mesmo se verifica na jurisprudência do E. TST. Assim, ante o desrespeito reiterado de regras trabalhistas, deve pagar à autora uma indenização equivalente a 10% (dez por cento) sobre o valor total da condenação... (TRT 17ª R., 0081300-63.2011.5.17.0013, rel. Desembargador Carlos Henrique Bezerra Leite, DEJT 4.4.2013.)

A nós, com todo respeito aos posicionamentos vanguardistas sobre o tema, a fixação de indenização punitiva suplementar de ofício atenta contra o princípio basilar que se imiscui por todo o ordenamento jurídico: o da segurança jurídica.

A questão não se cinge ao princípio dispositivo, como à primeira vista parece, mas, sim, como princípio maior da segurança jurídica e o princípio do contraditório (art. 5º, LV da

Constituição Federal<sup>(28)</sup>), na medida em que os pedidos da petição inicial delimitam a controvérsia e o contraditório, não nos parecendo razoável a surpresa ao jurisdicionado, com uma condenação não postulada, tampouco debatida nos autos.

Até por que, na instrução processual numa lide individual, ante todas as limitações, inclusive procedimentais da CLT (limitação do número de testemunhas, procedimento oral, concentrado e simplificado), nos parece impossível qualquer análise acerca de uma delinquência patronal capaz de revelar danos sociais, até por que a fim de se aferir a existência de dano coletivo, exige-se investigação profunda, responsável e detalhada, sob pena de se cometer graves injustiças e inclusive inviabilizar a atividade econômica de uma empresa.

Deste modo, entender de modo diverso, por mais que seja postura bem-intencionada, nos parece equivocada ainda diante da ordem jurídica pátria, sendo certo que sequer o art. 404 do Código Civil<sup>(29)</sup>, comumente aventado pela corrente de vanguarda, se destina à fixação de indenização de ofício. Isto porque tal dispositivo não autoriza condenação sem pedido, de ofício, mas sim quando *provado que os juros de mora não cobrem o prejuízo*, oração de onde se deduz o contrário, ou seja, que deve haver pedido da parte. Até por que, o contrário não se ajusta à sistemática e principiologia processual, como já visto.

Via de consequência, entendemos que a legitimidade é efetivamente restrita aos entes delimitados para as ações coletivas, já que

(28) LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...)

(29) Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.

estes gozam da prerrogativa de substituição processual para fins de postular direitos metaindividuais.

## 5. Conclusão. Postura do magistrado perante o dano social

Diante do concluído no tópico precedente, solucionar o impasse entre segurança jurídica/contraditório e preservação da força das decisões judiciais e do ordenamento jurídico é algo que exige vontade e adoção de soluções práticas criativas, que inclusive escapam da atuação jurisdicional do magistrado.

Como já visto, nos parece inequívoco que a melhor forma de prevenir e reprimir os danos sociais passa pela atuação incisiva e eficiente dos legitimados para propor ações coletivas, mormente o Ministério Público do Trabalho, como fiscal da lei que é, dotado de condições de investigação adequadas.

E, para que tal ocorra, a colaboração dos magistrados do trabalho é importantíssima, adotando medidas simples como a comunicação, lastreada em elementos concretos, aos entes legitimados sempre que a delinquência patronal lhe pareça evidenciada.

Para tanto, salutar se faz a coleta de dados estatísticos das lides que são submetidas a julgamento e seu resultado, podendo os Tribunais do Trabalho implementar critérios objetivos para aferir eventual delinquência patronal, mediante indicadores estatísticos, de modo a se constatar possíveis danos sociais.

A implementação de uma política nacional de combate à delinquência patronal seria importantíssima para minimizar os danos sociais daí decorrentes, inclusive impactando de forma benéfica a celeridade processual, na medida em que haverá exponencial redução

do número de lides submetidas à Justiça do Trabalho.

Por fim, sob a óptica puramente jurisdicional, é preciso que exista menor resistência dos magistrados às ações coletivas, para que passem a enxergar a utilidade ímpar destas na busca por efetividade e concretude do ordenamento jurídico. E, neste passo, compete aos magistrados compreender e fazer valer a real dimensão ao art. 944 do Código Civil.

## 6. Bibliografia

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: *RTDC*, v. 19, jul./set. 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil. Trad. Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. In: *Revista de Processo*, São Paulo, RT, jan./mar.1977.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. A ação civil pública e a reparação do dano coletivo no processo do trabalho. In: DARCANCHY, Mara Vidigal. *Responsabilidade social nas relações laborais: homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento*. São Paulo: LTr, 2007.

GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. Dallas: Thomson West, 2006.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Revista do TST*, Brasília, vol. 77, n. 3, jul./set. 2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A efetividade do processo. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Orgs.). *Curso de direito do trabalho, vol. 4: direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

\_\_\_\_\_. MENDES, Ranúlio. SEVERO, Valdete Souto. *Dumping Social nas Relações de Trabalho*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2012.

# O trabalho análogo ao de escravo e os esforços para sua erradicação no Brasil

Gustavo Carvalho Chehab<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ O presente estudo trata do trabalho análogo às condições de escravo e dos esforços desenvolvidos para sua erradicação no Brasil. Partindo da definição e das características do trabalho escravo contemporâneo e das normas existentes, examinam-se as ações do Estado brasileiro e da sociedade civil, a utilidade do cadastro de empregadores autuados por manter trabalho escravo e a mobilização social existente. Procuram-se aferir os resultados das estratégias adotadas e os riscos que ameaçam a efetividade dessas ações. Espera-se que essa módica reflexão possa contribuir com a árdua tarefa de erradicação desse mal e de efetivação de direitos fundamentais básicos.

## Palavras-chave:

- ▶ Direitos humanos — Trabalho escravo — Trabalho forçado.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Trabalho análogo ao de escravo
- ▶ 3. Ações e estratégias de combate à escravidão
- ▶ 4. Resultados obtidos
- ▶ 5. Riscos que ameaçam o combate ao trabalho escravo
- ▶ 6. Conclusão
- ▶ 7. Referências bibliográficas

## 1. Introdução

No Brasil do século XXI, ainda é possível encontrar trabalho análogo à condição de escravo, apesar do compromisso internacional firmado pelo país para combater todas as

formas de escravidão. Trata-se de uma chaga social e humana abolida e repelida juridicamente, mas que ainda subsiste nesses tempos de universalização dos direitos fundamentais. O engajamento da sociedade e o estímulo às diversas ações desenvolvidas pelo Estado e pela sociedade civil são essenciais para a defesa dos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores submetidos às condições análogas às de escravidão.

(\*) Mestre em Direito Constitucional pelo IDP/DF. Especialista em Direito do Trabalho pelo UniCeub/DF. Juiz do Trabalho substituto no TRT da 10ª Região (DF e TO) e Secretário-Geral da Amatra 10.

O estudo dos diversos programas, ações e estratégias que estão sendo utilizadas no país; dos resultados já obtidos e dos riscos que ainda pairam na luta pela erradicação é importante para avaliar, aprimorar e difundir formas eficazes de combate à escravidão contemporânea e de efetivação de direitos fundamentais básicos.

## 2. Trabalho análogo ao de escravo

### 2.1. Proteção constitucional

A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito que tem, entre os seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e rege-se, nas suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos (arts. 1º, incisos III e IV, e 4º, inciso II, da Constituição Federal).

Dentre os direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição, estão: a liberdade individual; o livre exercício de qualquer trabalho ou profissão, atendida a qualificação exigida em lei; a proibição de tratamento desumano e degradante; e a determinação de que a propriedade atenderá sua função social (*caput* e incisos II, XIII, III e XXIII). O art. 7º assegura aos empregados diversos direitos fundamentais em suas relações de trabalho.

A Ordem Econômica do Estado brasileiro é fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, conforme ditames da justiça social, e tem, dentre seus princípios, a função social da propriedade e a busca do pleno emprego (art. 170, *caput* e incisos III e VIII, da Constituição). Nas áreas rurais, essa função social é cumprida quando a propriedade rural observa, entre outras diretrizes, as disposições que regulam as relações de trabalho e quando sua exploração favorece o bem-estar dos seus proprietários e dos trabalhadores (art. 186, incisos III e IV).

O art. 243 da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 81/2014, dispõe que as propriedades rurais e urbanas em que foi encontrado trabalho escravo serão expropriadas, sem qualquer indenização,

reconhecendo, assim, que tais propriedades não cumprem a sua função social.

A escravidão, abolida formalmente no Brasil pela Lei Áurea de 13 de maio de 1888 (Lei n. 3.353), e o trabalho em condições análogas à de escravo atentam contra a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a função social da propriedade e atingem diversos outros direitos fundamentais, como a vida, a integridade física e psíquica e a liberdade de locomoção.

### 2.2. Definição e classificação

O conceito legal de trabalho análogo à de escravo está contido no art. 149 do Código Penal brasileiro, com redação da Lei n. 10.803/2003. Segundo esse dispositivo, trabalho em condições análogas à de escravo é quando o trabalhador: a) é submetido a trabalho forçado ou à jornada exaustiva; b) está sujeito a condições degradantes de trabalho; c) tem restringida, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto; d) está cerceado no uso de meio de transporte com o fim de ficar retido no local de trabalho; e) é nele mantido sob vigilância ostensiva; ou f) tem seus documentos ou objetos pessoais apoderados, com o fim de ficar retido em seu trabalho.

O art. 149 do Código Penal está inserido no capítulo referente aos crimes contra a liberdade individual e na seção pertinente aos crimes contra a liberdade pessoal. Sua redação original apenas se referia à redução de alguém à condição análoga à de escravo. Muitos juristas, mesmo após a alteração da redação desse dispositivo, defendem que o bem juridicamente tutelado é exclusivamente a liberdade pessoal, de modo que, ainda que o trabalho fosse executado, por exemplo, em condições degradantes, é necessária, para a configuração do tipo, a restrição à liberdade de locomoção.

O Supremo Tribunal Federal, no Inquérito n. 3.412/AL<sup>(1)</sup>, decidiu que o cerceamento da

(1) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 3.412/AL. Plenário. Redatora Ministra Rosa Weber. *Diário de Justiça eletrônico* de 12 nov. 2012.

liberdade a que se refere o art. 149 do Código Penal pode decorrer não apenas da restrição à livre locomoção, mas também por constrangimentos econômicos, conforme ementa a seguir:

PENAL. REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. ESCRAVIDÃO MODERNA. DESNECESSIDADE DE COAÇÃO DIRETA CONTRA A LIBERDADE DE IR E VIR. DENÚNCIA RECEBIDA. Para configuração do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessário que se prove a coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima “a trabalhos forçados ou à jornada exaustiva” ou “a condições degradantes de trabalho”, condutas alternativas previstas no tipo penal. A “escravidão moderna” é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa “reduzir alguém à condição análoga à de escravo”. Não é qualquer violação dos direitos trabalhistas que configura trabalho escravo. Se a violação aos direitos do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes e se os trabalhadores são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes de trabalho, é possível, em tese, o enquadramento no crime do art. 149 do Código Penal, pois os trabalhadores estão recebendo o tratamento análogo ao de escravos, sendo privados de sua liberdade e de sua dignidade. Denúncia recebida pela presença dos requisitos legais.

Tramita no Congresso Nacional projeto de lei que visa redefinir o tipo penal para alcançar apenas o trabalho forçado ou obrigatório decorrente do emprego de ameaça, coação ou

violência<sup>(2)</sup>. Entretanto, no contexto legislativo atual, a redução à condição análoga à de escravo compreende não apenas a liberdade de locomoção (o labor forçado ou contra a vontade do trabalhador), mas também o trabalho em condições degradantes<sup>(3)</sup>, como aquele prestado em jornada exaustiva.

O art. 2º, n. 1, da Convenção n. 29 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1930, adotada no Brasil, define trabalho forçado ou compulsório como “todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade”. Por outro lado, trabalho degradante, segundo Denise Lapolla Andrade<sup>(4)</sup>:

é [...] aquele que priva o trabalhador de dignidade, que o rebaixa e o prejudica, a ponto, inclusive, de estragar, deteriorar sua saúde. [...] Será degradante aquele que tiver péssimas condições de trabalho e remuneração incompatível, falta de garantias mínimas de saúde e segurança; limitação na alimentação e moradia. Enfim, aquele que explora a necessidade e a miséria do trabalhador. Aquele que o faz submeter-se a condições indignas.

Normalmente, o trabalhador submetido às condições análogas à de escravo é encontrado em situações degradantes de vida, pois não há uma preocupação de quem escraviza com a

(2) BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 3.842/2012*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=C423E633493963439438C0982C3B4836.proposicoesWeb2?codteor=990429&filename=PL+3842/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C423E633493963439438C0982C3B4836.proposicoesWeb2?codteor=990429&filename=PL+3842/2012)> Acesso em: 23 jun. 2014.

(3) MIRAGLIA, Lívia M. M. O combate ao trabalho escravo contemporâneo e a Justiça do Trabalho. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela N.; NUNES, Raquel P. (Coords.). *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010. p.118-119.

(4) ANDRADE, Denise Lapolla de P. A. A Lei n. 10.803/2003 e a nova definição de trabalho escravo — diferenças entre trabalho escravo, forçado e degradante. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, a. XV, n. 29, p. 81, mar. 2005.

higiene, saúde física e mental e segurança dos trabalhadores escravizados.

Para Kevin Bales<sup>(5)</sup>, a escravidão atual é encontrada sob três formas básicas:

a) escravidão como propriedade (*chattel slavery*) é a forma mais parecida com a antiga escravidão, na qual uma pessoa é capturada, nascida ou comercializada em permanente servidão e seus filhos, em geral, são tratadas como propriedade do escravagista. Essa espécie é encontrada no norte e oeste da África, como a Mauritânia, e em alguns países árabes, mas representam uma pequena proporção de escravos modernos no mundo;

b) servidão por dívidas (*debt bondage*) é o tipo mais comum de escravidão no mundo, em que a pessoa se compromete em razão de um empréstimo em dinheiro, mas que a carga e a natureza do trabalho não são claras, nem reduz a dívida original, que pode, até, ser transmitida às próximas gerações. A dívida normalmente é suficiente para manter o controle físico do trabalhador. Essa forma é mais comum na Índia e no Paquistão, mas também está presente no Brasil;

c) contrato de escravidão (*contract slavery*) utiliza da aparência de um contrato de trabalho regular para esconder a escravidão. Nessa espécie, os trabalhadores são atraídos por uma promessa de emprego, mas quando chegam ao local de trabalho encontram a própria escravidão. Caso haja problemas legais, o contrato pode ser formalmente produzido, mas, na realidade, o trabalhador é um escravo, ameaçado por violência, sem liberdade de locomoção e sem receber salário. É a espécie que mais cresce no mundo e é encontrada no sudeste asiático, no Brasil, em algumas nações árabes e em partes da Índia.

(5) BALES, Kevin. *Disposable people: new slavery in the global economy*. 4. ed. Berkley: University of California Press, 2012. p. 18-20.

Jorge A. Ramos Vieira<sup>(6)</sup>, diante da escravidão no meio rural, assinala que:

O escravo moderno pode ser entendido como o trabalhador, de qualquer idade ou sexo, que, não tendo como subsistir em sua cidade de origem, é levado pela necessidade a procurar trabalho em regiões distantes, através de aliciamento feito por pessoas que lucram com o fornecimento e a utilização de sua força de trabalho em propriedades rurais.

### 2.3. Características

Até o ano de 2012, o trabalho escravo estava mais presente no meio rural e nas regiões Norte e Centro-Oeste do país, sendo os estados do Pará e de Mato Grosso aqueles que eram líderes das ocorrências. Em 2013, a quantidade de trabalhadores libertados nas áreas urbanas foi superior a de libertos na zona rural, graças, principalmente, ao setor da construção civil, responsável por cerca de 40% desse total, bem à frente da pecuária, a segunda colocada, que responde por 12% do total<sup>(7)</sup>.

Há registros de trabalho escravo em indústrias têxteis do Estado de São Paulo por imigrantes irregulares, especialmente da Bolívia, Peru e Paraguai, e em condições degradantes no corte de cana-de-açúcar.

Seja no campo ou na cidade, é comum o trabalho escravo estar associado com o tráfico de pessoas para fins econômicos. O tráfico de pessoas ocorre com o recrutamento, transporte ou transferência de uma pessoa, mediante uso da força, coação ou ardil, com o propósito de explorá-la. “A principal finalidade do tráfico de pessoas é fornecer mão de obra para o trabalho

(6) VIEIRA, Jorge A. Ramos. Trabalho escravo: quem é o escravo, quem escraviza e o que liberta. *Consultor Jurídico*, 13 nov. 2003, p. 2. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2003-nov-13/preciso\\_coragem\\_combater\\_trabalho\\_escravo](http://www.conjur.com.br/2003-nov-13/preciso_coragem_combater_trabalho_escravo)> Acesso em: 14 jun. 2014.

(7) REPÓRTER BRASIL. *Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo*. 19 maio 2005. Disponível em: <[http://reporterbrasil.org.br/documentos/pacto\\_erradicacao\\_trabalho\\_escravo.pdf](http://reporterbrasil.org.br/documentos/pacto_erradicacao_trabalho_escravo.pdf)> Acesso em: 15 jun. 2014.

forçado, seja para a exploração sexual comercial, seja para a exploração econômica, ou para ambas as finalidades<sup>8)</sup>. Nesses casos, o trabalhador é atraído por um aliciador (ou “gato”) e, em diversos casos, mantido por capatazes (fiscais ou pistoleiros), inclusive mediante vigilância armada.

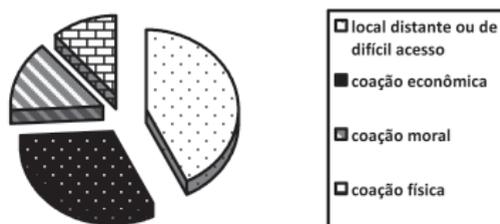
Existem três espécies de coação na escravidão moderna<sup>9)</sup>:

- a) econômica, quando o trabalhador possui dívidas impagáveis com o seu empregador. Normalmente, elas decorrem de suas despesas com transporte, alimentação (em face do *truck system*<sup>10)</sup>, do sistema de barracões<sup>11)</sup> ou do fornecimento de drogas<sup>12)</sup> e habitação;
- b) moral ou psicológica, quando ele é submetido à ameaça, ao sofrimento ou ao terror psicológico, utilizados com o intuito de dominá-lo ou diminuir-lhe a resistência em trabalhar ou colaborar. Nesse caso, o medo de tudo e de todos neutraliza suas iniciativas de superação, de luta e de defesa<sup>13)</sup>; e
- c) física, em que há agressão física para obrigar o trabalhador a desempenhar suas

tarefas, a colaborar, a obedecer e/ou a permanecer no local de trabalho.

Em levantamento da OIT<sup>14)</sup>, dentre os empregados resgatados no meio rural de quatro unidades da Federação entre outubro de 2006 e julho de 2007 e que estavam com a liberdade cerceada, em 44,5% dos casos não foi fornecido o transporte de volta ou o local de trabalho é distante ou de difícil acesso, em 32,8% os trabalhadores tinham dívidas (coação econômica), em 15,1% existiam seguranças armados (coação moral) e em 11,8%<sup>15)</sup> havia castigos físicos (coação física)<sup>16)</sup>.

Gráfico n. 1 — A presença da coação entre trabalhadores privados da liberdade e resgatados de fazendas (2006/2007)



Com base nas lições de Kevin Bales, de Jorge A. Ramos Vieira e dos estudos da OIT<sup>17)</sup>, é possível fazer a seguinte comparação entre as características da antiga escravidão e da escravidão moderna encontrada no Brasil (*contract slavery e debt bondage*):

- (8) FAUZINA, Ana Luiza et al. *Manual de capacitação sobre tráfico de pessoas*. Brasília: OIT, 2009. p. 10-11.
- (9) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. A Ação Civil Pública e a tutela dos interesses individuais homogêneos dos trabalhadores em condições de escravidão. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, Síntese, a. 15, n. 180, p. 26, maio 2004.
- (10) *Truck System* é uma forma de pagamento de salários, surgida na Inglaterra e combatida universalmente, por meio de vales ou bônus de circulação restrita que, normalmente, compele o empregado a adquirir mercadorias em estabelecimentos do empregador ou de pessoa que lhe assegure comissão.
- (11) No sistema de barracões, o empregado é compelido a comprar mercadorias e alimentos em armazéns (barracões) mantidos pelos próprios empregadores a preços elevados para impossibilitar a quitação do débito.
- (12) Alguns empregadores fornecem ou vendem ao trabalhador drogas, como cigarros, bebidas, entorpecentes e alucinógenos e que também servem para dominar o empregado pelo seu vício.
- (13) SIQUEIRA, Túlio M. L. de. O trabalho escravo perdura no Brasil do século XXI. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 137, jul./dez. 2010.

- (14) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo rural no Brasil*. Brasília: OIT, 2011. p. 85.
- (15) Consta como observação da pesquisa que houve respostas múltiplas, isto é, que alguns entrevistados marcaram mais de uma alternativa. Isso justifica o fato da soma dos diversos percentuais ser superior a 100%.
- (16) PORTAL ESTADÃO. *Reincidência no trabalho escravo chegou a 59%*. São Paulo, 26 out. 2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,reincidencia-no-trabalho-escravo-chegou-a-59-,790577,0.htm>>. Acesso em: 17 jun. 2014.
- (17) BALES, *op. cit.*, p. 121-147; VIEIRA, *op. cit.*, p. 2; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho escravo no Brasil do século XXI*. Brasília: OIT, 2007. p. 33-34.

Tabela n. 1 — Comparação entre as características da escravidão antiga e atual

Característica	Escravidão antiga (até o séc. XIX)	Escravidão contemporânea ( <i>contract slavery e debt bondage</i> )
Enquadramento normativo	Até a abolição: ato lícito e tolerado socialmente	Ato ilícito que constitui tipo penal e é combatido internacionalmente
Condição jurídica	Propriedade do senhor de escravos	Pessoa sujeita à restrição de liberdade e/ou em condições degradantes de trabalho
Condição ética e social	Afrodescendentes e, em alguns casos, indígenas	Pessoas pobres ou miseráveis, independentemente da etnia
Custo econômico	Alto. Aquisição e manutenção de escravos muito caras	Muito baixo. Transporte até o local de trabalho é a maior despesa
Lucro	Reduzido. Altos custos para ter e manter os escravos	Elevado. Empregado doente ou improdutivo é descartado
Contraprestação pelo trabalho	Sem salário. Há alimentação e cuidados com saúde para evitar doença e morte do escravo	Nenhuma. Alimentação é ruim; às vezes, é composta de restos dados aos animais. Às vezes, são fornecidas bebidas e outras drogas
Oferta de mão de obra	Escassa. Dependia do tráfico negreiro, reprodução e escravização de indígenas	Alta. Há grande número de desempregados procurando trabalho
Continuidade do trabalho	Longa. O escravo permanecia na propriedade até morrer, ser vendido ou fugir	Baixa. Cessada a utilidade do trabalhador ou do serviço, ele é descartado
Manutenção da ordem	Ameaças, violência física e psicológica, punições, torturas e, até, assassinatos	Ameaças, violência física e psicológica, punições, torturas e, até, assassinatos

Diante dessas características, percebe-se que, em vários aspectos, a escravidão moderna é mais cruel e deplorável do que a antiga, atinge diversos direitos fundamentais e ameaça as bases do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

#### 2.4. Postura do Estado brasileiro

Pelas Convenções ns. 29 e 105 da OIT, sobre Escravatura de 1926 e Suplementar sobre Abolição da Escravatura de 1956, todas adotadas pelo Brasil, comprometeu-se internacionalmente a suprimir o trabalho escravo, forçado ou obrigatório.

Todavia, por muito tempo, as denúncias da existência de trabalho escravo no Brasil, iniciadas em 1971 por Dom Pedro Casaldáliga, então bispo da prelazia de São Félix do Araguaia-MT<sup>(18)</sup>, foram ignoradas pelo Governo Federal. O país passou a ser alvo de dezenas de denúncias

perante organismos internacionais, entre as quais a que envolvia José Pereira Ferreira<sup>(19)</sup> apresentada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)<sup>(20)</sup>.

Apenas em 1995, o Governo reconheceu publicamente a existência do trabalho escravo no país, inclusive para a comunidade internacional e perante a OIT<sup>(21)</sup>. Para erradicar esse

(18) MORAES, Maria José S. *Trabalho escravo: da omissão do Estado ao Conatrac passando pela bicicleta do padre Canuto*. São Félix do Araguaia, 17 out. 2007, p. 1. Disponível em: <[http://www.gptec.cfch.ufrj.br/pdfs/trabalhoescravo\\_genese\\_out2007.pdf](http://www.gptec.cfch.ufrj.br/pdfs/trabalhoescravo_genese_out2007.pdf)> Acesso em: 16 jun. 2014.

(19) José Pereira Ferreira foi baleado por pistoleiros e quase morreu em setembro de 1989, quando, com 17 anos de idade, fugia da fazenda em que trabalhava como escravo em Sapucaia-PA. Seu colega de trabalho e de fuga não teve a mesma sorte e faleceu. O caso foi encerrado com o Acordo de Solução Amistosa celebrado pelo Brasil em setembro de 2003 e com a edição da Lei n. 10.706/2003, que lhe concedeu indenização de R\$ 52.000,00.

(20) COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório n. 95/03, de 24 out. 2003. Caso n. 11.289. Solução Amistosa, §§ 1<sup>º</sup> a 28. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2014; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo do Brasil*. Brasília: OIT, 2010. p. 28-29.

(21) AUDI, Patrícia. A escravidão não abolida. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 75; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2007, *op. cit.*, p. 22.

mal, foi criado, pelo Decreto n. 1.538/1995, o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado (Gertraf). O Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) instituiu o Grupo Especial de Fiscalização Móvel para fazer operações em locais em que há denúncias ou indícios de labor escravo.

## 2.5. Fiscalização do trabalho

A partir do reconhecimento da existência da escravidão em 1995, começaram as operações de localização e repressão ao trabalho escravo no Brasil, realizadas pelos auditores fiscais do trabalho e, normalmente, acompanhadas da Polícia Federal e de membros do Ministério Público do Trabalho. Segundo o Ministério do Trabalho e Emprego<sup>(22)</sup>, foram esses os resultados dessas fiscalizações em todo o país desde 1995:

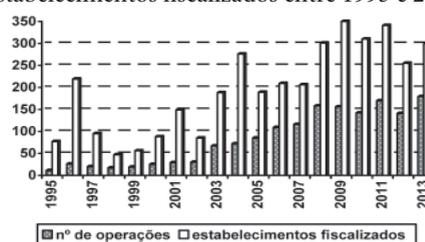
Tabela n. 2 — Resultado das operações de fiscalização de trabalho escravo de 1995 a 2013

Ano	N. de Operações	Autos de Infração Lavrados	Estabelecimentos Inspeccionados	Trabalhadores Resgatados
1995	11	906	77	84
1996	26	1.751	219	425
1997	20	796	95	394
1998	17	282	47	159
1999	19	411	56	725
2000	25	522	88	516
2001	29	796	149	1.305
2002	30	621	85	2.285
2003	67	1.433	188	5.223
2004	72	2.465	276	2.887
2005	85	2.286	189	4.348
2006	109	2.772	209	3.417
2007	116	3.139	206	5.999
2008	158	4.892	301	5.016
2009	156	4.535	350	3.769
2010	142	3.976	310	2.628
2011	170	4.493	341	2.485
2012	141	3.753	255	2.750
2013	179	4.327	300	2.063
<b>TOTAL</b>	<b>1.572</b>	<b>44.156</b>	<b>3.741</b>	<b>46.478</b>

Os gráficos a seguir mostram a evolução desses números de combate à escravidão<sup>(22)</sup>:

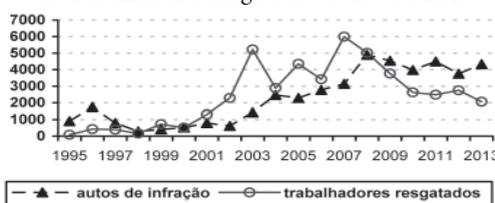
(22) BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Secretaria de Inspeção do Trabalho. *Quadro geral das operações*

Gráfico n. 2 — Quantidade de operações e de estabelecimentos fiscalizados entre 1995 e 2013



Fonte: MTE.

Gráfico n. 3: evolução dos autos de infração e de trabalhadores resgatados de 1995 a 2013



Fonte: MTE.

de fiscalização para erradicação do trabalho escravo – SIT/SRTE – 1995 a 2013. 22 maio 2014. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A45B26698014625BF23BA0208/Quadro%20resumo%20operações%20T.E.%201995%20-%202013.%20Internet.pdf>>.

Em 2003, foi instituída a Comissão Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo e editado o 1º Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo com a proposta de ação n. 10 de “criar e manter uma base de dados integrados de forma a reunir as diversas informações dos principais agentes envolvidos no combate ao trabalho escravo; identificar empregadores e empregados, locais de aliciamento e ocorrência do crime [...]”<sup>(23)</sup>. Para alimentar essa base de dados, a fiscalização do trabalho, em suas operações, recolhe inúmeras informações que têm se mostrado muito úteis, entre as quais registros fotográficos e em vídeo, entrevistas com os trabalhadores resgatados e relatório da ação de fiscalização<sup>(24)</sup>.

### 3. Ações e estratégias de combate à escravidão

#### 3.1. Cadastro de empregadores autuados por manter trabalho escravo

Em cumprimento à proposta de ação n. 10 do 1º Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, o Ministério do Trabalho e Emprego editou a Portaria n. 540/2004, que, em seu art. 1º, cria o “Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo”<sup>(25)</sup>. Referido cadastro restou mantido pela Portaria Interministerial n. 2/2011, do Ministério do Trabalho e Emprego e da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH), que revogou expressamente a Portaria n. 540.

O cadastro de empregadores autuados por trabalho escravo, conhecido também como “lista suja”, é tão somente uma relação,

atualizada semestralmente, de nomes de empregadores (pessoas físicas ou jurídicas), identificados pelo CNPJ, CPF ou CEI e denominação do estabelecimento, que foram autuados pela fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego por manter trabalhador em situação análoga à de escravo. Na edição de 30 de dezembro de 2013, atualizada extraordinariamente em 9.6.2014, havia 567 pessoas incluídas no cadastro<sup>(26)</sup>, que ainda consigna o número e o ano da operação e o mês e o ano da inclusão do nome.

A inclusão do nome de alguém na “lista suja” depende de ter: a) sido lavrado auto de infração pela fiscalização do trabalho; b) havido a identificação de trabalhador submetido à condição análoga à de escravo; c) ocorrido decisão administrativa final no sentido de ser procedente o auto de infração emitido pela fiscalização (Portaria Interministerial n. 2/2011, art. 2º).

Salvo por ordem judicial, uma vez incluído o nome na “lista suja”, sua exclusão depende de: a) transcurso do período de 2 (dois) anos depois da inclusão do nome do infrator; b) regularidade das condições de trabalho; c) não reincidência na mesma prática; d) pagamento das multas resultantes da fiscalização; e e) comprovação da quitação dos débitos trabalhistas e previdenciários.

O cadastro não tem finalidade punitiva, mas meramente declarativa ou informativa. A Administração somente divulga a relação de quem foi autuado por manter empregado em situações análogas à escravidão e a encaminha para os órgãos e as sociedades de economia mista relacionadas nos incisos do art. 3º da Portaria. Não existe previsão de sanção, apenas torna-se público o resultado de um ato

(23) BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH). *Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo*. Brasília: OIT, 2003. p. 15.

(24) BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Manual de combate ao trabalho escravo em condições análogas às de escravo*. Brasília: MTE, 2011. p. 47, 53, 79-81.

(25) Antes havia a Portaria n. 1.234/2003 do MTE, que apenas encaminhava cópias para órgãos públicos da relação de empregadores autuado por manter mão de obra escrava.

(26) BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Cadastro de empregadores – Portaria Interministerial n. 12 de 12 maio de 2011*. 9 jun. 2014. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A468FE52F014696CB2EE35A6A/CADASTRO%20DE%20EMPREGADORES%20ATUALIZAÇÃO%20EXTRAORDINÁRIA%2009-06-2014-1.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

administrativo<sup>(27)</sup>. É a adesão espontânea dos diversos atores sociais e econômicos que, em face do acesso à informação da “lista suja”, deixam de celebrar negócios jurídicos, comerciais e financeiros com a pessoa ali incluída.

### 3.2. Restrições de financiamentos e de empréstimos

O empregador que tem o nome incluído na “lista suja”, normalmente, tem dificuldades em obter financiamentos e empréstimos e, em alguns casos, até em comercializar sua produção.

A Portaria n. 1.150/2003 do Ministério da Integração Nacional recomendou, em seu art. 2º, que os agentes financeiros se abstenham “de conceder financiamentos ou qualquer outro tipo de assistência” com recursos públicos aos empregadores rurais que foram flagrados por manterem trabalhadores em condições análogas ao trabalho escravo. Desde então, pessoas incluídas no cadastro de trabalho escravo não conseguem obter empréstimos ou financiamentos de bancos públicos.

Vários bancos privados que operam no país aderiram voluntariamente aos “Princípios do Equador”<sup>(28)</sup>, estabelecidos em 2002 pelo *International Finance Corporation* (IFC), braço do Banco Mundial. Trata-se do conjunto de política e diretrizes de salvaguardas na análise de projetos de investimentos. Dentre os princípios fixados, há a restrição a quem se utiliza de trabalho forçado ou escravo. Além disso, “a condenação administrativa dos empregadores incluídos na ‘lista suja’ é informação fundamental para os bancos avaliarem os riscos econômicos e sociais dos seus negócios”<sup>(29)</sup>.

(27) VIANA, Márcio Túlio. Trabalho escravo e ‘lista suja’: um modo original de se remover uma mancha. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região*, Fortaleza, ano XXIX, n. 29, p. 232, jan./dez. 2006.

(28) FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. *Pronunciamento de Márcio Cypriano, presidente da Febraban, durante o lançamento da Campanha “Erradicação do Trabalho Escravo”*. Brasília, 13 dez. 2005. Disponível em: <<http://www.febraban.org.br/arquivo/servicos/imprensa/posicao46.asp>> Acesso em: 16 jun. 2014.

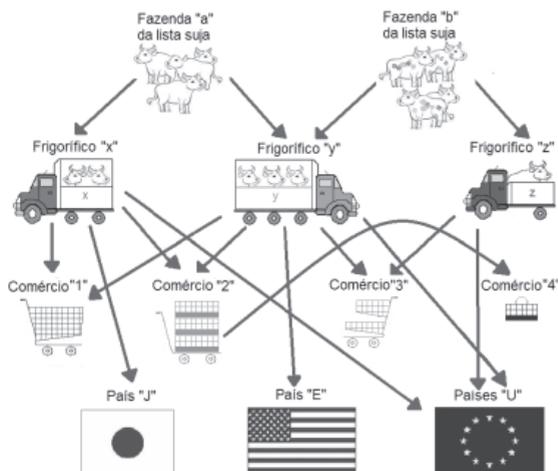
(29) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2010, *op. cit.*, p. 150.

### 3.3. Pesquisa sobre a cadeia produtiva do trabalho escravo

Em 2004, a ONG Repórter Brasil, em parceria com a OIT, realizou pesquisa para identificar e rastrear as cadeias produtivas das fazendas inseridas nas “listas sujas” do trabalho escravo, divulgadas em novembro de 2003 e junho de 2004.

Seguindo as linhas de escoamento da produção até o destino final no comércio varejista ou na exportação, “cem fazendas tiveram suas cadeias produtivas esmiuçadas até o final, o que permitiu desvendar o comportamento comercial de cerca de 200 empresas”<sup>(30)</sup>, tal como exemplifica o modelo hipotético simplificado da figura a seguir:

Figura n. 1 — Exemplo hipotético da cadeia produtiva do trabalho escravo na pecuária de corte



O objetivo da pesquisa foi “informar a sociedade brasileira, a indústria e os mercados consumidores (varejista, atacadista e exportadores) sobre a existência da mão de obra escrava na origem da cadeia de produção de diversas mercadorias comercializadas no país”<sup>(31)</sup>. Espera-se, com isso, estimular o consumidor consciente, isto é, o que valoriza o respeito à legislação social, trabalhista e ambiental quando opta pela aquisição de um bem.

(30) *Id.*, p. 153.

(31) *Id.*, p. 154.

A informação sobre a origem escrava do bem na cadeia produtiva permite, mediante a participação responsável da sociedade, o isolamento econômico de quem se utiliza dessa espécie de trabalho. Para a Comissão Parlamentar de Inquérito, instalada na Câmara de Vereadores do Município de São Paulo<sup>(32)</sup>:

A única maneira de realmente dificultar e, de preferência, impedir a exploração de mão de obra análoga à escravidão, é interferir na cadeia produtiva; é impedir que o mercado continue absorvendo preferencialmente, maciçamente ou exclusivamente a produção que resulta desse trabalho aviltante, indigno e injusto.

Em regra, os bens oriundos do trabalho escravo em sua cadeia produtiva possuem custos menores e lucros mais elevados. Por isso, o estudo da cadeia produtiva que permita identificar a exploração ilícita do trabalho humano em qualquer etapa da produção é essencial para quebrar a mera lógica da equação econômica custo-benefício.

### **3.4. Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo no Brasil**

A pesquisa sobre a cadeia produtiva do trabalho escravo deu origem, em 29/5/2005, ao Pacto Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo no Brasil<sup>(33)</sup> em que os diversos atores sociais são convidados a aderirem. Prevê o Pacto, entre outras medidas, que os aderentes irão “definir restrições comerciais àquelas empresas e/ou pessoas identificadas na cadeia produtiva que se utilizem de condições degradantes de trabalho associadas a práticas que caracterizam escravidão”.

(32) BRASIL. Município de São Paulo. Câmara Municipal de São Paulo. *Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito para apurar a exploração de trabalho análogo ao de escravo*. Relatora Vereadora Soninha. São Paulo, fev. 2006, p. 21. Disponível em: <[http://www1.camara.sp.gov.br/central\\_de\\_arquivos/vereadores/CPI-TrabalhoEscravo.pdf](http://www1.camara.sp.gov.br/central_de_arquivos/vereadores/CPI-TrabalhoEscravo.pdf)> Acesso em: 23 jun. 2014.

(33) REPÓRTER BRASIL. *Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo*. 19 maio 2005. Disponível em: <[http://reporterbrasil.org.br/documentos/pacto\\_erradicacao\\_trabalho\\_escravo.pdf](http://reporterbrasil.org.br/documentos/pacto_erradicacao_trabalho_escravo.pdf)> Acesso em: 15 jun. 2014.

Aderiram ao Pacto, até o dia 5.2.2013, 462 empresas, associações empresariais e entidades da sociedade civil<sup>(34)</sup>, representativas de parcela significativa do Produto Interno Bruto brasileiro. O pacto nacional possui um comitê de monitoramento composto pela ONG Repórter Brasil, a OIT e os Institutos Ethos de Empresas e Responsabilidade Social e Observatório Social. Em razão desse monitoramento e do descumprimento do seu Código de Conduta, algumas empresas foram suspensas e, até expulsas, do pacto, com divulgação do fato por nota pública.

O Pacto possui regras de rastreamento de trabalho escravo na cadeia de fornecedores. Seus signatários “devem criar cláusulas expressas sobre a proibição de exploração de trabalho escravo em todos os contratos com fornecedores”<sup>(35)</sup>, diretos e indiretos, com punições explícitas. Caso o fornecedor seja incluído na “lista suja”, as empresas signatárias devem divulgar a suspensão do contrato com o escravagista. A verificação da cadeia produtiva dos signatários à luz da “lista suja” deve ser feita por meio de auditoria interna e externa.

O Pacto ainda prevê a criação e a implantação de uma garantia aos compradores e aos consumidores quanto à origem do produto, mediante divulgação na Internet, em rótulos e etiquetas, a fim de que o cliente possa, por si mesmo, verificar que a mercadoria não é fruto de trabalho escravo.

O cuidado com a cadeia de fornecedores das empresas aderentes ao Pacto, pelas auditorias internas e externas e pelo monitoramento do Pacto, é importante para o isolamento econômico de quem se utiliza do trabalho escravo.

### **3.5. Impedimento do exercício de atividade comercial**

O Estado de São Paulo, no dia nacional de combate ao trabalho escravo (28 de janeiro

(34) PORTAL PACTO NACIONAL. Disponível em: <<http://www.pactonacional.com.br/>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

(35) *Id.*, *ibid.*

de 2013)<sup>(36)</sup>, editou a Lei Estadual n. 14.946/2013 para ampliar o cerco à escravidão nesse Estado.

Pelo art. 1º dessa lei, os estabelecimentos que comercializam produtos cuja fabricação tenha utilizado, em qualquer de suas etapas de industrialização, trabalho análogo ao de escravo perderá a eficácia da inscrição no cadastro de contribuintes do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

Consequentemente, o estabelecimento e os seus sócios ficam, por 10 (dez) anos, impedidos de exercer atividade nesse mesmo ramo de atividade, ainda que em estabelecimento distinto, e proibidos de obterem pedido de inscrição para esse mesmo ramo de atividade (art. 3º). Se a empresa for optante do Regime Especial de Arrecadação de Tributos e Contribuições (Simples), instituído pela Lei Complementar n. 123/2006, perderá direito ao recebimento de créditos do Tesouro Estadual ou, se concedidos, serão eles cancelados (art. 4º, § 2º).

O Estado de São Paulo divulgará, depois de decisão final administrativa, a relação nominal dos estabelecimentos comerciais e de seus sócios penalizados (art. 2º).

Como se vê, o alvo da lei é atingir a cadeia produtiva do trabalho escravo e os estabelecimentos comerciais que alimentam economicamente aquele que dele se beneficia. O Estado de São Paulo foi a primeira unidade da Federação a adotar essa solução que, na prática, procura impedir o exercício de atividade comercial de mercadorias e bens ligada à escravidão.

### 3.6. Divulgação de notícias

Os meios de comunicação social e a Internet, especialmente a partir de 2005, têm dado ampla divulgação dos resultados das operações da

(36) O Dia Nacional de Combate ao Trabalho Escravo (28 de janeiro) foi instituído pela Lei n. 12.064/2009 em homenagem aos auditores fiscais do trabalho Ailton Pereira de Oliveira, Eratóstenes de Almeida Gonsalves e João Batista Soares Lage e o motorista Nelson José da Silva assassinados em serviço no dia 28.1.2004 em uma rodovia quando apuravam denúncias de trabalho escravo na área rural de Unaí-MG.

fiscalização do trabalho, das inclusões de novos nomes na “lista suja” e de outras ações que estão sendo desenvolvidas contra o trabalho escravo. De fato, “os jornalistas têm abraçado o combate ao trabalho escravo”, sendo uma bandeira, uma trincheira dentro dos veículos de comunicação, grandes, pequenos e alternativos<sup>(37)</sup>.

Para incentivar a divulgação de informações e reportagens sobre o tema, o Estado de Mato Grosso instituiu em 2012 o Prêmio Nacional Coetrae-MT de Jornalismo Dom Pedro Casaldáliga pela Erradicação do Trabalho Escravo<sup>(38)</sup>.

As redes sociais estão sendo utilizadas para a divulgação de informações acerca do trabalho escravo e da luta para sua erradicação. Circulou na *web*, inclusive, abaixo-assinado eletrônico pela aprovação da então Proposta de Emenda Constitucional (PEC) que destina propriedades rurais e urbanas flagradas com trabalho escravo para a reforma agrária<sup>(39)</sup>, bem como informações sobre sua tramitação, voto, abstinência e ausência de cada parlamentar nas votações.

### 3.7. Exposição do nome e da imagem

No campo das estratégias de defesa dos direitos humanos, discute-se a eficácia da política denominada de “nomear e envergonhar” (*naming and shaming*) pela qual Estados, empresas

(37) BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o Trabalho Escravo. *Notas Taquigráficas n. 0475/12*. Brasília, 5ª Reunião, maio 2012, p. 6. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/54a-legislatura/cpi-trabalho-escravo/documentos/notas-taquigraficas/nt070512-te-3>> Acesso em: 16 jun. 2014.

(38) BRASIL. Estado do Mato Grosso. Secretaria de Estado de Trabalho e Assistência Social. *Governo lança Prêmio Nacional de Jornalismo COETRAE-MT “Dom Pedro Casaldáliga”*. Cuiabá, 8 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.setas.mt.gov.br/conteudo.php?sid=44&cid=1160>> Acesso em: 16 jun. 2014.

(39) Exemplos de sítios que monitoravam a tramitação da então PEC n. 438/2011, promulgada recentemente como EC n. 81/2014: <<http://www.trabalhoescravo.org.br/>> e <[http://www.avaaz.org/po/stop\\_slavery\\_in\\_brazil/](http://www.avaaz.org/po/stop_slavery_in_brazil/)>.

e grupos violadores de direitos humanos são “compelidos” pela má exposição na mídia e na comunidade a respeitar esses direitos. O estudo de Emile Hafner-Burton<sup>(40)</sup>, por exemplo, revelou que “governos submetidos a esforços de publicidade global comportam-se muitas vezes de maneiras contraditórias, reduzindo posteriormente algumas violações dos direitos políticos”.

A notícia do nome do empreendimento associado à escravidão é suficiente para derrubar as cotações das ações negociadas na bolsa de valores. O motivo não é o temor pela perda de consumidores devidos a boicotes, mas o risco de se investir em empresa que pode ter negócios restringidos por bancos públicos e privados e por outras empresas nacionais e estrangeiras, sofrer pesadas condenações na Justiça e demorar a reconstruir a reputação da sua marca<sup>(41)</sup>.

### **3.8. Pressões, reações e embargos da comunidade internacional**

A inclusão na “lista suja” de fornecedores de carvão para siderúrgicas do polo de Carajás causou grande repercussão internacional e os Estados Unidos ameaçaram com embargo comercial<sup>(42)</sup>. Diante disso, foi criado o Instituto Carvão Cidadão, com a finalidade de extirpar o trabalho escravo dos fornecedores

e que tem sido um exemplo na luta contra a escravidão<sup>(43)</sup>.

Em face dos bons resultados do Pacto Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, a OIT “quer evitar que empresas estrangeiras importem do Brasil bens produzidos com trabalho escravo”<sup>(44)</sup>. A ideia é estender a informação sobre a cadeia de fornecedores e a origem do produto também para o plano internacional. Desse modo, a empresa estrangeira, antes de adquirir certo bem, saberá se ele é fruto de escravidão e, com isso, não irá importá-lo.

Leonardo Sakamoto<sup>(45)</sup> relata que uma das maiores exportadoras de grãos de soja foi impelida a não comprar soja de fazendeiros incluídos na “lista suja” e a assinar o Pacto Nacional para erradicação da escravidão. Entretanto, ele ressalta que outras multinacionais ainda compram soja de pessoas incluídas no cadastro de trabalho escravo.

Também o mercado de ações no exterior registra queda nas cotações de papéis de empresas estrangeiras que atuam no Brasil e que têm seus nomes vinculados à “lista suja” ou às operações de fiscalização do Ministério do Trabalho<sup>(46)</sup>.

### **3.9. Educação profissional e de cidadania**

A educação e a informação são estratégias importantes de combate ao trabalho escravo. Segundo a OIT<sup>(47)</sup>, uma das causas da existência da escravidão contemporânea no Brasil é o “desconhecimento das leis e dos direitos trabalhistas”. Por isso, o conhecimento dos direitos

(40) HAFNER-BURTON, Emile M. 2008. Sticks and stones: naming and shaming the human rights enforcement problem. *International Organization*. IO Foundation, n. 68, fall, p. 689-716. Disponível em: <[http://irps3.ucsd.edu/ehafner/pdfs/sticks\\_stones.pdf](http://irps3.ucsd.edu/ehafner/pdfs/sticks_stones.pdf)>. Acesso em: 22 jun. 2014, tradução nossa.

(41) SAKAMOTO, Leonardo. *Blog do Sakamoto: direitos humanos, trabalho decente e meio ambiente. O que MRV, Zara e Cosan têm em comum?* 1º ago. 2012. Disponível em: <<http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2012/08/01/o-que-mrv-zara-e-cosan-tem-em-comum/>> Acesso em: 17 jun. 2014.

(42) PORTAL CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Empresa que usa trabalho escravo não pode exportar, propõe OIT*. Brasília, 10 set. 2010. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/9775-empresa-que-usa-trabalho-escravo-nao-pode-exportar-propoe-oit>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

(43) SAKAMOTO, Leonardo. *A economia do Brasil na escravidão*. 5 abr. 2006, p. 6. Disponível em: <[http://www.carvaocidadao.org.br/media/uploads\\_media/A\\_ECONOMIA\\_E\\_A\\_ESCRAVIDO\\_NO\\_BRASIL-LEONARDO\\_SAKAMOTO.pdf](http://www.carvaocidadao.org.br/media/uploads_media/A_ECONOMIA_E_A_ESCRAVIDO_NO_BRASIL-LEONARDO_SAKAMOTO.pdf)>. Acesso em: 16 jun. 2014.

(44) PORTAL CNJ, *op. cit.*

(45) SAKAMOTO, 2006, *op. cit.*, p. 7.

(46) SAKAMOTO, 2012, *op. cit.*

(47) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2010, *op. cit.*, p. 120.

trabalhistas e de cidadania é importante na luta contra a escravidão.

Entidades como o Ministério Público do Trabalho e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho têm elaborado cartilhas sobre direitos trabalhistas e de cidadania para distribuir a trabalhadores e aos jovens. Programas como “Trabalho, Justiça e Cidadania” têm se multiplicado. Várias empresas e entidades estão desenvolvendo ações de educação e cidadania entre seus trabalhadores e fornecedores.

Além disso, “a oferta de programas de alfabetização, educação complementar e qualificação profissional adequada para estes trabalhadores é essencial para torná-los menos vulneráveis às situações de trabalho escravo”<sup>(48)</sup>.

### **3.10. Acesso às políticas e informações públicas**

Uma pesquisa da OIT revelou que 59,7% dos trabalhadores resgatados do trabalho escravo já tinham passado pela mesma situação antes<sup>(49)</sup>. O Gráfico n. 1 aponta a dificuldade de acesso ao local de trabalho ou a sua distância até a sede do município como motivo relevante para a escravidão do trabalhador. Esses dados indicam que o Estado deve estar mais próximo ao cidadão.

Toda forma de facilitação do acesso aos órgãos de fiscalização, à Justiça, ao Ministério Público e às demais políticas públicas deve ser aprimorada e perseguida. Por isso, vários órgãos públicos estão disponibilizando número de telefones gratuitos, *e-mails*, *links* em suas páginas na internet para que o cidadão possa denunciar e receber a proteção do Estado.

A ampla divulgação dos canais de denúncia, especialmente nas localidades e nos grupos mais sujeitos à escravidão, com campanhas publicitárias, cartazes, folhetos, *folders* etc. é

(48) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011, *op. cit.*, p. 79.

(49) *Id.*, p. 84; PORTAL ESTADÃO, *op. cit.*

essencial para que vítima, familiares e testemunhas possam acionar a ação repressiva do Estado, que deve se fazer mais presente nas localidades mais longínquas.

### **3.11. Perda de bens e condenações pecuniárias**

Depois de anos de tramitação no Congresso Nacional, a Emenda Constitucional n. 81/2014 deu nova redação ao art. 243 da Constituição da República para destinar à reforma agrária e a programas de habitação popular os imóveis rurais e urbanos flagrados com trabalho escravo.

O 2º Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, lançado em 26 de fevereiro de 2013 pela Portaria Interministerial n. 634/2013 do Ministério da Justiça e das Secretarias de Políticas para as Mulheres e de Direitos Humanos da Presidência da República, prevê como metas: combater o tráfico de pessoas, inclusive para fins de trabalho escravo, e a elaboração de anteprojeto de lei para dispor sobre a perda de bens de quem traficar pessoas.

A Justiça do Trabalho tem imposto aos escravagistas elevadas condenações pecuniárias por dano moral individual, em favor do trabalhador, ou coletivo, a ser revertido em prol da sociedade, e, em alguns julgados, por *dumping* social. A divulgação dessas condenações assusta o escravista.

Essas são medidas que visam atingir economicamente quem utiliza e se beneficia do aliciamento de pessoas para fins de trabalho escravo.

## **4. Resultados obtidos**

### **4.1. Antes e logo depois do reconhecimento oficial do problema**

Enquanto o trabalho escravo foi ignorado pelo Poder Público, não havia qualquer ação repressiva. A população desconhecia a realidade e o Brasil omitia-se no seu compromisso internacional de suprimir todas as formas de escravidão, contribuindo, assim, com a

violação dos direitos da pessoa humana. As instituições públicas não tinham estrutura, programas ou aparelhamento para enfrentar o problema.

A partir do reconhecimento dessa triste realidade pelo Governo é que se iniciaram as operações de fiscalização do trabalho. Em seus primeiros anos, as ações desenvolvidas, meramente repressivas, não foram suficientes para erradicar o problema. Os dados da Tabela n. 2 e dos Gráficos ns. 2 e 3 revelam que o número de trabalhadores resgatados entre 1995 até 2003 é, em geral, crescente.

#### **4.2. Impacto da “lista suja”**

Com a implantação dos Planos de Erradicação do Trabalho Escravo, a ampla divulgação do cadastro de empregadores autuados por manter trabalho escravo e a recomendação aos bancos públicos de restrição na concessão de empréstimos a esses empregadores, houve um imediato decréscimo de 44,7% de empregados resgatados em 2005, com repercussões também em 2006 (Tabela n. 2 e Gráficos ns. 2 e 3).

Em que pese o aumento no ano de 2007, houve queda dos números de trabalhadores libertos entre 2008 a 2013, mesmo com o incremento das operações de fiscalização. Em média foram realizadas 152 operações no triênio 2008/2010, 126,8% a mais do que em 2003, e 163 no triênio 2011/2013 e, mesmo assim, o número de trabalhadores resgatados nesses períodos é inferior ao de 2003. Verifica-se no Gráfico n. 3, uma significativa queda, a partir de 2007, na quantidade de empregados resgatados.

Esses resultados apontam que a divulgação da “lista suja” contribui decisivamente para o avanço do combate ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil.

#### **4.3. Mobilização social**

As informações advindas da “lista suja” e a divulgação de notícias provocaram o engajamento da sociedade como um todo na luta contra o trabalho escravo. Se os embargos

econômicos e financeiros e as operações de fiscalização não eliminam, por si só, a escravidão, o conjunto dos esforços da sociedade tem um efeito notável que estão influenciando na expansão dos registros de carteiras de trabalho assinadas na agropecuária<sup>(50)</sup>.

Informações precisas sobre fazendas, localidades e trabalhadores resgatados passaram a ser públicas e importantes para identificação da cadeia produtiva do trabalho escravo e para formulação de um pacto nacional de empresas para erradicar fornecedores incluídos na “lista suja”. Essa mobilização social parece contribuir para a diminuição de trabalhadores resgatados, a partir de 2005.

#### **4.4. Engajamento dos Estados e Municípios**

O conhecimento da realidade de escravidão, de sua dimensão e de sua localização permitiu que Estados da Federação elaborassem planos e organizassem conselhos de combate ao trabalho escravo, especialmente na Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, São Paulo e Tocantins. O 2º Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo<sup>(51)</sup>, lançado em 2008, prevê em sua ação n. 11, o incentivo a esses planos e a colaboração com os conselhos estaduais.

Em Mato Grosso, foi criado um fundo com recursos para o combate à escravidão e com receita, em grande parte, advinda de indenizações fixadas em Termos de Ajustamentos de Condutas firmados perante o Ministério Público.

O relatório final de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) instalada no Município de São Paulo<sup>(52)</sup> propôs um anteprojeto de lei que

(50) REDE DE EDUCAÇÃO CIDADÃ. 2007. Disponível em: <[http://www.recid.org.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=667&Itemid=2](http://www.recid.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=667&Itemid=2)> Acesso em: 16 jun. 2014.

(51) BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. // *Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo*. Brasília: SEDH/PR, 2008. p. 12.

(52) BRASIL. Município de São Paulo, *op. cit.*, p. 57-58.

estabelece a cassação das licenças de funcionamento dos estabelecimentos flagrados com trabalho escravo.

#### **4.5. Aprimoramento da Justiça do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho**

Em face das metas estipuladas pelo 1º Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, foi aprovada a Lei n. 10.770/2003, que criou diversas Varas do Trabalho especialmente em regiões de grande concentração de escravidão. Diversos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) implantaram a Justiça itinerante, onde o juiz e servidores da Justiça deslocam-se para atender à população de municípios distantes e que, em diversos casos, têm fazendas incluídas na “lista suja”.

O Ministério Público do Trabalho tem a Coordenadoria Nacional de Combate ao Trabalho Escravo e frequentemente monta forças tarefas para acompanhar a fiscalização móvel, inclusive para, se for o caso, ingressarem com ações e outras medidas judiciais necessárias para a defesa dos trabalhadores ou para garantir o êxito dessas operações.

#### **4.6. Reações nos Parlamentos**

A divulgação da existência de trabalho escravo e o resultado das operações de fiscalização ensejaram reações em casas do Poder Legislativo nacional, estadual e municipal.

No Congresso Nacional, há a Frente Parlamentar Mista de Combate ao Trabalho Escravo, formada por deputados e senadores, que teve, entre suas metas prioritárias, a aprovação da Emenda Constitucional n. 81/2014.

Em 2012, 184 deputados assinaram o requerimento que criou, na Câmara dos Deputados, a CPI sobre o Trabalho Escravo (já encerrada), com o objetivo de investigar em todo país a exploração da escravidão, em áreas urbanas e rurais.

No Município de São Paulo, a Câmara de Vereadores também instituiu, em 2005, uma

CPI para apurar denúncias de trabalho escravo no setor têxtil daquele município, publicadas por periódicos brasileiros e pelo *The New York Times*, e o descaso do poder público com relação aos imigrantes vítimas dessa prática. Seu relatório final destaca que já havia denúncias por toda a década de 1990 e que existiam cerca de 60 mil bolivianos sem documentos trabalhando em mais de 8 mil oficinas de costuras ilegais<sup>(53)</sup>.

Nasceu na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo a citada Lei Estadual n. 19.946/2013, que, na prática, inviabiliza o exercício da atividade comercial para quem tem na sua cadeia de fornecedores produtos ligados à escravidão.

As informações sobre escravidão provocaram, assim, reações de diversos setores da sociedade, dos meios de comunicação e de diferentes esferas de governo e de Poder, que passaram a se engajar na luta para erradicar esse mal.

### **5. Riscos que ameaçam o combate ao trabalho escravo**

Há alguns riscos que podem ameaçar a efetividade das ações de combate ao trabalho escravo.

#### **5.1. Restrições de acesso à informação**

Desde a implantação da “lista suja”, houve várias tentativas de impedir sua divulgação ou para excluir nome do cadastro.

A Justiça do Trabalho majoritariamente tem considerado constitucional e legal esse cadastro, conforme revelam os seguintes precedentes: TST AIRR n. 63040-27.2007.5.23.0007, TRT da 10ª Região, RO ns. 1260/2005-001-10-00 e 310/3006-811-10-00; TRT da 18ª Região RO n. 377600-14.2009.5.18.0121 e TRT da 23ª Região RO n. 1438/2010-002-23-00. Tramita no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.115/DF proposta pela Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária, cuja relatora

---

(53) *Id.*, p. 9.

é a Ministra Cármen Lúcia, e que discute a constitucionalidade desse cadastro<sup>(54)</sup>.

O cadastro presta relevante serviço à nação brasileira e a proteção da dignidade da pessoa humana, pressuposto de todo arcabouço constitucional e jurídico do país. É sobre esse enfoque que ele deve ser examinado. Não se discute o direito constitucional de ação e de defesa, que é legítimo e fundamental, mas sim a utilização do Judiciário para calar, inibir, censurar ou constranger indevidamente o direito do cidadão ao livre acesso da informação pública contida na “lista suja”.

As Portarias expedidas por Ministro de Estado têm respaldo nos arts. 21, inciso XXIV, e 87, inciso I, da Constituição Federal e no art. 913 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Além disso, a Portaria n. 540 e a Portaria Interministerial n. 2/2011 apenas publicitam o resultado final das atuações referentes ao trabalho escravo; não trazem, em si, qualquer punição.

O portal Pacto Nacional registra todas as exclusões e inserções na “lista suja” e o Ministério do Trabalho e Emprego, quando retira determinado nome e republica o cadastro, insere o motivo de sua divulgação atemporal: exclusão, por ordem judicial, de certa pessoa ou empresa.

Outra limitação de acesso está nas próprias páginas oficiais de órgãos públicos. Nos sites do MTE e da SEDH, não há *link* direto para a “lista suja”, exigindo que o usuário faça buscas para encontrá-la. No caso do MTE, também não há um espaço para denúncias *on-line*, nem indicação de um número de telefone para chamadas gratuitas para esse fim. Isso limita o acesso à informação pública relevante.

A “lista suja” deveria ser divulgada no maior número possível de idiomas. Com isso, qualquer

pessoa do mundo poderia contribuir para o isolamento econômico de quem utiliza do trabalho escravo no Brasil. Essa carência enfraquece o engajamento internacional ao combate ao trabalho escravo no país e a divulgação de notícias sobre esse assunto no exterior.

## 5.2. Uso de “laranjas”

Há risco de pessoas incluídas na “lista suja” comercializarem seus produtos em nome de terceiros, popularmente conhecidos como “laranjas”, que não constam desse cadastro. Nesse caso, como a informação sobre a origem do produto não é verdadeira, o rastreamento, monitoramento e isolamento da cadeia produtiva da escravidão ficam comprometidos.

Para dificultar essa prática, é necessário o cruzamento da “lista suja” com outros dados de caráter público, como notas fiscais e de transporte (conhecimento de transporte, guia de transporte animal), lançamento de impostos (como ICMS), procurações por instrumento público, dados do Sistema de Informações Gerenciais do Serviço de Inspeção Federal e do certificado de vacinação do gado.

## 5.3. Banalização do mal

Outra ameaça está na chamada banalização do mal, expressão cunhada por Hanna Arendt<sup>(55)</sup> em sua obra sobre o julgamento de Adolf Eichman. O mal é banalizado quando uma pessoa age cegamente dentro das regras legais, sem se preocupar com as consequências ruins de seus atos ou com os danos que possam causar aos outros.

O desprezo de algumas pessoas e empresas sobre as informações constantes da “lista suja” revela traços da banalização do mal. Para elas, o fato de alguém constar desse cadastro não tem a menor importância, sequer para seus negócios e transações. A informação sobre trabalho escravo é para elas irrelevante e estéril, pois não traz repulsa nem qualquer modificação ou repercussão no seu modo de agir.

(54) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.115/DF. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5115&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 23 jun. 2014.

(55) ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

Há empresas que são arreadas em firmarem o Pacto Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo e pessoas que não se incomodam em saber que o produto que costuma comprar tem origem em trabalho escravo.

A banalização do mal impulsiona a ausência de responsabilidade social e constitui uma ameaça ao esforço social na erradicação do trabalho escravo.

#### **5.4. Afrouxamento das medidas**

O afrouxamento das medidas de combate ao trabalho escravo é um risco potencial, ainda que, nesse momento, não esteja presente.

Interesses comerciais e de superávit externo; temor de represália internacional; cortes orçamentários e sucateamento da fiscalização do trabalho; falta de empenho e apoio governamental; retrocesso social e relaxamento das medidas já adotadas, entre outros fatores, podem levar ao comprometimento da política pública de erradicação da escravidão. Alguns desses fatores já prejudicam o combate à escravatura em outras nações que têm o mesmo problema.

Felizmente, não há, até esse momento, indícios de que o Brasil esteja relegando esse problema como um objetivo secundário. O 2º Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo mantém como ação n. 1 a prioridade do Estado brasileiro, pelos seus três Poderes e o Ministério Público, na erradicação do trabalho escravo contemporâneo<sup>(56)</sup>, objetivo estratégico do 3º Plano Nacional de Direitos Humanos<sup>(57)</sup>.

#### **5.5. Custo econômico da reinserção social das vítimas**

O custo econômico da reinserção social das vítimas pode ser outro problema para erradicação do trabalho escravo.

No caso de trabalhadores estrangeiros escravizados, por exemplo, o custo da regularização da sua situação e de sua família no Brasil é alto: ultrapassa de R\$ 1.000,00 por pessoa<sup>(58)</sup> e a libertação pode representar o fim da moradia e do rendimento pelo trabalho.

A Lei n. 11.961/2009 concedeu anistia aos imigrantes irregulares que ingressaram no país até 1º.2.2009 (art. 5º) e diminuiu os custos para emissão da Carteira de Identidade de Estrangeiro (art. 4º, inciso I) para cerca de R\$ 100,00. Todavia, esgotado o prazo decadencial de 180 dias (art. 4º), apenas obtiveram a residência provisória cerca de 45 mil imigrantes dos 60 a 300 mil estrangeiros em situações irregular no país<sup>(59)</sup>.

### **6. Conclusão**

O trabalho em condições análogas ao de escravo ainda persiste no Brasil e coloca em xeque as bases do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho e afronta inúmeros direitos humanos fundamentais.

Enquanto as informações da existência de trabalho escravo eram ignoradas ou não entravam nas estatísticas oficiais, as violações de direitos humanos continuavam a acontecer sem repressão do Estado e sem reação da sociedade. Com o reconhecimento do problema, iniciaram-se as operações de fiscalização e o combate a essa prática.

O cadastro de empregadores autuados por manterem trabalho escravo constitui um importante instrumento para o combate à escravidão no Brasil. A sociedade civil, de posse das informações desse cadastro, pode organizar uma reação a essa prática.

Os dados da “lista suja” e das fiscalizações do trabalho permitem restrições de financiamento

(56) BRASIL, Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2008, *op. cit.*, p. 12.

(57) BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. *Terceiro Plano Nacional de Direitos Humanos*. Brasília: SEDH/PR, 2010. p. 69-71.

(58) BRASIL. Município de São Paulo, *op. cit.*, p. 30.

(59) FOLHA DE S. PAULO. *Brasil recebe 57% mais de mão de obra estrangeira*. São Paulo, 5 fev. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/24069-brasil-recebe-57-mais-mao-de-obra-estrangeira.shtml>> Acesso em: 23 jun. 2014.

e empréstimos; realização de pesquisa e monitoramento da cadeia produtiva do trabalho escravo; formação de Pacto Nacional de empresas e instituições para erradicação desse mal; imposição de impedimentos de atividades comerciais; divulgação de notícias nos meios de comunicação social e de campanhas na Internet e suas redes sociais; exposição da imagem e do nome perante a opinião pública; adoção de restrições, pressões e embargos internacionais; desenvolvimento de programas de educação profissional, de cidadania e de direitos humanos e trabalhistas; facilidade de acesso às políticas e informações públicas; e pesadas condenações trabalhistas, entre outras estratégias.

Alguns riscos, contudo, ameaçam o combate a esse mal. Restrições de acesso a dados, uso de “laranjas”, banalização do mal, afrouxamento das medidas em curso e alto custo econômico da reinserção social são desafios a serem superados.

A plena liberdade no trabalho para todos e em condições dignas não é um mero sonho, que tem custado a vida, a saúde, a integridade física e moral e a liberdade de muitos trabalhadores e agentes públicos no Brasil, mas uma realidade possível de ser alcançada. A maior arma de quem escraviza é o silêncio, que esconde a verdade, sufoca a reação, tolera a opressão e aprisiona alguém. O maior trunfo da sociedade é a mobilização, que, a partir do conhecimento da escravidão, e permite o isolamento econômico do escravagista e de sua cadeia produtiva.

## 7. Referências bibliográficas

ANDRADE, Denise Lapolla de P. A. A Lei n. 10.803/2003 e a nova definição de trabalho escravo – diferenças entre trabalho escravo, forçado e degradante. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XV, n. 29, mar. 2005.

ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

AUDI, Patrícia. A escravidão não abolida. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006.

BALES, Kevin. *Disposable people: new slavery in the global economy*. 4. ed. Berkley: University of California Press, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o Trabalho Escravo. *Notas Taquigráficas n. 0475/12*. Brasília, 5ª Reunião, maio 2012. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/54a-legislatura/cpi-trabalho-escravo/documentos/notas-taquigraficas/nt070512-te-3>> Acesso em: 16 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 3.842/2012*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegrajsessionid=C423E633493963439438C0982C3B4836.proposicoesWeb2?codteor=990429&filename=PL+3842/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegrajsessionid=C423E633493963439438C0982C3B4836.proposicoesWeb2?codteor=990429&filename=PL+3842/2012)> Acesso em: 23 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Estado de São Paulo. *Lei n. 14.946, de 28 de janeiro de 2013*. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2013/lei%20n.14.946,%20de%2028.01.2013.htm>> Acesso em: 25 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Estado do Mato Grosso. Secretaria de Estado de Trabalho e Assistência Social. *Governo lança Prêmio Nacional de Jornalismo COETRAE-MT “Dom Pedro Casaldáliga”*. Cuiabá, 8 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.setas.mt.gov.br/conteudo.php?sid=44&cid=1160>> Acesso em: 16 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Ministério da Integração Nacional. *Portaria n. 1.150, de 18 de novembro de 2003*. Disponível em: <[http://www.mi.gov.br/fundos/fundos\\_constitucionais/legislacao/portarias/pm\\_1150.htm](http://www.mi.gov.br/fundos/fundos_constitucionais/legislacao/portarias/pm_1150.htm)> Acesso em: 25 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. *Portaria Interministerial n. 634, de 25 de fevereiro de 2013*. *Diário Oficial da União*. Brasília, 26 fev. 2013, seção I.

\_\_\_\_\_. Ministério do Trabalho e Emprego. *Portaria n. 540, de 15 de outubro de 2004*. Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BF2B6EE26648F/p\\_20041015\\_540.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BF2B6EE26648F/p_20041015_540.pdf)> Acesso em: 23 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Ministério do Trabalho e Emprego. *Portaria Interministerial n. 2, de 12 de maio de 2011*. Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A2E7311D1012FFA7DD87E4E75/p\\_20110512\\_2.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A2E7311D1012FFA7DD87E4E75/p_20110512_2.pdf)> Acesso em: 25 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Ministério do Trabalho e Emprego. *Manual de combate ao trabalho escravo em condições análogas às de escravo*. Brasília: MTE, 2011.

\_\_\_\_\_. Ministério do Trabalho e Emprego. *Cadastro de empregadores — Portaria Interministerial n. 12, de 12 maio de 2011*. 9 jun. 2014. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A468FE52F014696CB2EE35A6A/CADASTRO%20DE%20EMPREGADORES%20ATUALIZAÇÃO%20EXTRAORDINÁRIA%2009-06-2014-1.pdf>> Acesso em: 25 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Ministério do Trabalho e Emprego. Secretaria de Inspeção do Trabalho. *Quadro geral das operações de fiscalização para erradicação do trabalho escravo — SIT/SRTE — 1995 a 2013*. 22 maio 2014. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A45B26698014625BF23BA0208/Quadro%20resumo%20operações%20T.E.%201995%20-%202013.%20Internet.pdf>> Acesso em: 23 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Município de São Paulo. Câmara Municipal de São Paulo. *Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito para apurar a exploração de trabalho análogo ao de escravo*. Relatora Vereadora Soninha. São Paulo, fev. 2006. Disponível em: <[http://www1.camara.sp.gov.br/central\\_de\\_arquivos/vereadores/CPI-TrabalhoEscravo.pdf](http://www1.camara.sp.gov.br/central_de_arquivos/vereadores/CPI-TrabalhoEscravo.pdf)> Acesso em: 23 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo*. Brasília: OIT, 2003.

\_\_\_\_\_. Secretaria Especial de Direitos Humanos. *II Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo*. Brasília: SEDH/PR, 2008.

\_\_\_\_\_. Secretaria Especial de Direitos Humanos. *Terceiro Plano Nacional de Direitos Humanos*. Brasília: SEDH/PR, 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.115/DF*. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5115&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n. 3.412/AL*. Plenário. Redatora Ministra Rosa Weber. Diário de Justiça eletrônico de 12 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. 1ª Turma. *Recurso Ordinário n. 1260/2005-001-10-00*. Relatora Desembargadora Elaine Machado Vasconcelos. Diário de Justiça de 9 mar. 2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. 2ª Turma. *Recuso Ordinário n. 310/2006-811-10-00*. Relatora Desembargadora Heloísa Pinto Marques. Diário de Justiça de 23 mar. 2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. 2ª Turma. *Recurso Ordinário n. 377600-14.2009.5.18.0121*. Relator Desembargador Breno Medeiros. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 8 out. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. 2ª Turma. *Recurso Ordinário n. 1438/2010-002-23-00*. Redatora Juíza Convocada Carla Leal. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 25 out. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista (AIRR) n. 63040-27.2007.5.23.0007*. Relator Ministro Emmanoel Pereira. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 9 mar. 2012.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório n. 95/03, de 24 out. 2003*. Caso n. 11.289. Solução Amistosa. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brazil.11289.htm>> Acesso em: 22 jun. 2014.

FAUZINA, Ana Luiza; et al. *Manual de capacitação sobre tráfico de pessoas*. Brasília: OIT, 2009.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. *Pro-nunciamento de Márcio Cypriano, presidente da Febraban, durante o lançamento da Campanha “Erradicação do Trabalho Escravo”*. Brasília, 13 dez. 2005. Disponível em: <<http://www.febraban.org.br/arquivo/servicos/imprensa/posicao46.asp>> Acesso em: 16 jun. 2014.

FOLHA DE S. PAULO. *Brasil recebe 57% mais de mão de obra estrangeira*. São Paulo, 5 fev. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/24069-brasil-recebe-57-mais-mao-de-obra-estrangeira.shtml>> Acesso em: 23 jun. 2014.

HAFNER-BURTON, Emile M. 2008. Sticks and stones: naming and shaming the human rights enforcement problem. *International Organization*. IO Foundation, n. 68, fall. Disponível em: <[http://irps3.ucsd.edu/ehafner/pdfs/sticks\\_stones.pdf](http://irps3.ucsd.edu/ehafner/pdfs/sticks_stones.pdf)> Acesso em: 22 jun. 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A Ação Civil Pública e a tutela dos interesses individuais homogêneos dos trabalhadores em condições de escravidão. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, Síntese, ano 15, n. 180, maio 2004.

MIRAGLIA, Livia M. M. O combate ao trabalho escravo contemporâneo e a Justiça do Trabalho. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela N.; NUNES, Raquel P. (Coords.). *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010.

MORAES, Maria José S. *Trabalho escravo: da omissão do Estado ao Conatrae passando pela bicicleta do padre Canuto*. São Félix de Araguaia, 17 out. 2007. Disponível em: <[http://www.gptec.cfch.ufrj.br/pdfs/trabalhoescravo\\_genese\\_out2007.pdf](http://www.gptec.cfch.ufrj.br/pdfs/trabalhoescravo_genese_out2007.pdf)> Acesso em: 16 jun. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho escravo no Brasil do século XXI*. Brasília: OIT, 2007.

\_\_\_\_\_. *Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo do Brasil*. Brasília: OIT, 2010.

\_\_\_\_\_. *Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo rural no Brasil*. Brasília: OIT, 2011.

PORTAL CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Empresa que usa trabalho escravo não pode exportar, propõe OIT*. Brasília, 10 set. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/9775-empresa-que-usa-trabalho-escravo-nao-pode-exportar-propoe-oit>> Acesso em: 16 jun. 2014.

PORTAL ESTADÃO. *Reincidência no trabalho escravo chegou a 59%*. São Paulo, 26 out. 2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,reincidencia-no-trabalho-escravo-chegou-a-59-,790577,0.htm>> Acesso em: 17 jun. 2014.

PORTAL PACTO NACIONAL. Disponível em: <<http://www.pactonacional.com.br/>> Acesso em: 15 jun. 2014.

REDE DE EDUCAÇÃO CIDADÃ. 2007. Disponível em: <[http://www.recid.org.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=667&Itemid=2](http://www.recid.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=667&Itemid=2)> Acesso em: 16 jun. 2014.

REPÓRTER BRASIL. *Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo*. 19 maio 2005. Disponível em: <[http://reporterbrasil.org.br/documentos/pacto\\_erradicacao\\_trabalho\\_escravo.pdf](http://reporterbrasil.org.br/documentos/pacto_erradicacao_trabalho_escravo.pdf)> Acesso em: 15 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *Escravidão urbana passa a rural pela primeira vez*. 6 fev. 2014. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2014/02/escravidao-urbana-passa-a-rural-pela-primeira-vez/>> Acesso em: 23 jun. 2014.

SAKAMOTO, Leonardo. A economia do Brasil na escravidão. 5 abr. 2006. Disponível em: <[http://www.carvaocidadao.org.br/media/uploads\\_media/A\\_ECONOMIA\\_E\\_A\\_ESCRAVIDO\\_NO\\_BRASIL-LEONARDO\\_SAKAMOTO.pdf](http://www.carvaocidadao.org.br/media/uploads_media/A_ECONOMIA_E_A_ESCRAVIDO_NO_BRASIL-LEONARDO_SAKAMOTO.pdf)> Acesso em: 16 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *Blog do Sakamoto: direitos humanos, trabalho decente e meio ambiente. O que MRV, Zara e Cosan têm em comum?* 1º ago. 2012. Disponível em: <<http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2012/08/01/o-que-mrv-zara-e-cosan-tem-em-comum/>> Acesso em: 17 jun. 2014.

SIQUEIRA, Túlio M. L. de. O trabalho escravo perdura no Brasil do século XXI. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 52, n. 82, jul./dez. 2010.

VIANA, Márcio Túlio. Trabalho escravo e “lista suja”: um modo original de se remover uma mancha. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região*, Fortaleza, ano XXIX, n. 29, jan./dez. 2006.

VIEIRA, Jorge A. Ramos. Trabalho escravo: quem é o escravo, quem escraviza e o que liberta. *Consultor Jurídico*. 13 nov. 2003. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2003-nov-13/preciso-coragem-combater-trabalho-escravo>> Acesso em: 14 jun. 2014.

# O processo eletrônico da perspectiva do juiz

S. Tavares Pereira<sup>(\*)</sup>(<sup>\*\*</sup>)

## Resumo:

- ▶ Neste artigo, analisam-se três necessárias posturas do juiz, perante o processo eletrônico, como estrategista, como operador/usuário e como teórico do Direito. Por qualquer dos enfoques, entende-se que há um déficit de participação desse personagem no trabalho de transição para o novo cenário justecnológico. Com ideias atinentes ao novo processo, algumas expostas em trabalhos anteriores e outras novas, a abordagem do tema é inovadora porque põe o juiz na posição de observador que se inclui nas próprias observações e estudos. Das diferentes perspectivas propostas, o juiz pode vislumbrar as contribuições que pode e deve dar à conformação do cenário processual em que todos estão mergulhando inexoravelmente pela via do processo eletrônico. Afinal, com ou sem tecnologia, o processo continuará a ser o método de atuação do Estado para adjudicar o Direito, método este entregue à condução do juiz e de aplicação necessária e inescapável na construção do convencimento que legitima a conclusão sentencial. A metamorfose do método, provocada pela tecnologia, não pode significar o esvaziamento dos papéis fundamentais do juiz e nem desfigurar os mecanismos postos ao seu dispor para bem decidir.

## Palavras-chave:

- ▶ Processo eletrônico — Teoria — eNorma — eAto — Transparência tecnológica.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Processo “eletrônico”
- ▶ 3. Mudança apenas de meio
- ▶ 4. O juiz estrategista
  - ▶ 4.1. O Direito deve continuar sendo dos juristas. A subinstrumentalidade da tecnologia
  - ▶ 4.2. O juiz estrategista e o novo instrumento de fazer o processo: diretrizes para a construção do Sepaj

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

programação, banco de dados, direito constitucional, do trabalho e processual do trabalho, em nível de graduação e pós-graduação. Dedicou-se à teoria do processo eletrônico à luz da Teoria dos Sistemas Sociais (Niklas Luhmann).

- ▶ 5. O juiz usuário/operador
- ▶ 6. O juiz teórico
  - ▶ 6.1. A norma tecnológica (eNorma)
  - ▶ 6.2. O novo ato jurídico-processual: ato tecnológico ou eAto
  - ▶ 6.3. A direito fundamental à transparência tecnológica
  - ▶ 6.4. Amplidão das revisões teóricas necessárias
- ▶ 7. Considerações finais
- ▶ 8. Referências bibliográficas

## 1. Introdução

O processo eletrônico é aquele produzido com uma ferramenta especial tecnológica, muito sofisticada, chamada pelo legislador de Sistema Eletrônico<sup>(1)</sup> de Processamento de Ações Judiciais (art. 8º da Lei n. 11.419/2006). Por comodidade, ao longo do artigo, as referências aos vários sistemas (eProc, Projudi, PJe, PJe-JT, Provi) será feita pela sigla SEPAJ (gênero).

Um Sepaj é um sistema técnico que ocupa lugar central no novo processo. Não é à toa que a Resolução n. 136/14, do CNJ, contém 73 vezes a palavra sistema, com sentido de *software*, e estabelece, já em seu art. 1º, que “a tramitação do processo judicial no âmbito da Justiça do Trabalho, a prática de atos processuais e sua representação por meio eletrônico [...] serão realizadas **exclusivamente** por intermédio do [...] PJe-JT regulamentado por esta Resolução”. E não para por aí. O art. 2º estabelece que o PJe-JT fica incumbido do **controle do sistema judicial** em relação à tramitação do processo,

à padronização de todos os dados e informações, à **produção, registro e publicidade dos atos processuais** e ao fornecimento de dados essenciais à gestão. Enfim, sem o sistema não há processo. Então, o sistema não exerce um *role* no processo. Ele é elemento essencial do processo que, aliás, poderá existir sem parte (revelia) e sem advogado. Mas não sem o sistema.

Embora haja inúmeros Sepajs<sup>(2)</sup> sendo utilizados atualmente, um esforço de uniformização está em curso para levar todos os ramos do Poder Judiciário à utilização de um sistema único, o PJe.

Diante do novo processo e de sua ferramenta fundamental tecnológica, o juiz pode postar-se como estrategista — com foco especial para a ferramenta inovadora que a tecnologia lhe oferece — como operador/ usuário e como teórico do Direito. Até agora, em regra, os juízes têm “sofrido o processo eletrônico”. Como meros operadores/usuários, eles têm se desdobrado para fazer o processo da forma e pelos meios que outros pensaram, estratégica, tecnológica e juridicamente. A tese deste trabalho é que isso está errado.

O novo modo de fazer o processo o transforma profundamente. No novo cenário justecnológico, uma postura pró-ativa dos

(1) “[...] assim denominado porque seu procedimento utiliza meios físicos que são o objeto de estudo da parte da física chamada eletrônica [...]”. PEREIRA, S. Tavares. *O processo eletrônico e o princípio da dupla instrumentalidade. Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1.937, 20 out. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11824>> Acesso em: 16 mar. 2009, p. 1. *A eletrônica é “a parte da física dedicada ao estudo do comportamento de circuitos elétricos que contenham válvulas, semicondutores, transdutores etc., ou à fabricação de tais circuitos”.* FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI*. Versão 3.0. São Paulo: Lexikon Informática, 1999.

(2) É interessante que o próprio PJe, do CNJ, apresenta derivação específica para a Justiça do Trabalho — o PJe-JT. Ao seu lado, encontram-se em operação, por exemplo, o eProc, do TRF4, muito festejado, e o Projudi, além do SAJ, um *software* privado, mas que atende à maioria dos TJs, inclusive São Paulo.

juízes, desde cada uma das perspectivas acima (teórica, estratégica e de usuário/operador), parece indispensável, embora isso represente um desafio e tanto, começando pela base de conhecimento.

## 2. Processo “eletrônico”

Há séculos os juristas adjetivam o processo. Mas nunca deixaram o âmbito das ciências humanas: canônico, penal, civil, trabalhista, legal, devido. Os conceitos de tais qualificativos se constroem no âmbito de ciências com as quais os juristas sempre tiveram afinidade.

O adjetivo *eletrônico* é diferente. Trata de uma qualidade que transforma desde a base o procedimento judicial e introduz, no processo, um instrumento tecnológico poderoso, o enigmático *software*, além de uma gama de outras tecnologias que os pretensiosos cientistas alienígenas chamam de *novas tecnologias da informação e da comunicação* (NTICs)<sup>(3)</sup>.

Um pouco aturdidos, os cientistas do Direito estão descobrindo que, doravante, a teorização do Direito exigirá saberes de variadas áreas. As novas tecnologias estão quebrando as pernas das teorias jurídicas puras. O Direito tornou-se incapaz de dar conta, sozinho, de sua própria autorreflexão.

Novos conceitos, especializados e multidisciplinares, são necessários para tratar do processo eletrônico: agente automatizado, automação, interoperação, regra de negócio, iteração recursiva, linkedição, *web Service*, *software*, criptografia etc. Novas categorias científicas estão emergindo (a ideia de eNorma — norma tecnológica — é uma delas!). Portanto, seja com viés compreensivista, seja sob ótica instrumental-reconstrutivista, doravante o aporte tecnológico terá de ser considerado e contemplado dentro de qualquer esquema teórico do Direito e do processo.

(3) Quando se fala em novas tecnologias da informação e da comunicação, vem à baila um feixe de inovações. Algumas são muito visíveis e palpáveis, outras nem tanto. Para uma visão muito rápida do espectro das novas TICs, sugere-se uma consulta à Wikipédia.

## 3. Mudança apenas de meio

Para alguns, nesse amálgama das novas tecnologias com o jurídico, vive-se apenas uma mudança de meio. Não parece o caso.

A tecnologia transforma profundamente as coisas. Ela mudou as geladeiras, os carros, a medicina, as viagens e vai mudar o processo. Além disso, a palavrinha *tecnologia* traz consigo a vastidão de conhecimento das ditas *ciências da complexidade*<sup>(4)</sup>. Delas, destacam-se, para o Direito, as ligadas às teorias dos sistemas, da informação, da comunicação e dos métodos computacionais, todas elas interligadas por profundos laços intelectuais. Um cenário assustador para o jurista, porque desconhecido, desde os saberes até a lógica de base. Entre Carnelutti, Chiovenda, Kelsen e Dinamarco, aparecerão nomes como Wiener e Bateson, Hadamard e Deutsch.

O deontico retornará ao embate com o vetusto e já quase descartado, nas últimas décadas, silogismo clássico da lógica menor. A contingência que o modal-deontico ajudou a introduzir na conclusão silogística para replicar o humano e dar logicidade ao jurídico — *ser e não ser simultâneo, a libertação das causalidades imperativas* — destrói a inescapabilidade da construção formalística. A impossibilidade técnica de reprodução do humano aflorará.

A lógica quântica vai provar que os juristas e o Direito é que têm razão. Ser e não ser simultâneos, eis a questão. A própria natureza é assim, como demonstra o postulado da “superposição”<sup>(5)</sup> no nível quântico. Mas,

(4) Há um mapa atual e esclarecedor desse universo científico disponível em: <<http://sacswebsite.blogspot.com.br/2012/11/new-version-of-complexity-map.html>> Acesso em: 16 jun. 14.

(5) “[...] enquanto num bit clássico os valores lógicos 0 e 1 são mutuamente excludentes [...] essa limitação não ocorre em um 1 q-bit [bit quântico...] Um q-bit pode estar simultaneamente em 0 e 1, pois, como vimos, estados quânticos podem ser superpostos.” OLIVEIRA, Ivan S.; VIEIRA, Cássio Leite. *A revolução dos q-bits: o admirável mundo da computação quântica*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2009. p. 123.

por enquanto e com a computação clássica, o embate será interessante. Introduzir o computador é suprimir a humanidade, a criatividade, a flexibilidade, o “talvez seja, talvez não seja.”

## 4. O juiz estrategista

### 4.1. O Direito deve continuar sendo dos juristas. A subinstrumentalidade da tecnologia

Diante do novo cenário justecnológico, parece necessária, antes de tudo, uma atitude de disposição para aproveitar os saberes exógenos. Usa-se muito pouco, ainda.

Em nenhuma hipótese, entretanto, devem os juristas abdicar de seu papel sistematizador desse amálgama do Direito com a tecnologia. Tratando-se do processo, de que se ocupa precipuamente este artigo, os juízes devem ficar atentos.

O papel subinstrumental (ou duplo instrumental) da tecnologia tem de ser bem estabelecido. O império do Direito deve prevalecer sobre o império da tecnologia.

Nas muitas reuniões de técnicos e juristas para alcançar as especificações necessárias ao desenvolvimento dos Sepajs, uma pergunta estranha acabou sendo vulgarizada. Ela veio do meio empresarial, pelas mãos dos técnicos analistas de sistemas, e hoje já se veem os juristas lidarem com ela com relativa facilidade: *qual a regra de negócio?*

Essa pergunta ocupa enorme espaço nas reuniões porque os técnicos conhecem a tecnologia — ou deveriam conhecer — mas não o negócio dos juízes — interpretar e aplicar a lei. Note-se que, em muitos e variados momentos do preparo do sistema técnico que estabelece e domina o espaço do processo, alguém que não é o juiz condutor do processo tem de fazer definições prévias. Isso significa explicitar as regras de negócio para que possam ser transformadas em programas de computador, em algoritmos.

Ainda que tais definições sejam feitas no âmbito de comitês, a não afinidade dos juristas

com a tecnologia facilita escolhas e decisões que podem privilegiar o tecnológico (facilitar o trabalho dos técnicos e a incorporação tecnológica) e violar o legal, o que não tem sido incomum.

Isso tem posto a *especificação das regras de negócio*, necessárias para municiar o técnico, numa zona de penumbra que preocupa ou, ao menos, deveria preocupar os juízes. A transparência tecnológica parece um reclamo legítimo, conforme reivindicações feitas pelas associações de magistrados no final de 2013 ao CNJ.

Exemplificando: no caso da contestação trabalhista, por conveniências de ordem tecnológica, determinou-se a antecipação da entrega, contrariando uma prática de anos, fundada em expressa disposição legal (CLT, art. 847). Diante da exigência de entrega antecipada, os advogados passaram a entregá-la sob “sigilo”, um caminho sistêmico aberto para atender aos requerimentos de medidas sem ouvida do adverso.

Para os técnicos, a atitude dos advogados representou apenas uma diminuição de trabalho, pois não tiveram de desenvolver caminhos que refizessem, no sistema, as vias consagradas de atuação na Justiça do Trabalho (abertura da defesa em audiência).

Para os juristas, ao contrário, imensas perplexidades foram suscitadas: pode uma resolução alterar a lei? Para cristalizar no sistema, pode-se optar pela resolução regulamentar e abandonar a lei? Pode um advogado quebrar a publicidade do processo e surrupiar à outra parte o acesso à peça entregue? Qual a situação dessa peça que “está e não está” no processo ao mesmo tempo?

Além disso, a alteração, ainda que promovida pelo legislador, deveria ser sistemática para ajustar, por exemplo, a consagrada prática da desistência da ação pelo simples não comparecimento à audiência inicial. Os técnicos desconhecem — e nem têm a obrigação de conhecer — as consequências colaterais dessas inovações feitas para o atendimento do tecnológico. Os

cientistas do Direito, ao contrário, são os responsáveis pela congruência das alterações do Direito (integridade sistêmica).

Como coordenadores e sistematizadores do *amálgama Direito + Tecnologias*, os juízes devem ter presente que “a tecnologia é instrumento a serviço do instrumento — o processo — e, portanto, sua incorporação deve ser feita resguardando-se os princípios do instrumento e os objetivos a serviço dos quais está posto o instrumento”, metaprincípio que denominamos da *subinstrumentalidade (ou da dupla instrumentalidade) da tecnologia*. A tecnologia deve chegar ao processo para otimizar a concretização dos princípios jurídicos processuais e materiais, não para lhes frustrar o alcance e a efetividade.

Do ponto de vista estratégico, portanto, que vislumbra o futuro e estabelece as visões norteadoras da ação aqui e agora para construí-lo, deve-se optar por um cenário em que o tecnológico deve estar a serviço do jurídico, não o contrário.

#### **4.2. O juiz estrategista e o novo instrumento de fazer o processo: diretrizes para a construção do Sepaj**

Há macrodiretrizes<sup>(6)</sup> que podem iluminar e pavimentar o caminho do juiz estrategista, que participa ativamente das definições do instrumento de fazer o processo eletrônico: o Sepaj.

Afinal, como deve ser a ferramenta sistêmica para viabilizar um processo eletrônico capaz de atender aos comandos constitucionais da celeridade e da duração razoável?

(6) Essas diretrizes foram expostas em artigo de 2009 (PEREIRA, S. Tavares. *Processo eletrônico, máxima automação, extraoperabilidade, imaginalização mínima e máximo apoio ao juiz: ciberprocesso*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35515>> Acesso em: 3 abr. 2009) e sumarizadas por Otávio Pinto e Silva em obra de 2013: SILVA, Otávio Pinto e. *Processo eletrônico trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013. p. 278-281.

Ao menos quatro diretrizes estratégicas (princípios) podem ser estabelecidas pelo juiz estrategista.

##### *Princípio do máximo apoio ao juiz*

Segundo a teoria dos sistemas de informação, os sistemas podem ser de transação, de informações gerenciais (SIGs), de suporte à decisão (SSDs) e de suporte estratégico (SSEs)<sup>(7)</sup>. Os juízes precisam de sistemas especiais que os auxiliem a encontrar respostas e a construir decisões.

Os Sepajs brasileiros atuais são SIGs (administram documentos e oferecem relatórios resumidos/informações de rotina para monitorar e controlar a vara e os processos<sup>(8)</sup>), mas deveriam ter viés de SSDs, orientados pelo princípio do máximo apoio ao juiz: “um SEPAJ deve orientar-se pelo apoio máximo à função judicante estrita (ato de julgar).” Posta essa diretriz, o enfoque de desenvolvimento do sistema se transforma para mirar no alvo do processo: a decisão.

Quase dez anos depois da Lei n. 11.419/2006 e os esforços sobre os sistemas, todos eles apresentam enorme vazio de ferramentais de suporte ao juiz, uma decorrência da falta de diretriz sobre os objetivos do sistema. Os analistas de sistema o conceberam sob viés de sistema gerencial e não de sistema de suporte à decisão. Os técnicos jamais perceberam que o sistema ocupa-se do processo — um método que visa à decisão — e apenas marginalmente deve atuar para a facilitação da administração do órgão jurisdicional.

Previa-se que os juízes seriam gargalos do processo eletrônico. Agora isso já está provado.

(7) LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane Price. *Sistemas de informação*. Trad. Dalton Conde de Alencar. Rio de Janeiro: LTC, 1999. p. 346-367.

(8) Mesmo neste quesito são deficientes, como demonstram as constantes reclamações dos servidores. A reivindicação quase unânime dos diretores de secretarias paranaenses, da capital Curitiba, feita de maneira formal em dezembro de 2013, pelo adiamento das implantações do PJe-JT naquele Estado, é paradigmática. Disponível em: <<http://www.amatra9.org.br/?p=7046>> Acesso em: 18 jul. 2014.

O Sepaj deve ter muitas funcionalidades para ajudar o juiz a decidir.

E é útil repetir aqui: **SSDs não são sistemas decisores, mas sistemas de suporte à decisão**, desenvolvidos para ajudar o juiz. Trata-se de um sistema inteligente, rico em instrumentais analíticos para uso do magistrado e seus assistentes.

A Justiça tem de ser cega, mas o Sepaj não. É preciso melhorar o QI do sistema processual porque, na atualidade, ele equipara-se a um guardador de PDFs (um sistema de gestão de documentos — GED). Os juízes podem estabelecer, estrategicamente, que o desejam como ferramenta poderosa e útil de auxílio no trato de dados para facilitar a expedição das decisões.

#### *Princípio da máxima automação*

Trata-se de corolário indispensável à maximização do suporte à decisão.

Na década de 1940, Norbert Wiener, o pai da ciência hoje denominada cibernética — a ciência da automação — concentrava-se na questão crucial da **aceleração das decisões**, à qual dedicou seu gênio matemático.

No capítulo 6<sup>(9)</sup> da obra *Cibernética e sociedade*, de 1948, Wiener discorre para demonstrar as possibilidades de aproximação da nova ciência com o Direito. Ele já previa, na época, o surgimento dos computadores, como são hoje, e da programação (*software*), os quais significam, acima de tudo, *automação*. É bem verdade que, mesmo bem programadas, as máquinas continuam limitadas. Mas são capazes de fazer certas coisas em velocidade que humanos não podem fazer.

Independentemente das desatualizações de pensamento da rapidíssima abordagem jurídica wieneriana no capítulo mencionado<sup>(10)</sup>

(9) WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade*. O uso humano de seres humanos. 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1954. p. 104-110.

(10) “O primeiro dever da lei, quaisquer que sejam o segundo e o terceiro, é o de saber o que deseja [...] os problemas da lei podem ser considerados problemas

(afinal, foi necessário atualizar até Kelsen e Hart, por exemplo, que eram do meio!), é preciso reconhecer que se está concretizando, na atualidade, sua antevisão das contribuições que o computador e o *software* podem dar ao jurídico. E, mais importante, o fundamento maior de todo o movimento atual para a incorporação tecnológica é o mesmo que norteava a obra científica de Wiener: **acelerar decisões, alcançar processos de duração razoável**.

Parece correto pensar que os juízes, então, exijam sistemas aptos a realizar automaticamente tudo que for possível automatizar (*princípio da máxima automação*).

Isso **não significa substituir o juiz onde ele é indispensável: na tomada da decisão**. Decidir exige qualidades humanas, não simuláveis nas máquinas. Mas, da recepção e autuação das peças à preparação de informações para o juiz, o uso da tecnologia deve ser o maior possível. Tal auxílio ajudará o juiz a decidir os litígios com maior perfeição, de forma rápida e com a adequada consideração do que só o humano pode dar à decisão (discurso de adequação, contextualização).

#### *Princípio da imaginalização mínima ou da datificação pertinente*

A expansão de memórias e da capacidade de processamento, assim como dos meios de registro, levou muitos a pensarem que registrar tudo — sons e imagens — e jogar nos autos seria uma caminho de aceleração do processo. Essa visão esquece que sistema é “seleção”<sup>(11)</sup>. Na atualidade, investem-se milhões no desenvolvimento de ferramentais para dar utilidade aos dados coletados abundantemente pelos

---

de comunicação e cibernética. [...] Existem vastos domínios legais onde não há acordo semântico satisfatório entre o que a lei pretende dizer e a situação real que considera. [...] Toda a natureza do sistema legal é a de conflito.”

(11) Sobre o encerramento operativo e a seletividade inerente dos sistemas, ver a aula IV em LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 101 e seguintes.

ferramentais de busca que se vulgarizaram no últimos anos (*big data*). Um esforço neuentrópico incrível para incluir distinções no indistinto descomunal que a mera agregação de dados produz.

O acionamento da tecnologia para acelerar o processo depende, na contramão dos que preconizam o “grava e junta”, de que se ofereçam ao sistema dados imediatamente tratáveis. Isso sempre foi assim e continuará sendo.

Por isso, deve-se aceitar a diretriz segundo a qual “se o dado existir em formato mais adequado para a instrução processual, deve ser desprezada a imagem”. Ela também pode ser formulada assim: “O dado deve chegar ao SEPAJ na forma mais adequada para a máxima automação.” Portanto, *imaginalização* mínima ou *datificação* pertinente.

Não se trata de desprezar a força de uma imagem<sup>(12)</sup>, mas de realisticamente considerar a dificuldade de seu tratamento automático. O que um computador é capaz de extrair de uma imagem escaneada, para produzir informação útil para o magistrado e o processo, é mínimo ou zero. As informações de uma imagem devem ser extraídas, em geral, diretamente pelo homem.

No entanto, no processo eletrônico trabalhista, por exemplo, submetem-se os advogados à prática do escaneamento de envelopes de pagamento e controles de ponto para juntar ao processo, ou seja, informações disponíveis em formato eletrônico, imediatamente tratáveis por algoritmos computacionais (em geral, foram geradas por eles), são transformadas em imagens para juntada aos autos. Isso não se compatibiliza com o princípio da máxima automação em dois sentidos: a) a produção e a alimentação do dado continua mecânica;

(12) Em verdade, as imagens farão parte dos autos processuais, crescentemente. As câmeras que se espalham pelas ruas, edifícios e fábricas, permitem assegurar isso com muita tranquilidade. Daí a formulação do princípio pelo seu segundo enunciado, onde o que se persegue é a pertinência do formato do dado para a obtenção do melhor nível de automação.

e b) fecha-se o caminho para o tratamento inteligente das informações contidas no documento, uma condição necessária para a máxima automação.

Massas de dados representadas por imagens escaneadas são “não processáveis automaticamente” para produzir informação e conhecimento. E o máximo que o computador pode fazer com elas é armazenar, ou esconder, e exibir para que o ser humano, olhando, extraia dali a informação necessária. Quando o juiz quiser ver o envelope de pagamento de determinado mês, não mais correrá as páginas ensebadas dos autos, umedecendo os dedos. Passará imagens na tela do computador — aliás, numa das telas, pois terá de utilizar mais de uma — clicando no mouse ou com *page-up* e *page-down*.

Muitos juízes reclamam da falta de um esquema eficiente de *paginação*, o que seria um mínimo absolutamente necessário. Até o momento, nem mesmo um esquema de referência eficiente das imagens acostadas aos autos virtuais existe (identificadores para o manuseio facilitado e aptos a garantir as referências e ordenações do conteúdo autuado).

A *imaginalização*, portanto, deve ser mínima, e a *datificação* deve ser adequada para a máxima automação. Haverá caminhos tecnológicos para isso? No ambiente virtual, no ciberespaço, os caminhos e as possibilidades ampliam-se drasticamente. É o que demonstra o próximo princípio.

#### *Princípio da extraoperabilidade*

Niklas Luhmann, jussociólogo alemão, é um dos poucos cientistas, da área de ciências humanas, com lugar marcado no mapa das ciências da complexidade<sup>(13)</sup>, graças a uma vida dedicada à elaboração da mais completa e respeitada teoria dos sistemas sociais. Já em *Legitimação pelo procedimento*, de 1969, ele

(13) Disponível em: <<http://sacswebsite.blogspot.com.br/2012/11/new-version-of-complexity-map.html>> Acesso em: 16 jun. 14.

afirmava assumir a tarefa de teorizar o Direito à luz da teoria dos sistemas<sup>(14)</sup>.

Desde a década de 1980, Luhmann defendia que, na teorização dos sistemas, o conceito de conexão se sobrepõe ao de função. Mas a conexão não se esgota em si, como pensam alguns. A presença de conexões não faz surgir um sistema. Elas evidenciam o sistema quando operam. As conexões são relevantes porque é da utilidade delas que se apreende a essência de determinado sistema.

Daí nasce o princípio da *extraoperabilidade*, que estabelece que a conexão deve ser um conceito guia do sistema processual. Sem hermetismos, “um SEPAJ deve ser construído como um subsistema autônomo e estruturalmente acoplado”. Não se trata de mera interoperabilidade, no sentido de simples troca de informação ou de compatibilização/compartilhamento de protocolos. Trata-se, sim, de abertura operacional também, no plano estrutural. Trata-se de *interpenetração*<sup>(15)</sup>. Sistemas insulados, de outros sistemas do PJ ou do mundo, não atendem a esse princípio.

Os juízes podem especificar que o Sepaj deve estabelecer as relações necessárias, com outros sistemas do mundo, para abeberar-se de dados (nível informacional<sup>(16)</sup>) e, inclusive,

de estruturas operacionais (nível estrutural operativo). Ao tempo do lançamento dessas ideias, em 2009, isso não ocorria. Na atualidade, já existem tímidas iniciativas que precisam ser aprofundadas.

## 5. O juiz usuário/operador

O juiz condutor do processo e julgador é também aquele que utiliza o Sepaj e com ele interage reativamente para produzir o resultado útil do processo: a sentença. A Pedagogia chama de *interação reativa* aquela que tem como interlocutores homem e máquina. Em verdade, homem e *software*. De um lado da interação, atua um agente humano. Do outro, um sistema técnico, trivial (Foerster<sup>(17)</sup>), uma função tecnológica pré-programada.

Nessa bifurcação de natureza dos interlocutores (homem e máquina), reside um sério risco para o processo: o da preponderância da função tecnológica. Se se entrega a criação e o controle do espaço virtual em que se desenrola o processo ao sistema técnico com o qual todos os agentes humanos interagem (e isso é feito nos processos eletrônicos!), então, o juiz condutor do processo — que garante a humanidade do processo e faz o fechamento do ciclo interativo pelo ato sentencial — deve zelar para que, pela introdução do elemento tecnológico, não se esvazie ou desvirtue o papel que constitucionalmente lhe está entregue no método de adjudicação do Direito.

Embora o Sepaj possa ser utilizado para fornecer dados gerenciais de toda sorte, para diferentes instâncias, não se deve permitir que a introdução desse sistema técnico na metodologia processual obstaculize, condicione ou interfira na atuação do sistema de sentido (o juiz) ao qual, legitimamente, estão entregues as tarefas de coordenar o andamento procedimental e de entregar a prestação jurisdicional.

(14) LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980. p. 9. : “Este livro procura reconstruir para os modernos sistemas políticos as ideias jurídicas centrais do processo legal com a ajuda de meios sociológicos e principalmente com meios da teoria dos sistemas.”

(15) Sobre interpenetração, sua noção e importância para os sistemas que lidam com a complexidade, ver LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais. Lineamientos para una teoría general*. Tradução para o espanhol de Silvia Pappé e Brunhilde Erker, coord. Por Javier Torres Nafarrate. Nota à versão em língua espanhola de Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, 1998. p. 199-235.

(16) O estabelecimento de bases de dados confiáveis, não voláteis e persistentes faz parte desse arcabouço tecnológico. Ver os itens 7 e 8 de PEREIRA, S. Tavares. *Processo eletrônico no novo CPC: é preciso virtualizar o virtual*. Elementos para uma teoria geral do processo eletrônico. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21242/processo-eletronico-no-novo-cpc-e-preciso-virtualizar-o-virtual>> Acesso em: 3 abr. 2012.

(17) LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas...*, p. 108-110.

A instrumentalização do processo, enquanto método, para roubar-lhe a característica tipicamente humana com que todos contam, precisa ser cerceada.

Entendendo a chegada do sistema técnico ao processo, na sua exata extensão, o juiz que o utiliza (o usuário) saberá exatamente quando essa ferramenta o ajuda, no cumprimento do seu papel constitucional. Perceberá, também, quando a ferramenta interfere e lhe subtrai, ainda que sub-repticiamente, partes substanciais do papel que só ele, o juiz, deve exercer no processo.

Essa subtração pode ocorrer de forma imediata e mediata.

**Imediatamente**, criam-se embaraços para que os resultados ou fins de determinados atos não possam ser alcançados, mesmo por outros meios, como é normal acontecer com a chegada da tecnologia.

Os meios estão sempre muito expostos à interferência da tecnologia. Afinal, tecnologia, pela sua própria definição, trata de *formas de fazer as coisas*. Novas tecnologias são formas novas pelas quais, em geral de maneira mais eficaz, alcançam-se resultados que outras tecnologias não permitiam alcançar ou representavam meios mais custosos para alcançar.

Os resultados, é óbvio, também podem ser impactados pela tecnologia. Mas aí deve prevalecer a análise jurídica do impacto. Sob o enfoque jurídico, o impacto deve afinar-se com uma ideia de otimização do Direito e de seu procedimento de adjudicação.

**Mediatamente**, a subtração de papéis do juiz é bem mais sutil. Ela não se funda na geração de impossibilidades — o resultado continua alcançável! — mas na dificuldade. As pedras postas no caminho acabam desestimulando o viajante. Já se percebe no ar, atualmente, que muitos juízes estão olhando menos os processos, dadas as dificuldades para aceder às peças e depoimentos. Por outro lado, milhões e milhões investidos em segurança poderiam ser jogados no lixo pelas dificuldades

de assinatura das peças que forçariam o repasse de suportes físicos de certificados digitais e seus *pins* a terceiros.

Assistir a uma sessão de turma de um TRT, com uso do PJe, evidencia as dificuldades a que têm sido submetidos os desembargadores para cumprir seu papel revisor. Há poucos dias (início de julho de 2014), uma sessão do pleno do TRT/SC transformou-se numa dramática, solene e multifacetada manifestação contra os problemas gerados pelo sistema. Advogados, desembargadores, membros do MP não se furtaram a expor, em alto e bom som, as dificuldades que têm encontrado para operar o PJe.

O juiz usuário, portanto, deve estar atento às interferências do sistema técnico no sistema de consciência, ou de sentido, que ele representa e a quem está entregue, teleológica, constitucional e legalmente, o exercício do império do Estado.

## 6. O juiz teórico

Está aberto o espaço para a revisão teórica da rica, ampla e bem estabelecida Teoria Geral do Processo. É hora, já, de uma revisita sistemática e profunda à seara fundante do processo.

O juiz, no seu papel eminentemente pragmático, necessitará, em momentos especiais, de um entendimento mais atilado do novo instrumento — possibilidades, construção e vieses —, para salvaguardar o jurídico. Tal compreensão advirá da teoria que, neste momento de franca transição, carece de ajustes.

Pode-se considerar a teoria como as hipóteses empiricamente comprováveis das relações entre dados, um sentido bem talhado para o âmbito das ciências naturais<sup>(18)</sup>. Por outro lado, e numa acepção que mais se afeiçoa ao jurídico, as teorias são “[...] los esfuerzos conceptuales en un sentido muy amplio e indefinido”<sup>(19)</sup>.

(18) JUNKER, Reinhard; SHERER, Siegfried. *Evolução*. Um livro texto crítico. Brasília: SCB, 2002. p. 13.

(19) LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos...*, p. 7.

Com esse sentido, tomam-na Lamy e Rodrigues<sup>(20)</sup> dizendo, em esclarecedora síntese, que a teoria é um conjunto de “[...] conceitos coerentemente sistematizados a respeito de uma determinada realidade. [...] a teoria não fornece o conhecimento direto e imediato da realidade; proporciona os instrumentos que possibilitam a sua apreensão”. E acrescentam que só se tem uma teoria quando um determinado conjunto de conceitos está ordenado, ou seja, “[...] arranjado de forma a constituir um todo unitário e coerente. Essa coerência decorre de os conceitos e ideias que compõem o sistema estarem logicamente estruturados a partir de fundamentos comuns”.

A teoria geral do processo ampara continuamente o juiz. Ele está familiarizado com ela, seus conceitos e relações, embora se abebere diariamente das disposições dogmaticamente postas nos códigos.

Nomes de peso dedicaram-se à teoria geral e os interessados nela voltam-se predominantemente aos clássicos, para dissecar seu pensamento, fazer interpretações e recombinar seus ensinamentos. Como afirma Luhmann, “o que uno no se atreve a lograr, se supone previamente pensado”<sup>(21)</sup>.

Entretanto, o processo eletrônico está em construção, representa um novo paradigma e desatualiza, em muitos aspectos, o fenomenal e respeitado arcabouço teórico que se herdou dos clássicos<sup>(22)</sup>. A complexificação da realidade tem exigido mais e mais avanços da teoria. A isso se soma a revolução tecnológica.

O juiz teórico tem isso em mente e examina com cuidado o novo cenário jurídico-processual em que está imerso. Qualquer que seja

(20) LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Wanderley Rodrigues. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. v. 2. p. 41 e seguintes.

(21) LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos...*, p. 7.

(22) KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997. p. 78.

o sentido em que se tome a palavra teoria, existe sempre “[...] un requisito mínimo en común: la teoría debe abrir posibilidades de comparación”<sup>(23)</sup>.

Este trabalho tem por escopo, entre outros, chamar a atenção do juiz para a necessidade de ler criticamente a teoria geral até agora posta, assim como os códigos que a representam do ponto de vista dogmático.

Em trabalhos anteriores, chamou-se a atenção para duas categorias científicas que parecem exigir, entre muitas outras, novas abordagens no âmbito do processo eletrônico: a norma tecnológica (eNorma) e o ato jurídico tecnológico (eAto).

### 6.1. A norma tecnológica (eNorma)

A *norma tecnológica* ou *eNorma*<sup>(24)</sup> tem características muito próprias, aptas a erigi-la à condição de nova espécie normativa. De fato, a norma jurídica que ganha expressão tecnológica e se transforma num *software*, para se autoaplicar no âmbito de um sistema técnico-processual, é um ente que, embora tenha aparência das normas jurídicas tradicionais, dessas distingue-se nitidamente, por inumeráveis e relevantes aspectos (trivialidade, autoaplicabilidade, pseudocontextualização, invariabilidade, não submissão a discurso de adequação, irreflexividade, hermenêutica heterotópica (prévia), é lógico-formal e não lógico-deontica, não interpretabilidade...).

Os sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais (Sepajss) são sistemas técnicos<sup>(25)</sup> feitos de tais normas autoaplicadoras e

(23) LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos...*, p. 7.

(24) PEREIRA, S. Tavares. *Processo eletrônico, software, norma tecnológica (eNorma) e o direito fundamental à transparência tecnológica*. Elementos para uma teoria geral do processo eletrônico. Disponível em: <<https://docs.google.com/file/d/0B81pFfIVFMJFRUh5SkE3LUxaNHC/edit>> Acesso em: 29 jul. 2013.

(25) Sobre sistemas técnicos e de sentido, é útil a leitura de LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas...*, p. 108-111.

que se inserem na cadeia processual, substituindo sistemas de sentido (humanos). Inumeráveis *agentes automatizados*<sup>(26)</sup> dão corpo a tais sistemas e com eles os demais operadores (sistemas de sentido) interagem reativamente para pôr em movimento o sistema social do processo.

Esmiuçar, entender e descrever essa nova espécie normativa é da maior relevância porque, com sua utilização, afasta-se o homem de muitos e variados momentos do processo. Esse movimento de substituição transforma a base lógica norteadora dos agentes envolvidos (antes um humano, agora um *software*) e, com isso, vai-se da maleabilidade deontica à inflexibilidade lógico-formal, rígida e estruturante de funções tecnológicas.

Os efeitos, nos planos pragmático (da ação) e apobético (dos resultados<sup>(27)</sup>), podem ser

- (26) Os agentes automatizados são entidades tecnológicas: “Para a operacionalização do *workflow* o foco não está nos cargos, mas nas responsabilidades que serão assumidas por pessoa ou agente automatizado que faz parte do processo”. (KRAMMES, Alexandre Golin. *Workflow em processos judiciais eletrônicos*. São Paulo: LTr, 2010. p. 47.)
- (27) “Estado apobético es aquel en se encuentra quien, frente a un problema ha encontrado una solución y ha fracasado y, a continuación, al intentar la solución opuesta, con el mismo resultado negativo, no encuentra solución posible y está condenado a vivir en estado de irresolución.” É evidente que este estado de irresolução é incompatível com o processo, apesar de muito comum em funções tecno-algorítmicas (máquinas triviais no sentido foersteriano). PUYAU, Daus. *Santo Tomás y el cogito cartesiano*. Disponível em: <[http://gt000157.ferozo.com/xxxvi/files/36\\_Daus-Puyau.pdf](http://gt000157.ferozo.com/xxxvi/files/36_Daus-Puyau.pdf)> Acesso em: 16 jun. 2014. Transposta a ideia por Shannon para a Teoria da Informação, ela ganhou os contornos que GITT explica: “We have already recognized that for any given information the sender is pursuing a goal. We have now reached the last and highest level at which information operates: namely, apobetics (the aspect of information concerned with the goal, the result itself). In linguistic analogy to the previous descriptions the author has here introduced the term “apobetics” (from the Greek *apobeinon* = result, consequence). The outcome on the receiver’s side is predicated upon the goal demanded/desired by the sender—that is, the plan or conception. The apobetics aspect of information is the most important of the five levels because it concerns the question of the outcome intended by the sender.” GITT, Werner.

imensos, embora, na aparência, mantenham-se as coisas como eram antes (nos planos sintático e simbólico-semântico).

## 6.2. O novo ato jurídico-processual: ato tecnológico ou eAto

Na tese *Primeiras linhas de teoria geral do processo eletrônico* — doravante mencionada apenas como *Primeiras linhas* —, que Luiz Carlos Roveda<sup>(28)</sup> apresentou no 53º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, o autor chamou a atenção para a questão dos atos processuais, cuja disciplina mereceria uma revisita.

O tema *atos processuais* sempre foi polêmico e ganhou contornos novos no palco do processo eletrônico. Sobre o conceito de ato processual, Fredie Didier Jr. alude a quatro diferentes correntes doutrinárias às quais acresce sua própria visão a) um ato que *produz efeitos no processo* é processual; é a posição de Marco Aurélio Greco<sup>(29)</sup>; b) somente *atos dos sujeitos da relação processual* são processuais; c) um ato é processual se é *praticado no processo* (sede), e d) são processuais os atos *praticados pelos sujeitos processuais no procedimento*. É a posição de Dinamarco<sup>(30)</sup>: “Para ser ato *processual* a conduta humana realizada no processo deve ser dotada de *efeitos sobre este*.” Destacam-se as palavras chaves: *efeito, sujeito e sede*.

*Scientific laws of information and their implications — part 1*. Disponível em: <<http://www.talkorigins.org/faqs/information/gitt.html>> Acesso em: 16 jun. 2014.

- (28) ROVEDA, Luiz Carlos. *Primeiras linhas de teoria geral do processo eletrônico*. Anais do 53º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2013. Disponível em: <[http://www.ltr.com.br/congressos/jornal/direito/jornal\\_direito.pdf](http://www.ltr.com.br/congressos/jornal/direito/jornal_direito.pdf)> Acesso em: 24 jan. 2014.
- (29) GRECO, Marco Aurélio. *Norma jurídica tributária*. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 53.
- (30) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 2, p. 469-471. Diz Dinamarco que “todos os atos do processo são atos dos sujeitos processuais” e “o ato realizado no processo por quem não seja seu sujeito não é *ato processual* e por isso não produz efeitos sobre ele — como seria o caso de uma pessoa estranha à relação processual apresentando contestação em benefício do réu”. Dinamarco trabalha com uma noção ampla de *sujeito processual*.

Pondo sua posição, Didier sugere se distinguam *atos processuais* e *atos do procedimento*, aumentando a confusão. Diz ele que a cláusula de eleição de foro deve ser tida como *ato processual*, mas não como ato do procedimento. Ato processual, para o autor, é gênero de que os atos praticados no bojo do procedimento são espécie. Vê-se logo, sob tal enfoque, que o Sepaj cria o “ambiente do procedimento” e, portanto, os atos do sistema são atos da espécie *atos do procedimento*.

O autor avança, então, para uma definição de ato processual (do gênero): “Todo ato humano que uma norma processual tenha como apto a produzir efeitos jurídicos em uma relação jurídica processual pode ser considerado como um ato processual.”<sup>(31)</sup> Como se vê, para Didier não importa se o ato se insere na cadeia do procedimento ou não. A dependência da norma processual e a alusão à “relação jurídica processual” poderiam suscitar muitas considerações, mas interessa, aqui, um aspecto especial: a vinculação do ato ao homem (humano), algo que Dinamarco também destaca sobremaneira: “[...] condutas humanas realizadas no processo.”<sup>(32)</sup>

Diz o autor, em outros termos: “Assim, *ato processual* é todo aquele comportamento humano volitivo que, considerado pelo Direito como relevante para o processo, está apto a produzir efeitos jurídicos na relação jurídica processual.”<sup>(33)</sup>

Ora, se se admite que agentes humanos estão sendo substituídos por *agentes automatizados* (eNormas, normas tecnológicas que se autoaplicam e com as quais são feitos os sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais), então, é necessário reconsiderar a certeza de que o ato processual tem de ter o

qualificativo de humano: “ato humano”, “comportamento humano volitivo”. A automação fere de morte tal assertiva, válida e precisa para o processo não eletrônico que é eminentemente mecânico, dinâmica e autopoieticamente produzido por sistemas de consciência (ou psíquicos, como queira o leitor).

O *software* permitiu que a cadeia procedimental ganhasse “atos” [...] diferenciados, praticados não mais por humanos mas pela ferramenta de automação por excelência que é o programa de computador. Os agentes automatizados chegaram ao processo, vagarosamente, mas a tendência será sua crescente expansão.

Aliás, marque-se bem, quando a replicação do processo em papel for plenamente alcançada no ambiente virtual (por enquanto há muita dificuldade, ainda, a ser enfrentada!), a evolução sistêmica ocorrerá pela incorporação continuada e crescente da automação nas tarefas e atividades da cadeia procedimental. É por aí que se fará a evolução dos SEPAJS e se cumprirão as promessas constitucionais da razoável duração do processo e da celeridade<sup>(34)</sup>.

Nesse cenário, a evolução ocorrerá pela transferência de ações humanas para a máquina e seus programas. “O catalisador dessa evolução será, exatamente, o avanço tecnológico que permita, cada vez mais, traduzir, em algoritmos eficazes, as funcionalidades que, por enquanto, estão entregues ao humano.”<sup>(35)</sup> O Direito deverá definir os limites dessa transferência, atendidos corolários jurídicos. A decisão não deve ser entregue à tecnologia. A possibilidade tecnológica não é razão suficiente para a incorporação tecnológica no processo e no Direito em geral.

(31) DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. São Paulo: Jus-Podivm, 2010. v.1, p. 265.

(32) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 2, p. 469.

(33) DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil...*, p. 266.

(34) PEREIRA, S. Tavares; KRAMES, Alexandre Golin. Processo judicial eletrônico: agentes automatizados e seus atos. Norma tecnológica e ato tecnológico (eNorma e eAto). *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, São Paulo, n. 46, p. 113-140, especialmente p. 138, mar. 2014.

(35) PEREIRA, S. Tavares; KRAMES, Alexandre Golin. *Processo judicial eletrônico...*, p. 138.

### 6.3 A direito fundamental à transparência tecnológica

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

No final do ano de 2013, associações de magistrados, entre as quais a Anamatra — Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, levaram às instâncias competentes reivindicações de abertura dos códigos dos sistemas aplicados na produção do processo. O PJe, óbvio, pelas pretensões de unificação, estava no foco das atenções.

As associações têm razão. A publicidade é da essência do jurídico e garante-lhe legitimidade.

Se há um sistema processual, é preciso pensar e escrutinar este *software* em termos jurídico-normativos também, não apenas tecnológicos. Somente assim se concretizarão, em plenitude, as exigências de transparência. Não haverá transparência se os juristas, todos eles, não receberem a expressão dos códigos em linguagem que lhes permita entender e acompanhar, sem dificuldades, os meandros pelos quais os sistemas eletrônicos alcançam conclusões a respeito do jurídico. Todas as funções tecnológicas (*software*) que incorporam normas jurídicas, processuais ou materiais, devem ser transparentes nos três sentidos: a) as pessoas devem ter ciência plena e prévia de que a aplicação daquela função está sendo transferida de um humano para um *software*; b) procedimentos democráticos devem permitir a mais ampla participação nos processos de definição da interpretação normativa a ser incorporada (legitimação); e c) do acesso pleno à função, em expressão tecnológica (códigos-fontes) e, principalmente, em expressão em linguagem acessível aos juristas (não técnica).

Em todos os Sepajs, proprietários ou não, do Poder Judiciário ou de terceiros, a obrigação de abertura dos códigos deve ser imperativa, e não preferencial, em relação a todas as instruções técnicas (códigos fontes) com alcance jurídico,

como condição de garantia dos direitos fundamentais processuais.

Um regime adequado para a área, portanto, voltado à concretização máxima dos ditames constitucionais do art. 5º da Constituição, deve fundar-se: a) na explicitação e promoção de regras claras de transparência; b) em conceitos operacionais claros e explícitos de código-aberto, código fechado ou proprietário e confidencialidade de código; c) na distinção dos níveis tecnológico e jurídico das expressões codificadas das normas; e d) na conceituação de *norma tecnológica ou eNorma* (a versão interpretada do texto normativo incorporada num *software*).

Num regime assim, diferenciando-se os níveis jurídico-normativo e tecnológico, dever-se-ia estabelecer plena e irrestrita publicização das *normas tecnológicas*, na linguagem fonte (técnica) em que foi codificada para o sistema processual e a partir da qual as versões executáveis são geradas, e, também, em código jurídico-normativo, que deve ser a expressão, semanticamente válida, para os juristas e o público em geral, da função “trivial” aplicada em linguagem tecnológica, em cada caso. Na lei de *software*, no art. 3º, § 1º, II, encontra-se a menção à “descrição funcional do programa de computador”<sup>(36)</sup>. Entende-se que a descrição jurídico-normativa deva atender a requisitos específicos, em termos da linguagem a ser utilizada e dos conteúdos.

### 6.4. Amplidão das revisões teóricas necessárias

Os subitens anteriores, deste tópico 6, suscitam algumas poucas questões para reflexão teórica, às quais os juízes têm de ficar atentos. O objetivo foi evidenciar desatualizações da teia teórica da TGP, além da fundamentalidade

(36) BRASIL. Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9609.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm)>.

de avanços nas visões de princípios inafastáveis como o do devido processo. Os princípios são tidos como pautas abertas<sup>(37)</sup> que, pela via hermenêutica, permitem o ajuste do ordenamento jurídico às exigências postas pela complexificação das relações jurídicas.

Há muitos desconfortos no ar. Kuhn adverte para o fato de que a emergência de novas teorias é geralmente precedida por um período de insegurança profissional pronunciada, “[...] pois exige a destruição em larga escala de paradigmas e grandes alterações nos problemas e técnicas da ciência normal [...] O fracasso das regras existentes é o prelúdio para uma busca de novas regras”<sup>(38)</sup>. Pensa-se que este seja exatamente o caso.

Legitimidade dos Sepajs, extraoperação (outros sistemas trabalhando para o processo), limites dos autos, prova eletrônica, substituição do deôntico pelo formal, exclusão e inclusão digital e acesso à Justiça, devido processo, unificação dos sistemas (Sepaj único), enfim, há uma miríade de temas a serem considerados, numa revisão do Direito, processual e material, para o cenário justecnológico deste milênio.

## 7. Considerações finais

O processo eletrônico emergiu, no presente século, no cenário do Direito. Os juízes podem postar-se, nesse momento de emergência e reformulação das maneiras de fazer o processo, como meros receptores das novas soluções. Irão operar um processo pensado e implementado por terceiros.

Ora, como os juízes sempre foram os condutores, os operadores e os destinatários da operação processual (imediatamente, é claro,

pois o processo é o método de que se valem para construir o convencimento e expedir suas decisões para as partes) parece mais adequado que se coloquem, proativamente, nos movimentos de inspiração e concepção da nova realidade. Como disse Drucker, o melhor modo de prever o futuro é construí-lo.

Como estrategistas, como usuários e como teóricos do Direito (cientistas da ciência jurídica), os juízes podem fazer suas exigências e dar sua contribuição para que o processo eletrônico signifique otimizações do método de trabalho de que dispõem para desempenhar seu papel.

Espera-se que o presente trabalho inspire os magistrados e suas associações, pelos diferentes enfoques mencionados, a se engajarem proativamente em tudo que está sendo feito nessa fase de transição do processo em papel para o processo eletrônico.

## 8. Referências bibliográficas

BRASIL. *Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9609.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm)> Acesso em: 9 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006*. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 — Código de Processo Civil; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei11419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei11419.htm)> Acesso em: 9 jun. 2014.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: JusPodivm, 2010. v. 1, p. 264-265.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 2, 682p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI*. Versão 3.0. São Paulo: Lexikon Informática, 1999.

GITT, Werner. *Scientific laws of information and their implications — part 1*. Disponível em: <<http://>

(37) Uma fundamentação desta assertiva, inspirada em grandes constitucionalistas da atualidade, é feita em PEREIRA, S. Tavares; ROESLER, Cláudia Rosane. Princípios, Constituição e Racionalidade Discursiva. In: *Mostra de Pesquisa, Extensão e Cultura do CEJURPS, 2006, Itajaí*. Produção Científica CEJURP 2006. Itajaí-SC: Editora UNIVALI, 2006. p. 225-235.

(38) KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas...*, p. 95.

[www.talkorigins.org/faqs/information/gitt.html](http://www.talkorigins.org/faqs/information/gitt.html)  
Acesso em: 16 jun. 2014

GRECO, Marco Aurélio. *Norma jurídica tributária*. São Paulo: Saraiva, 1974.

JUNKER, Reinhard; SHERER, Siegfried. *Evolução*. Um livro texto crítico. Brasília: SCB, 2002. 328 p.

KRAMMES, Alexandre Golin. *Workflow em processos judiciais eletrônicos*. São Paulo: LTr, 2010. 117p.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997. 257p.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Wanderley Rodrigues. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. v. 1, 373p.

LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane Price. *Sistemas de informação*. Rio de Janeiro: LTC, 1999. 389p.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. 414p.

\_\_\_\_\_. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UnB, 1980. 210p.

\_\_\_\_\_. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Tradução para o espanhol de Silvia Pappé e Brunhilde Erker, coordenado por Javier Torres Nafarrate. Nota à versão em língua espanhola de Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, 1998. 445p.

OLIVEIRA, Ivan S.; VIEIRA, Cássio Leite. *A revolução dos q-bits: o admirável mundo da computação quântica*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2009. 159p.

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

\_\_\_\_\_. *Processo eletrônico, software, norma tecnológica (eNorma) e o direito fundamental à*

*transparência tecnológica*. Disponível em: <<http://normatecnologica.blogspot.com>> Acesso em: 29 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. *Processo eletrônico, máxima automação, extraoperabilidade, imaginalização mínima e máximo apoio ao juiz: ciberprocesso*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35515>> Acesso em: 3 abr. 2009.

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

PEREIRA, S. Tavares; KRAMMES, Alexandre Golin. *Processo judicial eletrônico: agentes automatizados e seus atos*. Norma tecnológica e ato tecnológico (eNorma e eAto). *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, São Paulo, n. 46, p. 113-140, mar. 2014.

\_\_\_\_\_; ROESLER, Cláudia Rosane. *Princípios, Constituição e Racionalidade Discursiva*. In: *Mostra de Pesquisa, Extensão e Cultura do CEJURPS, 2006, Itajaí*. Produção Científica CEJURPS006. Itajaí-SC: Editora UNIVALI, 2006. p. 225-235.

PUYAU, Daus. *Santo Tomás y el cogito cartesiano*. Disponível em: <[http://gt000157.ferozo.com/xxxvi/files/36\\_Daus-Puyau.pdf](http://gt000157.ferozo.com/xxxvi/files/36_Daus-Puyau.pdf)> Acesso em: 16 jun. 2014.

ROVEDA, Luiz Carlos. *Primeiras linhas de teoria geral do processo eletrônico*. Anais do 53º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2013. Disponível em: <[http://www.ltr.com.br/congressos/jornal/direito/jornal\\_direito.pdf](http://www.ltr.com.br/congressos/jornal/direito/jornal_direito.pdf)> Acesso em: 24 jan. 2014.

SILVA, Otavio Pinto e. *Processo eletrônico trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013. 325p.

WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade*. O uso humano de seres humanos. 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1954, 190p.

# Deveres resultantes do princípio da cooperação processual: um debate com a doutrina portuguesa

Eduardo Augusto Madruga de Figueiredo Filho<sup>(\*)</sup> e Sérgio Cabral dos Reis<sup>(\*\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ O presente artigo tem o escopo de analisar a adição do princípio da cooperação no texto do Novo CPC. Vale salientar que o foco de estudo será o dever de diálogo que é extraído da máxima da cooperação. Para essa análise, o ordenamento português e o alemão, que consagram o princípio da cooperação, serão utilizados como base para o estudo das principais características do modelo cooperativo, com o objetivo de propor soluções para o ordenamento jurídico brasileiro.

## Palavras-chave:

- ▶ Princípio — Cooperação — Processo Civil Brasileiro — Deveres — Diálogo.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Princípio da cooperação intersubjetiva
- ▶ 3. Dever de esclarecimento
- ▶ 4. Dever de consulta ou diálogo
- ▶ 5. Dever de prevenção
- ▶ 6. Dever de auxílio
- ▶ 7. Considerações finais
- ▶ 8. Referências

(\*) Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade de Coimbra. Especialista em direito processual civil pela Unipê. Professor do Instituto de Educação Superior da Paraíba – IESP. Advogado.

(\*\*) Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Máster em *Teoría Crítica en Derechos Humanos y Globalización* pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, Espanha). Professor efetivo da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Professor da graduação e da pós-graduação do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Professor da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba (ESMAT XIII). Professor convidado da Escola da Magistratura Trabalhista de Pernambuco (ESMATRA VI). Professor convidado da Escola Superior da Advocacia da Paraíba (ESA-PB). Professor convidado da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado da Paraíba (FESMIP-PB). Ex-juiz do trabalho no Paraná e em Sergipe. Juiz do Trabalho na Paraíba.

## Abstract:

- ▶ This study aims to analyze the insertion in the new CPC Brazilian Project cooperations principle. It is noteworthy that the focus of analysis will be the duty of dialogue, extracted from the maximum cooperation. For this analysis, the foreign legal system, which establishes the principle of cooperation, will be used as the basis for the study of the main characteristics of the cooperative model, in order to propose solutions to the Brazilian legal system.

## Key-words:

- ▶ Principle — Cooperation — Brazilian civil procedure — Duties — Dialogue.

## 1. Introdução

A reunião dos pilares principiológicos do processo, no início do diploma legislativo, alinha-se com a tendência das atuais reformas processuais, como o recente CPC português, e vai ao encontro da necessidade de compreender o processo a partir de um afinado diálogo entre o Direito Processual, os Direitos Fundamentais e o Direito Constitucional.

O código projetado afasta-se de um “tratamento puramente privatístico”<sup>(1)</sup>, que se pauta no protagonismo das partes e na figura estática do juiz, bem como do processo social que se embasa nos reclames do Estado Social e no amesquinamento do papel das partes em prol de um juiz interventivo. Superam-se, então, os modelos tradicionais de processo os quais se mostram incapazes de dar respostas humanísticas e éticas aos novos anseios da população.

Percebe-se que o principal antídoto contra o “vírus do autoritarismo”<sup>(2)</sup> é o princípio da cooperação intersubjetiva, que surge como uma enzima que irá aperfeiçoar a aplicação do princípio dispositivo e do inquisitório, expurgando os contornos excessivos ou as

concepções pálidas de tais princípios. A máxima da cooperação tem, assim, o condão de criar uma atmosfera dialogal e cooperante em esferas que antes eram de monopólio apenas das partes ou do juiz.

Por essa razão, a ideia do presente estudo surge da necessidade de defender um terceiro modelo processual tradutor das necessidades de um Estado Democrático de Direito, que deve ser concretizado e solidificado com o desenvolvimento do princípio da cooperação.

É imperioso coletar nos direitos fundamentais, na garantia do processo justo, no princípio da igualdade, no princípio da boa-fé processual, no contraditório e nos deveres da cooperação o material genético que formará o DNA do modelo processual cooperativo.

A melhor doutrina — a que nos filiamos — aponta para a pertinência desse novo modelo, cujo arrimo qualificativo ideal é o cooperativo ou “comparticipativo”<sup>(3)</sup> e encampa o princípio da cooperação como uma de suas linhas mestras na tarefa de obter com brevidade e eficácia a justa composição do litígio.

No mesmo sentido, Mariana França Gouveia concebe o modelo cooperativo como uma terceira via que se distancia dos modelos clássicos e que tem como espinha dorsal o princípio

(1) THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e Partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 103, p. 62, set. 2011.

(2) Expressão dada por Luís Correia de Mendonça, para atacar os modelos inquisitivos e cooperativos de processo. MENDONÇA, Luís Correia de. O vírus autoritário. *Julgar*, n. 1, Lisboa, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 2007.

(3) Expressão criada por Dierle Nunes (NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil*. Pucminas, 2008. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_NunesDJ\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf)> Acesso em: 19 fev. 2013, p. 160-163).

da cooperação, que tenta impor uma mudança de postura a ser adotada pelos sujeitos processuais no curso de todo o processo<sup>(4)</sup>.

Fredie Didier trilha esse caminho, ao defender que, no modelo cooperativo, a condução do processo deixa de ser determinada por atuações exclusivas, seja da parte ou do juiz, para se buscar uma condução cooperativa do processo, sem protagonismos<sup>(5)</sup>, onde não há barreiras ou obstáculos para a comunicação entre os sujeitos processuais.

O código projetado, o primeiro depois da promulgação da atual Constituição, ampara todo o eixo axiológico presente nesta Carta Magna e introduz as bases desse novo modelo processual, humanizador e garantístico, a ser concretizado pela doutrina e pelos operadores do direito.

O projeto de NCPC apresenta como “marco estrutural”<sup>(6)</sup>, como pedra de toque da estruturação do processo o princípio da cooperação intersubjetiva, que almeja a figura de um juiz colaborante, que personifica os anseios democráticos e participativos de um Estado Democrático de Direito.

O modelo cooperativo encontra seu substrato nodal no princípio processual da cooperação intersubjetiva. Tal princípio destina-se a transformar o processo civil em uma comunidade de trabalho” (*arbeitsgemeinschaft, comunione del lavoro*) e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados<sup>(7)</sup>.

É, pois, nesta lógica dialogal que esse novo modelo se espraia, como oportunamente observa Eduardo Grasso, quando afirma que “o juiz, no desenvolvimento do diálogo,

move-se para o nível das partes: a tradicional construção triangular é substituída por uma perspectiva de posições paralelas”<sup>(8)</sup>. A comunidade de trabalho deve, pois, ser compreendida como um feixe de relações colaborativas que se desenvolvem em um plano paralelo, com plena predominância do diálogo.

A correta divisão das funções entre as partes e o tribunal é, indubitavelmente, aquela que impõe que, ao longo de todo o *iter* processual, seja mantido um diálogo entre todos os sujeitos processuais, devendo o processo ser entendido, essencialmente, nas palavras de Costa e Silva, como uma “comunidade de comunicação”<sup>(9)</sup>, que permita uma discussão a respeito de todos os aspectos fáticos e de direito relevantes para o deslinde da causa.

A atividade dos três sujeitos processuais, portanto, deve se entrecruzar mutuamente por meio do diálogo, resultando em uma “*unica forza operosa (unus actus)*”<sup>(10)</sup>, força essa que tem uma direção certa: a descoberta da verdade processualmente possível.

E, nessa perspectiva, enfim, estudaremos o princípio em apreço.

## 2. Princípio da cooperação intersubjetiva

A colocação da ideia de cooperação na categoria de princípios processuais possui vozes contrárias na Alemanha. Filiamo-nos, no entanto, à corrente<sup>(11)</sup> que identifica a máxima

(4) GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na ação declarativa. *Julgar*, n. 1, Lisboa, Associação sindical dos juizes portugueses, p. 46-49, 2007.

(5) DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Português*. Lisboa: Wolters Kluwer, 2010. p. 47.

(6) SOUZA, Artur César de. O princípio da cooperação no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 225, p. 65, nov. 2013.

(7) SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 62.

(8) GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, vol. 21, p. 609, 1966.

(9) SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo — o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 589.

(10) GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, vol. 21, p. 609, 1966.

(11) Cf. GOUVEIA, Luciano Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética do Processo Civil*, n. 6, p. 47, 2006; MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 194, p. 55, abr. 2011.

da cooperação como um princípio que tem origem germânica e corresponde, nas lições de Greger, a “ideias fundamentais que determinam globalmente o termo e o caráter de um processo judicial e definem o conjunto de orientações e comportamentos das partes”<sup>(12)</sup>.

Em Portugal, o princípio da cooperação foi consagrado expressamente no art. 266º/1 do CPC com a reforma de 95/96, sendo tal redação repetida no NCPC português no art. 7º/1 do CPC.

Teixeira de Sousa<sup>(13)</sup> é quem vai desenvolver as linhas mestras do princípio da cooperação no ordenamento português. O eminente doutrinador não confere ao princípio da cooperação eficácia normativa direta capaz de agregar situações não previstas em regras ou subprincípios. Para esse autor, a máxima da cooperação só pode ser aplicada por meio de regras que a concretizem.

O professor de Lisboa defende ainda que a sistemática de funcionamento da cooperação estrutura-se pela expressa previsão de regras que estabeleçam um plexo de deveres impostos ao magistrado: de esclarecimento, de prevenção, de auxílio e de diálogo<sup>(14)</sup>. Assim, tais deveres são consagrados em artigos específicos do ordenamento jurídico português, e não extraídos da cláusula geral da cooperação presente no art. 7º do NCPC (português).

Destaca-se que tal delimitação evidencia os limites do princípio, deixando-os relativamente claros, o que leva o juiz a pautar a sua atuação apenas em consonância com as concretizações normativas legais.

Essa restrição ocasiona um grande empobrecimento de aplicabilidade à máxima da cooperação, pois, de acordo com Costa e Silva,

“ao exigir-se uma norma de concretização, amputa-se este princípio do seu espaço natural de actuação: o de impor uma intervenção justificada diretamente por uma justa composição do litígio”<sup>(15)</sup>.

Defendendo uma posição que amplia os horizontes de aplicação da máxima da cooperação, Fredie Didier, corretamente, afirma que “a eficácia normativa do princípio da cooperação independe da existência de regras jurídicas expressas”<sup>(16)</sup>. Na linha de Humberto Ávila<sup>(17)</sup>, Fredie Didier confere ao princípio da cooperação eficácia normativa direta capaz de impor e tornar devidas condutas necessárias à obtenção de um processo leal e cooperativo, mediante substancial cooperação entre as partes e o juiz.

O estado ideal de coisas que o princípio da cooperação busca promover é a transformação do ambiente processual em uma comunidade de trabalho<sup>(18)</sup>, ou seja, a sua bússola deve ser a transformação do processo em uma comunidade de diálogo, para, dentre outros objetivos, mitigar as desigualdades processuais, valorizar a primeira instância e alcançar a tão almejada justa composição do litígio.

Apesar de o princípio da cooperação já ter reconhecimento jurisprudencial e implícito pela doutrina brasileira, faz-se mister enfatizar o grande salto qualitativo dado pelo projeto de NCPC brasileiro, ao prevê-lo expressamente no rol dos princípios estruturantes do processo<sup>(19)</sup>.

(12) GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. *Revista do Processo*, São Paulo, n. 206, p. 212, abr. 2012.

(13) SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 65.

(14) SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 66.

(15) SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo — o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 591-592.

(16) DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 16. ed. Salvador: JusPODVIM, 2014. vol. 1, p. 91.

(17) ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: de definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

(18) DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Português*. Lisboa: Wolters Kluwer, 2010. p. 51.

(19) Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Desse modo, acreditamos que o art. 6º do projeto deve ser dotado de eficácia normativa direta suficiente, para dar suporte a todo leque de situações que devem ser acobertadas pelos reclames da participação, da lealdade e do ideal cooperativo de processo, dando um maior conteúdo ao princípio da cooperação.

Acontece que os princípios, segundo Humberto Ávila<sup>(20)</sup>, possuem ainda uma eficácia indireta, quando atuam por meio da intermediação de outras normas. Nessa faceta da eficácia da cooperação, as regras exercem um papel fundamental, pois possuem uma função definitiva em relação ao princípio da cooperação, na medida em que definem e delimitam os comportamentos e condutas a serem adotados no intuito de concretizar as finalidades estabelecidas pelo princípio.

O projeto, nessa seara, poderia ter dado passos mais largos, pois não sistematizou o plexo de regras que definem o princípio da cooperação de forma correta no que concerne aos deveres de esclarecimento, prevenção, auxílio e consulta, pois tratou o tema de maneira esparsa<sup>(21)</sup>, como ainda acontece no CPC atual.

De todo modo, impõe-se enfatizar, neste momento, que, a partir da positivação do princípio em comento, deverá haver alteração do modo de atuar do magistrado perante o litígio, imunizando-o do possível autoritarismo judicial. É o que preleciona Mariana França Gouveia<sup>(22)</sup>:

Quanto mais se defender a postura colaborante do magistrado mais autoritarismo lhe retiraremos. Uma magistratura obrigada pela colaboração é a concretização de uma

justiça próxima ao cidadão, de uma justiça ao seu serviço. Uma justiça de igualdade entre todos os homens, independentemente de sua posição concreta.

Nesse contexto, demonstraremos a seguir que o princípio da cooperação impõe ao juiz um feixe de deveres, visando à democratização do processo, impondo-lhe limites e pautando sua conduta pela diligência e responsabilidade quanto à função de prestar tutela jurisdicional.

### 3. Dever de esclarecimento

O dever de esclarecimento tem por escopo primordial aproximar o juiz da realidade, evitando uma decisão baseada em informações incompletas<sup>(23)</sup>. Daí resulta que sempre que o juiz tiver dúvidas a respeito das argumentações, das alegações, dos pedidos ou quaisquer posições em juízo expressadas pelas partes, terá o julgador o poder-dever de pedir o esclarecimento de tais pontos obscuros ou deficientes, o quanto antes, o que torna o processo mais transparente e legítimo.

O termo “esclarecer” pressupõe uma predisposição recíproca dos sujeitos processuais em dialogar e disponibilizar o máximo de informações para a justa solução do caso<sup>(24)</sup>, para que o juiz possa arrear quaisquer dúvidas diante das situações de falta de clareza do raciocínio discursivo<sup>(25)</sup>. Assim, o tribunal tem o dever de se esclarecer junto às partes, e, em contrapartida, estas têm o dever de responder ao pedido de esclarecimento<sup>(26)</sup>.

O dever de esclarecimento é, pois, um instrumento importante, para aquilatar as desigualdades das partes, privilegiando o princípio da

(20) ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: de definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 97.

(21) No mesmo sentido: RAATZ, Igor. Colaboração no processo civil e o projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 192, p. 32, fev. 2011.

(22) GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na ação declarativa. *Julgat*, Lisboa: Associação sindical dos juizes portugueses, n. 1, p. 56, 2007.

(23) SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 65.

(24) CAMPOS, Alyson Rodrigo Correia. “Princípio da Cooperação. Uma perspectiva heraclitana no processo civil”. *Questões atuais sobre os meios de impugnação contra decisões judiciais*. Coordenador Leonardo Carneiro da Cunha. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 32.

(25) SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 64.

(26) SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 65.

paridade de condições, bem como para inibir decisões que extinguem o processo por questões meramente formais.

A principal limitação imposta ao dever de esclarecimento é a linha tênue que separa a imparcialidade da parcialidade judicial. Um primeiro ponto que precisa ser esclarecido é que o escopo direto do dever de esclarecimento não é auxiliar da parte hipossuficiente, atuação mais associada ao juiz paternalista do modelo inquisitivo, o qual despotencializa a função do advogado no processo.

O núcleo de atuação do dever de esclarecimento é delimitado por seu próprio conceito, pois a operacionalidade do poder-dever em causa só deve ser exercido, quando importa que algo deva ser esclarecido ou clarificado. Desta feita, a principal preocupação do juiz cooperativo é potencializar o exercício diligente e efetivo da liberdade das partes, esclarecendo todas as alegações por meio da rede de diálogo que tal dever impõe.

Somente na situação em que a deficiência e a obscuridade do material fático e de direito tiverem sido resultado dos articulados (das peças processuais) de uma parte hipossuficiente, como acontece na maioria dos casos, o dever de esclarecimento ganhará um *plus* funcional, pois, além de esclarecer as dúvidas do julgador a respeito da verdade dos elementos fáticos e jurídicos, desempenhará um importante papel assistencialista, equilibrando o prato da balança para o litigante débil.

Nesses casos, então, a atuação judicial, além de buscar o melhor acerto fático possível, aprimorando as alegações das partes, desempenhará, de forma indireta e sem comprometer sua imparcialidade, uma essencial função de caráter assistencial na concretização da paridade de condições entre as partes.

Nesse sentido, o magistrado não coloca em xeque sua imparcialidade, uma vez que tal dever não incide somente a favor da parte com melhores condições econômicas ou técnicas, mas, sim, em face de qualquer questão que

demande ser esclarecida, para proporcionar um julgamento mais adequado à causa<sup>(27)</sup>.

No ordenamento português, o dever de esclarecimento está previsto no art. 7º, 2º do NCPC, com a seguinte redação:

O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de fato ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

Já no projeto de NCPC brasileiro, não houve a correta sistematização dos deveres oriundos da cooperação em um mesmo artigo. O dever de esclarecimento, portanto, deverá ser extraído da cláusula geral da cooperação (art. 6º do NCPC) e das regras esparsas presentes no projeto de NCPC, como o art. 491, que assevera que o juiz — a título de inspeção judicial, de ofício ou a requerimento da parte — pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

É preciso salientar que tal artigo não remete a uma situação jurídica de mera faculdade (“o juiz pode”), mas a um poder-dever, de caráter não opcional, ou seja, uma vez havendo déficit factual, a atuação do juiz deve ser obrigatória.

Tal situação se dá, pois tal prerrogativa não é concedida ao tribunal no seu interesse exclusivo, mas também no interesse das partes no descobrimento da verdade procurada<sup>(28)</sup>.

Outra regra do projeto de NCPC é o art. 139, VIII, que institui que ao juiz incumbe determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, com intento de inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso. Tal determinação visa a que o juiz tenha um melhor

(27) RAATZ, Igor. Colaboração no processo civil e o projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 192, p. 51, fev. 2011.

(28) SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo — o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 606.

entendimento dos argumentos das partes, para que emita uma decisão baseada na verdade, um dos elementos essenciais da justiça da decisão.

Faz-se importante, ainda, neste momento, delimitar o objeto do dever de esclarecimento, respondendo à seguinte indagação: quais matérias podem ser esclarecidas pelo juiz? A resposta deve ser no sentido de englobar tanto o material fático alegado pelas partes quanto as questões de direito.

No plano fático, o juiz deverá obter esclarecimentos referentes às alegações dos fatos da causa, com o escopo de clarificar, o máximo possível, o seu entendimento com vistas a uma perfeita compreensão da causa e para formar o seu convencimento da melhor maneira possível. Já no que atine às questões jurídicas, o juiz, quando necessário para a justa composição do litígio, deverá requerer esclarecimentos a respeito da posição das partes quanto aos fundamentos de direito do pedido e das exceções<sup>(29)</sup>.

Fredie Didier, analisando o dever de esclarecimento nessa ótica, assevera que, quando o magistrado encontrar-se em dúvida a respeito do preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar o esclarecimento da parte envolvida, em vez de determinar, de forma imediata, a consequência prevista em lei para tal irregularidade processual, como a extinção do processo sem resolução de mérito<sup>(30)</sup>.

É capital salientar, ainda, que a atividade do juiz no pedido de esclarecimento de fatos e de direito deve ser englobada em um “dever geral negativo de proibição de decisões surpresa”<sup>(31)</sup>.

(29) FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 165.

(30) DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 16. ed. Salvador: JusPODVIM, 2014. vol. 1, p. 92.

(31) DEL CLARO, Roberto. *Direção Material do processo*. Tese de Doutorado da USP, 2009, Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-163744/pt-br.php>> Acesso em: 23 jun. 2013, p. 17.

Assim, sempre que o juiz exercite o dever de esclarecimento, deve dar ciência do resultado de tais providências a ambas as partes.

Outra questão é o limite temporal de aplicação de tal dever. De forma direta, o juiz tem o dever de proporcionar a transparência e a clareza o mais breve possível<sup>(32)</sup>. Isso implica uma atitude responsabilizante do julgador que, durante todo o *iter* do procedimento, deve primar pela clarificação e pela transparência do material fático e de direito, assim que perceber a necessidade de um esclarecimento, para que o exercício dos demais deveres de cooperação não possa ser obstaculizado por outros limites a eles impostos, sendo a audiência prévia o momento mais apropriado para o exercício de tal dever.

#### 4. Dever de consulta ou diálogo

O dever de consulta é delineado por Teixeira de Sousa como um dever de caráter assistencial do tribunal perante as partes, de tal maneira que o tribunal não pode decidir uma questão de fato ou de direito, mesmo que seja de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de se pronunciarem e de influenciarem a respeito do destino da causa<sup>(33)</sup>.

Para a correta compreensão do dever de consulta, é necessário estabelecer um diálogo com o princípio do contraditório e perceber que a evolução percorrida pelo contraditório se imbrica com a concretização do dever de diálogo.

A trajetória traçada pelo contraditório é bem atípica e marcada por evoluções e involuções. O cenário social da Idade Média conformou uma acepção dialogal do contraditório, que estruturou um processo de

(32) CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 305.

(33) SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 2000. p. 66.

cariz econômico voltado à descoberta de uma verdade provável, com altas doses de diálogo na solução do caso concreto<sup>(34)</sup>.

Ocorre que, com o surgimento da Idade Moderna, a compreensão do contraditório irá sofrer uma grande involução, passando a ser concebido sob uma óptica estritamente mecânica, de contraposições de teses (dizer-contradizer), como uma mera garantia formal de bilateralidade da audiência<sup>(35)</sup>, inserido em um processo assimétrico em que o juiz buscava a solução do litígio, solitariamente, enfraquecendo a concepção comparticipativa do contraditório dos moldes da Idade Média<sup>(36)</sup>.

Essa concepção logo se mostrou ultrapassada, pois o contraditório estático, de cunho lógico formal, não era suficiente, para ser a trave-mestra do moderno processo civil, que prima pela participação, pela previsibilidade e pela possibilidade de influência efetiva de todos os sujeitos processuais.

É com a consolidação de um Estado Democrático de Direito, portanto, que consubstancia o terreno ideal para a ampliação da noção de contraditoriedade e para refutar a ideia de atos repentinos e inesperados por parte de um órgão público que aplica o direito.

É dessa conjuntura que surge o princípio da cooperação na sua faceta “dever de diálogo”, para atualizar e dinamizar o conceito do contraditório, ressuscitando a essência da concepção medieval, injetando a previsibilidade, participação e influência como elementos essenciais desse novo rosto do contraditório.

(34) MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009. p. 79-82.

(35) THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 168, p. 109-110, fev. 2009.

(36) MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009. p. 84-90.

Destarte, é por meio da interação entre o princípio da cooperação e o princípio do contraditório que surge a ideia de proibição de decisões surpresas.

Tal princípio consubstancia, formalmente, uma nova face do tradicional princípio do contraditório, transformando a tradicional estrutura vertical do processo em uma “estrutura horizontalizada”, mutação esta que resulta de uma adaptação da ideia do contraditório em um verdadeiro afloramento do princípio da cooperação entre as partes e o juiz<sup>(37)</sup>.

O dever de diálogo deve ser visto, então, como uma verdadeira “atualização do princípio do contraditório”<sup>(38)</sup>. Há, assim, um real resgate da concepção, que passa a garantir às partes a influência efetiva no juízo e redimensiona uma acepção mais ampla do contraditório.

Consequentemente, o contraditório é devidamente relido, representando uma faceta evoluída e fortificada da dimensão medieval, inserindo também o juiz como sujeito do contraditório e criando uma verdadeira mesa-redonda de diálogo entre as partes e o juiz.

O contraditório é alçado à condição de pilar de uma concepção democrática de processo<sup>(39)</sup>, tornando tão trilateral quanto possível o debate das questões de fato e de direito no curso do processo.

Percebe-se, assim, que a interação entre os sujeitos processuais por meio do diálogo sobre todos os atos e fatos componentes do processo tem o condão de ampliar o quadro de análise, reduzindo consideravelmente o risco de opiniões preconcebidas e beneficiando a construção de um juízo ponderado, transparente e aberto.

(37) GRAZIOLI, Chiara. *La terza via e il giudice program-mato: spunti sistemicit*. 2008. Disponível em: <www.judicium.it> Acesso em: 10 maio 2013, p. 13.

(38) BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 55.

(39) RAATZ, Igor. *Colaboração no processo civil e o projeto do novo Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 192, p. 193, fev. 2011.

No contexto desse plexo de inovações, o contraditório passa a ser a plataforma de sustentação de um modelo cooperativo de processo, passando a ter estatura constitucional, sendo fundamental para a concretização do processo justo e equitativo.

O direito comparado apresenta enunciados pretensiosos no que atine à proclamação dessa posição do juiz no processo, sendo uma tendência dos novos ares do Processo Civil o redimensionamento do contraditório e a consagração do dever de diálogo.

No Código de Processo Civil Francês, por exemplo, o dever de consulta está expresso no art. 16º, que impõe ao juiz, em todas as circunstâncias, a ativação prévia do contraditório, inclusive no que concerne à adoção de questão de direito não contida na petição inicial, inclusive as de ordem pública<sup>(40)</sup>.

O ordenamento alemão é paradigmático nessa seara, pois consagra tal princípio, primeiramente, na alínea 2ª do § 139 da ZPO:

Caso exista um ponto de vista que não tenha sido reconhecido pela parte ou que tenha sido considerado como irrelevante, pode o tribunal fundar sua convicção sobre os mesmos desde que advirta às partes e lhe outorgue a possibilidade de se expressarem a respeito salvo se tratar de questão secundária. (tradução livre)

A presente alínea é considerada um corolário do julgamento justo e assevera que a corte deve chamar a atenção das partes para qualquer fator que avalia de forma diferente,

(40) Art. 16º do Código de Processo Civil francês: “O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, na sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos *que estes tenham sido objeto de contraditório*. Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha, previamente, intimado as partes a apresentar suas observações.” (In: DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Português*. Lisboa: Wolters Kluwer, 2010. p. 17).

protegendo as partes contra as decisões desconcertantes (“*bewildering decisions*”) ou decisões por emboscada (“*ambush decision*”)<sup>(41)</sup>.

O direito germânico estende, ainda, a proibição de surpresa às matérias que podem ser conhecidas de ofício (alínea 3ª do § 139 da ZPO). De acordo com tal texto legal, o tribunal deve consultar as partes sempre que forem realizados atos de ofício, seja em relação a questões de direito ou de fato, garantindo sempre a manifestação das partes, para que a influência sobre a decisão seja garantida. Vale salientar ainda que, mesmo quando o ponto de vista a ser enveredado pelo juiz é completamente contrário ao das partes, o contraditório deve ser ativado<sup>(42)</sup>.

Em Portugal, o dever de consulta está consagrado no art. 3º, n. 3º, do NCPC, o qual dispõe que o tribunal deve consultar as partes sempre que pretenda conhecer de matéria de fato ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem.

Na Itália, tal princípio foi incluído com a recente reforma de 2009, que consagrou, nos arts. 101 e 183 do “*Codice di Procedura Civile*”, o princípio da proibição da “*sentenza di terza via*”, “*deicisioni solitarie*” ou “*solipsisticamente adottada*”<sup>(43)</sup>, que veda a tomada de decisões surpresas pelo juiz.

Há muito se defende essa nova faceta do contraditório no direito brasileiro, por meio de uma leitura constitucional do contraditório.

(41) HAAS, Ulrich. The Relationship between the judge and the parties under German law. *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway*. Edit by: Volker Lipp and Halvard Haukeland Fredruksen, Mohr Siebeck, 2011. p. 95.

(42) RAGONE, Álvaro J. Pérez; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Incluye artículos de Hanns Prütting y Sandra De Falco, 2006. Disponível em: <www.kas.de.> Acesso em: 23 mar. 2013, p. 52.

(43) CONSTATINO, Roberta. *Principio del contraddittorio e decisioni della “terza via”*. Contabilita-pubblica.it. Disponível em: <http://www.contabilita-pubblica.it/Archivio11/Dottrina/Costatino.pdf> Acesso em: 9 jun. 2013, 2012, p. 1.

Mas, é o projeto de NCPC brasileiro que vem expressamente entrever o contraditório dinâmico, contemplando uma “imbricação entre o dever de consulta e o direito de participação ou colaboração das partes”<sup>(44)</sup>.

No projeto de NCPC, temos dois artigos vetores do dever de diálogo: enquanto o art. 9º assevera que não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes, *sem que esta seja previamente ouvida*, salvo se tratar de tutela antecipada de urgência e das hipóteses de tutela de evidência previstas no código<sup>(45)</sup>, o art. 10 preconiza que, “em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício”.

A fórmula da redação dada pelo legislador ao art. 10 do projeto do NCPC foi correta, pois fomenta a ativação do contraditório prévio sempre que o juiz decida, com base em algum fundamento, que não tenha havido participação das partes.

Defendemos ainda que, sempre que o juiz dispensar a aplicação do contraditório, por manifesta desnecessidade, para evitar a prática de atos inúteis, deverá motivar a sua decisão, pois o juiz não está submetido a uma mera faculdade jurídica, mas a uma verdadeira obrigação censurável com um vício *in procedendo*. Há um vínculo no exercício do poder decisório do juiz, cuja inobservância é sancionada pela nulidade da sentença prolatada em violação ao contraditório.

Importa notar que o dever de diálogo deve englobar, no seu raio de incidência, tanto as

(44) RAATZ, Igor. Colaboração no processo civil e o projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 192, p. 32, fev. 2011.

(45) Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica: I – à tutela antecipada de urgência; II – às hipóteses de tutela antecipada da evidência previstas no art. 306, incisos II e III; III – à decisão prevista no art. 716.

questões de fato quanto as questões de direito. Nessa quadra, ganha relevância a análise da máxima do *jura novit curia*, que determina que, contanto que se respeite o “*objet du litige*”, de acordo com a moldura endoprocessual delineada pelas partes<sup>(46)</sup>, o juiz pode levar em consideração questões de direito que lhe pareçam apropriadas, apesar de não suscitadas pelas partes, e julgar a causa, não estando o julgador confinado à alegação de direito feita pelas partes<sup>(47)</sup>.

Antigamente, havia uma divisão de tarefas estanques entre o juiz e as partes. Estas se preocupavam, exclusivamente, em provar os fatos já alegados, ao passo que aquele se restringia a fazer a subsunção do material fático ao texto normativo considerado por ele o juridicamente mais adequado ao caso.

Tal realidade não se justifica mais em um terreno cooperativo. Montesano assevera que os novos ares do contraditório não eliminam ou atenuam o princípio fundamental do “*iura novit curia*”, pois o juiz continua a ter o poder-dever de identificar a regra aplicável em questão, não estando vinculado às definições legais da causa propostas entre as partes<sup>(48)</sup>.

No entanto, o “*iura novit curia*” recebe uma nova conformação prática, pois o contraditório afeta o modo e o tempo adequados do exercício desse poder-dever<sup>(49)</sup>. A concretização

(46) A indagação de direito sofre constrangimentos endoprocessuais que atinam com a configuração factológica que as partes pretendam conferir ao processo. (Ac. 1860/07.0TVLSB.S1, rel. Santos Bernardino, julgado em 11.3.2010, disponível em: <www.dgsi.pt> Acesso em: 5 abr. 2013.)

(47) Ac. 2005/03 do STJ, rel. Gabriel Catarino, julgado em 27.9.2011, disponível em: <www.dgsi.pt> Acesso em: 5 abr. 2013.

(48) O princípio do *jura novit curia* está consagrado no art. 5º, n. 3, do NCPC português, o qual estabelece que o juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito.

(49) MONTESANO, Luigi. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 55, p. 929, 2000.

do princípio da cooperação acarreta um redimensionamento da máxima “*iura novit curia*”, fazendo com que o juiz consulte previamente as partes e colha suas manifestações a respeito do assunto, antes de aplicar o direito ao caso concreto<sup>(50)</sup>. Nesse ponto, a trilateralidade da decisão é fundamental, para torná-la legítima.

Outra importante manifestação do dever de diálogo é no que atine à necessidade de motivação das sentenças, a qual deve conter uma completa análise das razões arguidas e debatidas pelas partes, para encontrar a solução da controvérsia, pois a justificação dá às partes a possibilidade de controle da decisão jurisdicional.

Há, assim, no modelo cooperativo, uma “assimetria condicionada” no momento da decisão judicial, que obriga o juiz a valorizar o diálogo exercido durante todo o procedimento, devendo analisar todos os argumentos enfrentados durante todo o arco processual<sup>(51)</sup>.

A obrigação do juiz em motivar a sua decisão, portanto, é resultante do Estado Constitucional e de uma visão cooperativa do processo, pois uma sentença devidamente motivada funciona como um comprovante de exercício do contraditório, de forma a atestar que o juiz levou em consideração todos os argumentos utilizados pelas partes.

Nessa senda, há uma confluência nítida entre a colaboração e a segurança jurídica, pois um processo pautado na lógica cooperativa é o mais apto e capaz de tornar a decisão judicial cada vez mais cognoscível<sup>(52)</sup>, transparente e democrática.

## 5. Dever de prevenção

O dever de prevenção é dirigido ao tribunal perante as partes com uma finalidade claramente assistencial, pelo que não implica qualquer dever recíproco destas diante do tribunal. Assim, em face de tal dever, o julgador vê-se incumbido de prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências de suas alegações ou pedidos<sup>(53)</sup>.

E tais déficits ocorrem em razão de a narração dos fatos realizada pelas partes, para o cumprimento do seu ônus de alegação, ser um processo criativo e complexo, que não é realizado de forma passiva ou neutra<sup>(54)</sup> e que suporta os reflexos de diversos fatores, que podem ser de ordem técnica ou econômica.

Por essa razão, um modelo cooperativo exige um perfil de um juiz dinâmico e colaborante na busca da verdade e na garantia da paridade de condições entre os litigantes, e tal intento só será alcançado, se o dever de prevenção for concretizado, para que o juiz possa aconselhar as partes a exercitarem a sua liberdade da forma mais eficiente e efetiva possível.

O juiz não é mais um sujeito estranho em relação à formação dos fatos da causa, não é mais um mero árbitro, é, afinal, um “colaborador” das pretensões dos litigantes, ou melhor, do próprio processo<sup>(55)</sup>.

Uma concretização nítida do dever de prevenção se dá no instituto da emenda à petição inicial. Já no atual CPC, há forte interpretação doutrinária e jurisprudencial que advoga que só há legitimidade no indeferimento da petição inicial, caso o juiz tenha dialogado com a parte a respeito do problema por ela verificado, devendo preveni-las das falhas e vícios que a

(50) CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 209, p. 360, jul. 2012.

(51) PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 219, p. 96, maio 2013.

(52) GROSS, Marco Eugênio. A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 226, p. 124, dez. 2013.

(53) SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 57-66.

(54) TARUFFO, Michele. Narrazioni processual. *Revista do Processo*, São Paulo, TR, n. 155, p. 95, jan. 2008.

(55) MACHADO, Antonio Montalvão. *O dispositivo e os poderes do Tribunal à luz do novo Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 160.

referida peça detenha e concedendo a oportunidade de correção dos defeitos, para que só assim seja possível o indeferimento<sup>(56)</sup>.

A ausência do diálogo, nessa hipótese, pode gerar um círculo vicioso de propositura de sucessivas emendas inúteis. A correção da petição, portanto, não pode ser feita solitariamente pela parte, mas pela transparência e pela participação, sendo certo que o juiz deve indicar, de forma clara e precisa, os vícios a serem sanados, para que a ação se torne útil.

O projeto de NCPC evolui nitidamente nesse sentido, ao redimensionar a emenda à petição inicial sob um prisma cooperativo. O projeto concretiza uma das manifestações do dever de prevenção, ao estabelecer, no art. 322, que é dever do juiz, caso verifique que a petição inicial não preenche os requisitos legais ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito, determinar a emenda ou a complementação da petição inicial, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Um aspecto criticável desse artigo é a não extensão à parte ré da possibilidade de emendar, corrigir ou complementar a sua contestação, o que faz gerar uma violação clara à isonomia entre as partes, como também empalidece o princípio da cooperação.

Já no que atine à faceta do dever de prevenção relativa à possibilidade de alteração do pedido e da causa de pedir, o projeto deixa de dar passos rumo à construção de um modelo cooperativo.

O projeto aprovado pela Câmara dos Deputados estabelece regras excessivamente preclusivas, ao manter a vedação à alteração do pedido e da causa de pedir pelo autor sem a anuência do réu, depois da estabilização da

demanda (até a citação), somente admitindo a mudança com a concordância do réu até o saneamento do processo, conforme o art. 330 do projeto.

Essa estrutura excessivamente rígida impede que a cooperação possa dar os seus reais contributos para a utilidade e a efetividade da ação, como acontece no ordenamento alemão.

Essa opção do legislador deve ser criticada, pois o processo civil moderno caminha para uma ideia de flexibilidade e de porosidade. Os fatos devem poder chegar ao processo mais tarde, sob pena do excesso de preclusão fechar as portas para a justiça. É nítida, portanto, a timidez da reforma no campo da flexibilização do ônus de alegação, que não permite a introdução de fatos essenciais que brotam da instrução do caso.

Assim, o projeto de NCPC brasileiro não está em consonância com essa ideia de maleabilidade, tal como ocorre nos sistemas inglês e alemão, em que se concede ao tribunal uma flexibilidade considerável neste domínio, facultando-se ao juiz a possibilidade, de forma relativamente ampla, de solicitar às partes, no decurso da instância, novas informações factuais<sup>(57)</sup>.

A estrutura alemã, por exemplo, viabiliza a modificação da alteração fática por ter uma estrutura da ação flexível, de tal maneira que o processo está sujeito ao princípio da unidade, e não ao da eventualidade<sup>(58)</sup>, como ocorre no Brasil.

Segundo Paula Costa e Silva<sup>(59)</sup>, essa característica:

(56) MITIDIERO, Daniel Francisco. Bases para construção de um processo civil cooperativo: o Direito processual civil no marco teórico do formalismo – valorativo. Tese de Doutorado, UFRS, 2007. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221?show=full>> Acesso em: 12 jan. 2013, p. 79.

(57) GOUVEIA, Mariana França; GAROUPA, Nuno; MAGALHÃES, Pedro; CARVALHO, Jorge Morais; PINTO-FERREIRA, João P.; DIAS, Lucinda; GUERRA, Patrícia. *Justiça Económica em Portugal. O sistema Judiciário*. Estudo encomendado pela Associação Comercial de Lisboa à Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012. p. 319.

(58) SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 593.

(59) *Ibidem*, p. 594.

Tem reflexo direto no modo como o legislador desenhou a tramitação. Poucos são os atos sujeitos a um prazo, que é fixado de acordo com o prudente arbítrio do tribunal. E mesmo quando a prática do ato depende de prazo, o respectivo decurso não determina uma imediata preclusão do que poderia ter sido deduzido e não foi. Apenas se impede a dedução de nova matéria de facto ou de direito quando os autos são conclusos ao juiz para que seja lavrada a decisão.

No que se refere à possibilidade de alteração do pedido, igualmente, o projeto de NCPC nada evolui nesse sentido. E, mais uma vez, a visão de futuro pode ser encontrada no ordenamento alemão, que redimensiona o princípio do pedido a uma visão compartilhada e dialogal, ao permitir que o juiz em diálogo com as partes possa *sugestionar a alteração do pedido com o intento de tornar a ação útil*.

Assim, o CPC alemão permite no § 263 que, logo que se produza a litispendência, o pedido possa ser alterado ou tolerado, quando o réu autoriza, ou quando o juiz considerá-la pertinente (tal atuação deve ser interpretada em conjunto com o princípio da cooperação, com a proibição de decisões surpresas e com o § 296).

Essas características do modelo cooperativo alemão permitem que o juiz, de forma correta, ao nosso sentir, dialogue com as partes, chegando, até mesmo, a sugerir uma adequação do pedido feito pela parte com o fulcro de tornar a ação útil, privilegiando as decisões de mérito, a justa composição do litígio e a economia processual.

Agindo dessa forma, o juiz colabora, para que as partes se pronunciem de maneira mais completa possível, fazendo com que as mesmas exercitem a sua liberdade da maneira mais efetiva, clara e transparente, sendo lamentável que essa importante possibilidade também não seja vislumbrada no projeto do Novo CPC brasileiro, pois não há norma que atribua esse poder-dever ao julgador.

## 6. Dever de auxílio

Barbosa Moreira já cogitava a possibilidade de o juiz atuar na mitigação das desigualdades substanciais entre as partes por meio da prestação de informações sobre o ônus que lhes incumbe, convidando-as, sugestionando-as a esclarecer e a complementar suas declarações acerca dos fatos<sup>(60)</sup>.

Tal dever é concretizado no ordenamento português com a reforma de 95/96 e reafirmado no NCPC português no art. 7º, n. 4. À luz do entendimento de Teixeira de Sousa, trata-se do dever que o tribunal tem de auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que venham a impedir o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais<sup>(61)</sup>.

O projeto de NCPC brasileiro não possui uma cláusula geral de auxílio, tal como em Portugal. No entanto, podemos extrair tal dever da eficácia integradora do princípio da cooperação consagrado no art. 6º bem como das regras esparsas previstas no código projetado.

Uma das pedras de toque do dever de auxílio no projeto de NCPC se encontra na Seção VI, que regula a exibição de documento ou coisa (arts. 403 a 411). Tal procedimento concede ao juiz o poder de ordenar que a parte exhiba documento ou coisa que se encontre em seu poder.

Nesse caso, o juiz atua como um removedor de obstáculos, auxiliando as partes a superarem suas dificuldades, desde que seja provado que uma delas, por si, não teria como superar tal entrave probatório, conforme a redação do art. 404, III, que assevera que o requerente deverá expor as circunstâncias em que se funda o seu pedido, para afirmar se o documento ou a

(60) MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista Brasileira Direito Processual*, Uberaba, Forense, vol. 49, p. 60, 1986.

(61) SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 67.

coisa existe, e, em caso afirmativo, se está em poder da parte contrária. Importa notar que, caso haja negativa da parte contrária, o juiz permitirá que o requerente prove, por qualquer meio, que essa declaração não corresponde à verdade (art. 405). Saliente-se, ainda, que o dever de colaboração engloba todos aqueles que, de alguma forma, participam do processo, pouco importando se é o caso de terceiro, auxiliar da justiça ou parte<sup>(62)</sup>.

Outra faceta do dever de auxílio decorre do art. 788, III, do projeto do Novo CPC brasileiro, pois concede ao juiz o poder dever de, em qualquer momento do processo, determinar que os sujeitos indicados pelo exequente forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução, como documentos ou dados que tenham em seu poder, impondo-lhes sempre um prazo razoável para o cumprimento.

Sendo assim, o dever de auxílio exerce um papel fundamental na esfera probatória, pois permite que as partes tenham acesso a documentos ou objetos que não estejam sob sua guarda, impedindo que sobre as mesmas recaiam um ônus diabólico, mesmo sendo responsável e diligente no cumprimento dos seus deveres.

É capital perceber que os deveres extraídos da cooperação, já esmiuçados até o presente momento, exercem um papel essencial para a formação da convicção do julgador e para dirimir o quanto possível o estado de dúvida do juiz. Ocorre que, muitas vezes, mesmo com a utilização de todo esse aparato, a parte a quem incumbe provar determinado fato não o faz, e o estado de dúvida permanece.

E o núcleo da discussão reside exatamente no fato de que, muitas vezes, a parte não cumpre satisfatoriamente o seu ônus, não por falta de comprometimento, mas em razão da dificuldade ou até mesmo da impossibilidade de

fazê-lo, situação que gera as chamadas provas diabólicas ou matérias *mala praxis*<sup>(63)</sup>.

Nessas coordenadas, importa indagarmos: como solucionar o problema da prova difícil, impossível ou diabólica<sup>(64)</sup> no Direito Processual Civil?

Em regra, a doutrina clássica e a maioria das legislações<sup>(65)</sup> e <sup>(66)</sup> adotam um posicionamento tradicional, para responder a tais indagações, e encontram como solução natural para semelhantes problemas a consagração de uma “distribuição prévia e abstrata do ônus da prova, que não leva em consideração as peculiaridades do caso concreto<sup>(67)</sup>”, sendo uma regra fixa e estática funcionando apenas como uma norma de julgamento, onde o juiz só focará no *onus probandi* no momento de julgar o pleito, quando, de fato, irá identificar a ausência de provas, para formar o seu convencimento.

Foi percebendo que tais sacrossantas regras apriorísticas de distribuição estática resultam insuficientes e inadequadas que, ainda no século XIX, Jeremy Bentham propunha uma solução diametralmente oposta a essa rigidez, ao defender que o ônus probatório deve

(62) SOUZA, Artur César de. O princípio da cooperação no projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 225, p. 72, nov. 2013.

(63) São os casos onde invariavelmente a parte não consegue provar os fatos que a elas são incumbidos, como nos casos de responsabilidade médica, na identificação negativa dos fatos, alimentos provisórios e relações consumeristas.

(64) PEYRANO, Jorge W. La prueba difícil. *Civil Procedure Review*, v. 2, n. 1:86.96, 2011. Disponível em: <www.civilprocedurereview.com> Acesso em: 11 mar. 2013, p. 86.

(65) No atual ordenamento brasileiro, adota-se, no art. 333, a distribuição rígida do ônus da prova, ao determinar que cabe ao autor o encargo da prova do fato constitutivo do seu direito; enquanto cabe ao réu o ônus de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Essa opção do legislador teve nítida influência da teoria de Chiovenda em razão de sua distribuição estar fundada no interesse e na oportunidade de a parte provar o fato que alegou.

(66) O ordenamento português adota também uma distribuição rígida baseada na teoria das normas de Rosenberg. A sua regulamentação está presente no art. 342 do CC português.

(67) HOFFMANN, Eduardo; CAMBI, Eduardo. Caráter probatório da conduta processual das partes. *Revista do Processo*, São Paulo, RT, n. 201, p. 67, nov. 2011.

ser distribuído não pela função que os fatos exercem no processo, mas em razão do conceito de prova mais fácil (atribui-se o ônus, concretamente, à parte que estiver em melhor condições de provar)<sup>(68)</sup>.

É nesse posicionamento que encontramos as raízes da teoria da distribuição dos ônus probatórios. É somente no final do século XX, todavia, que Jorge Peyrano irá sistematizar e delinear um ponto de equilíbrio entre as regras estáticas excessivamente rígidas e a teoria elástica de citado autor inglês, criando mais um instrumento, para distanciar o juiz das decisões por regra de julgamento.

O processualista argentino irá propor uma “*concepção menos radical*”<sup>(69)</sup>, que funcionará como um mecanismo de correção de eventual injustiça decorrente da aplicação das regras estáticas ao caso concreto, de tal forma que a teoria só se aplica, quando as normas tradicionais resultarem em decisões injustas.

Tal teoria se enquadra, ainda, no ideal de ajustar o processo moderno, o quanto possível, às circunstâncias do caso concreto, evitando-se, ao máximo, abstrações desconectadas com a realidade<sup>(70)</sup>.

Por essa razão, acreditamos que um modelo cooperativo de processo deve se afastar, o máximo possível, deste tipo de decisão, visto que o julgador deve sempre buscar a aproximação da sua decisão com a realidade, utilizando esse instrumento como um “*ultimum remedium*”, por se tratar de uma decisão automática e, muitas vezes, cega do caso concreto.

Feita tal digressão, o que importa é responder à seguinte indagação: a teoria da distribuição

dinâmica do ônus da prova é a que mais se coaduna com um modelo cooperativo de processo?

E a resposta só pode ser afirmativa, pois, como bem afirma Peyrano<sup>(71)</sup>, a teoria possui íntima relação com um processo de corte cooperativo, podendo ser chamada ainda de “princípio da necessária solidariedade”, da “efetiva colaboração das partes com o órgão jurisdicional” ou teoria das “cargas probatórias compartilhadas”.

Portanto, acreditamos que a convivência harmônica, de forma complementar e não excludente, entre as regras estáticas do ônus da prova e a teoria da carga dinâmica é uma espinha dorsal de um modelo cooperativo de processo, de tal forma que a dinamização do ônus da prova, apesar de ser uma espécie de ampliação de poderes do juiz, ao nosso sentir, não é perniciosa, muito pelo contrário, é adequada e salutar e tem o intento de reequilibrar as forças entre os litigantes, viabilizando um processo mais igualitário, justo, cooperativo e paritário.

A distribuição da carga de provar tem relação, ademais, com o dever de colaboração que têm as partes do litígio, no que compreende o aspecto probatório do mesmo. Assim, a carga dinâmica vem ganhando um novo brilho, ao ser analisada sob o enfoque que prega uma ideia de solidariedade e colaboração das partes na etapa probatória do processo<sup>(72)</sup>.

Essa nova dimensão corporifica-se com a valorização da faceta subjetiva do ônus da prova, a qual impulsiona à parte a produção de determinada prova, já que a sua falta, em tese, acarreta julgamento desfavorável ao inerte. Em outras palavras, no campo das regras de conduta, o ônus probatório funciona como

(68) BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: El Foro, 2003. p. 407.

(69) FERNANDES, Elizabeth. *A prova difícil ou impossível (a tutela judicial efetiva no dilema entre a previsibilidade e a proporcionalidade)*. Artigo cedido pela autora no prelo para *Revista Julgar* de setembro de 2013, p. 814.

(70) BARBERIO, Sergio José. Cargas probatorias dinâmicas: ¿qué debe probar el que no puede probar? In: PEYRANO, Jorge W. (Dir.) e WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 101.

(71) PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. (Dir.) e WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 20.

(72) ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. 3. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 85.

um “catalisador da atividade probatória das partes”, o qual tem o escopo de incentivá-las a cooperarem com o processo, e, com isso, evitam-se a falta de prova e o estado de dúvida do juiz<sup>(73)</sup>.

Nessa senda, o ônus deverá recair sobre a cabeça do litigante que está em uma condição mais favorável para a produção de prova, independentemente da posição processual das partes ou da natureza do fato a ser provado<sup>(74)</sup>. Dessa forma, tal teoria tem o escopo de fortalecer o papel das partes no processo e estimular a parte que detenha as melhores condições de produzir as provas imprescindíveis à justa composição do litígio.

Seguindo esse enfoque, em matéria de distribuição da carga probatória, não há espaço para princípios inflexíveis, existindo uma necessidade de cooperação em matéria probatória, de modo que o ônus de provar deverá pesar sobre a parte que goza de “facilidade probatória”<sup>(75)</sup>.

Em vista disso, é essencial armar o juiz com diversos instrumentos no combate à escassez probatória, sendo a carga dinâmica um meio imprescindível capaz de evitar, ao máximo, a formação de provas diabólicas.

Daniel Mitidiero, acertadamente, extrai a teoria do dever de auxílio, que é um dos corolários da cooperação. O juiz deve, pois, no exercício de tal dever, dinamizar o encargo probatório removendo os obstáculos e desobstruindo o *iter* probatório, atribuindo o peso a quem se encontra em melhor posição de provar<sup>(76)</sup>.

(73) CARPES, Artur Thompsen. A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Formalismo-Valorativo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, p. 54, dez. 2006.

(74) PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. (Dir.) e WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 19-20.

(75) Sumario n. 20882 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil. Sentença de 26.3.2011. Disponível em: <<http://www.infojus.gov.ar>> Acesso em: 10 ago. 2013.

(76) MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para construção de um processo civil cooperativo*: o Direito processual civil

Para além da experiência jurisprudencial, o projeto de NCPC brasileiro, pretende consagrar a teoria da carga dinâmica no ordenamento brasileiro, como se observa o texto do art. 380<sup>(77)</sup>.

O presente artigo possui uma redação que merece aplausos. Primeiro, pelo seu caráter sistemático, por incluir a teoria no mesmo artigo referente à distribuição estática. Tal conformação demonstra que a teoria só deve ser aplicada em caráter excepcional, respeitando sempre a distribuição tradicional.

Outro ponto essencial foi o respeito às condicionantes materiais e processuais que balizam uma correta aplicação da teoria dinâmica.

Uma primeira condicionante material está presente no § 1º do art. 380. Ela consiste em analisar a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de cumprimento do encargo, de acordo com distribuição clássica, ou se a parte, *a priori* desincumbida de provar, encontra-se em posição privilegiada<sup>(78)</sup>.

---

no marco teórico do formalismo – valorativo. Tese de Doutorado, UFRS, 2007b. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221?show=full>> Acesso em: 12 jan. 2013, p. 94.

(77) Art. 380. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Nesse caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

(78) MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para construção de um processo civil cooperativo*: o Direito processual civil no marco teórico do formalismo – valorativo. Tese de Doutorado, UFRS, 2007. Disponível em: <[REVISTA TRABALHISTA DIREITO E PROCESSO — ANO 13 — N. 49 ► 115](http://</a></p></div><div data-bbox=)

Dentro dessas coordenadas, Sergio José Barberio defende que a inversão não deve fomentar a inércia e o marasmo do litigante previamente onerado. Este deverá provar, fundamentadamente, que está onerado com uma prova diabólica e que, apesar de todos os esforços, não conseguiu se desincumbir do seu ônus e, ainda, que a contraparte possui melhores condições de prova<sup>(79)</sup>.

Além disso, o juiz poderá se utilizar de indícios, para decidir qual parte detém a melhor condição de provar durante todo o arco processual, para que, só assim, possa dinamizar o ônus da prova de acordo com o caso concreto.

Outra condicionante essencial é de caráter negativo, ou seja, ela não pode existir, para que a carga dinâmica seja viável. A inversão do ônus, portanto, não pode resultar em uma prova diabólica reversa, caso em que a parte onerada com a dinamização passa a encontrar sérias dificuldades de produzir a prova, condição expressa no § 2º do art. 380º do projeto<sup>(80)</sup>.

Como bem atenta Taruffo, a inversão do ônus da prova pode apenas deslocar o problema de uma parte para outra, colocando nas mãos do juiz a predeterminação da sucumbência<sup>(81)</sup>. Destarte, é imprescindível muita cautela do juiz na aplicação da teoria, para que a mesma não seja acusada de autoritária e violadora da justa composição do litígio e da igualdade entre as partes<sup>(82)</sup>.

---

[www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221?show=full](http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221?show=full)  
Acesso em: 12 jan. 2013, p. 95.

(79) BARBERIO, Sergio José. Cargas probatorias dinâmicas: ¿qué debe probar el que no puede probar? In: PEYRANO, Jorge W. (Dir.) e WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 104.

(80) CARPES, Artur Thompsen. A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Formalismo-Valorativo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, p. 94, dez. 2006.

(81) TARUFFO, Michele. Presunzioni, inversione, prova del fatto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 750-751.

(82) PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. (Dir.) e WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 96.

Já as condicionantes processuais são duas: a motivação da decisão e a atribuição do ônus da prova com a correlata oportunidade de provar.

A primeira é a motivação, que está presente no § 1º do art. 380 do projeto, quando condiciona a aplicação da teoria a uma decisão fundamentada, ponto que tem o condão de dar legitimidade à dinamização.

Logo, o juiz deverá fundamentar a razão pela qual não incide a regra estática tradicional ao caso concreto, bem como os motivos que levaram o julgador a considerar que a parte, *a priori* desonerada, possui uma facilidade maior de produzir a prova e ainda a ausência da prova diabólica reversa.

Já a segunda condicionante é a necessidade de o juiz conferir a correlata oportunidade de provar à parte que foi onerada com dinamização, como entrever o § 1º do art. 380 do projeto, quando submete o juiz ao dever de dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, condição capital para estimular a produção probatória da parte.

Outro ponto medular dessa teoria é identificar qual o momento processual ideal, para efetivar a dinamização.

Daniel Mitidiero aponta a audiência preliminar como o *locus* ideal, para realizar a organização prospectiva do processo em tema de prova, de forma oral e em regime de diálogo entre as pessoas do juízo ou, ainda, por escrito. Destaca-se que o mesmo autor vislumbra, corretamente, a possibilidade de tal dinamização ocorrer em momento posterior, desde que seja garantida a correlata oportunidade de provar.

Assim sendo, o presente estudo só defende a aplicação da teoria, se a mesma for feita de forma sistemática e ponderada, de maneira a cumprir todas as condicionantes acima descritas, com o escopo de primar sempre por uma tutela efetiva e uma justa composição do caso concreto.

## 7. Considerações finais

Diante de todo o exposto, cumpre asseverar que o modelo processual cooperativo é o que

mais se coaduna com os países que estão sob a égide de um Estado Democrático de Direito, a exemplo de Brasil e Portugal, e que tais países ainda precisam dar saltos qualitativos na concretização de um modelo cooperativo de processo.

O presente trabalho procurou, por meio da análise dos deveres oriundos da cooperação, contribuir com o projeto de NCPC, estabelecendo críticas e acertos ao projeto aprovado na Câmara dos Deputados e fixando parâmetros interpretativos para as normas legais projetadas no seu âmbito, com vistas a concretizar no Brasil um modelo processual mais democrático e próximo ao cidadão.

É certo, portanto, que o projeto plantou um feixe de raízes para a concretização de um processo leal e cooperativo com a inserção do princípio da cooperação no art. 6º e seus respectivos deveres estabelecidos de forma esparsa no corpo do texto.

Portanto, é preciso que a doutrina e a jurisprudência interpretem esse texto de forma a desenvolver uma plataforma cooperativa no ambiente processual e usando, quando necessário, a força integrativa do princípio da cooperação como forma de suprir as ausências normativas.

Em apertada síntese, os deveres oriundos da cooperação terão o escopo de: (I) possibilitar uma reconstrução dos fatos, a mais próxima possível da realidade, elemento imprescindível para justiça da decisão; (II) privilegiar as decisões de mérito sobre as de forma; (III) permitir o diálogo em espaços que eram de monopólio ou das partes ou do juiz, inclusive no que atine às questões de direito, afastando as decisões surpresas; (IV) permitir uma atuação judicial proativa no sentido de alcançar uma igualdade material; (V) atuar preventivamente, sugerindo às partes atuações que almejem a justa composição do litígio; (VI) viabilizar uma decisão judicial baseada no convencimento do juiz, afastando o quanto possível as decisões baseadas no artificialismo do ônus da prova como regra de julgamento.

É preciso salientar, ainda, que a formação de um modelo cooperativo do processo exige a introdução de uma nova cultura judiciária, um verdadeiro giro de mentalidade.

É imprescindível, portanto, reconhecer que a concretização desse modelo participativo é um processo longo e dificultoso, pois estamos diante de uma releitura de conceitos vitais que, durante anos, enraizaram-se na mentalidade dos sujeitos processuais. Por isso, o sucesso desse novo paradigma está condicionado ao envolvimento e ao comprometimento de todos os operadores do direito, para que essa nova lógica do processo adentre na cultura jurídica hodierna.

O coração do novo processo civil é a compreensão desta nova realidade cooperativa, que deve transformar paulatinamente a cultura judiciária do nosso país. É preciso, pois, afastar certos padrões tradicionais e dogmas processuais ultrapassados, para impor uma nova mentalidade de uma cultura jurídica mais adequada aos vetores estruturantes da processualística hodierna, para que só assim o modelo cooperativo possa sair do papel e apresentar suas potencialidades práticas.

Por conseguinte, de nada adianta consagrarmos o princípio da cooperação e seus deveres em regras processuais, se a mudança não promover uma verdadeira virada Kantiana na prática judicial e na consciência dos operadores do direito, que ainda se encontram arraigadas em concepções formalistas e presas a ideais liberais.

Nesse contexto, sábias são as palavras de Maxland, que acredita que, para que um ordenamento amadureça e se aperfeiçoe continuamente na direção da cooperação, três palavras-chaves são essenciais: “tempo, conhecimento e experiência”<sup>(83)</sup>.

(83) MAXLAND, Henry Jonh. Recent developments in the relationship between judge and parties in Norwegian Courts. In: *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway*. Edit by Volker Lipp and Halvard Haukeland Fredruksen, Mohr Siebeck, 2011. p. 85.

## 8. Referências

ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. 3. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: de definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBERIO, Sergio José. Cargas probatorias dinâmicas: ¿qué debe probar el que no puede probar? In: PEYRANO, Jorge W. (Dir.) e WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. O princípio dispositivo em sentido formal e material. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, I, n. 2, ago. 2000. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5260](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5260)> Acesso em: abr. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 29 jan. 2013.

BELEZA, Maria dos Prazeres. *O ativismo judiciário em matéria probatória e a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova*. 2012. Disponível em: <[https:// docs.google.com](https://docs.google.com)> Acesso em: 23 jun. 2013.

BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: El Foro, 2003.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. O dever de Cooperação no processo civil. *Revista de Processo*, vol. 198, 2011.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)>.

\_\_\_\_\_. *Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei n. 8.046-A de 2010 do Senado Federal* (PLS n. 166/10 na Casa de origem). Código de Processo Civil. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de *Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2014. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1239925&filename=Tramitacao-PL+8046/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1239925&filename=Tramitacao-PL+8046/2010)> Acesso em: 10 maio 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAMPOS, Alyson Rodrigo Correia. Princípio da Cooperação. Uma perspectiva heraclitana no processo civil. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). *Questões atuais sobre os meios de impugnação contra decisões judiciais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. Poderes do Juiz e princípio do Contraditório. *Revista de Processo (Repro)*, São Paulo, ano 36, n. 195, maio 2011.

CARPES, Artur Thompsen. A Distribuição Dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, s/ed., 2006.

CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, guistizia della decisione. *Revista Trimestrale de diritto e procedura civile*, Milano: Dott. A. Giuffrè, mar. 2008.

CONSTATINO, Roberta. *Principio del contraddittorio e decisioni della “terza via”*. Contabillita-pubblica.it, 2011. Disponível em: <<http://www.contabillita-pubblica.it/Archivio11/Dottrina/Costantino.pdf>> Acesso em: 9 jun. 2013.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 209, 2012.

DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven/EUA: Yale University Press, 1986.

DEL CLARO, Roberto. *Direção Material do processo*. Tese de Doutorado da USP, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-163744/pt-br.php>> Acesso em: 23 jun. 2013.

DEXHEIMER, Vanessa Grazziotin. Atuação do Juiz na condução do processo civil no Estado Constitucional. In: *O processo civil no Estado Constitucional*, 2013.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. Jus Podivm, 2014.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Português*. Wolters Kluwer, 2010.

\_\_\_\_\_. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, vol. 198, 2011.

FERNANDES, Elizabeth. *A prova difícil ou impossível (a tutela judicial efetiva no dilema entre a previsibilidade e a proporcionalidade)*. Artigo cedido pela autora no prelo para *Revista Julgar* de setembro de 2013.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2. ed. vol. II. Coimbra: Almedina, 2006.

GILES, Peter. On Deconstruction of the Truth-Postulate by the Mainstream German Doctrine of Civil Procedure. In: *Public and private Justice, Truth and Efficiency in Civil Proceedings*, 2011. Disponível em: <<http://alanuzelac.from.hr/iuc/course2011/PPJ%20course%20materials%202011.pdf>> Acesso em: 9 mar. 2013.

GOUVEIA, Luciano Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: *Revista Dialética do Processo Civil*, n. 6, 2006.

\_\_\_\_\_. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, vol. 172, jun. 2009.

GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na ação declarativa. *Julgar*, Lisboa, Associação sindical dos juizes portugueses, n. 1, 2007.

\_\_\_\_\_; GAROUPA, Nuno; MAGALHÃES, Pedro; CARVALHO, Jorge Morais; PINTO-FERREIRA, João P.; DIAS, Lucinda; GUERRA, Patrícia. *Justiça Económica em Portugal. O sistema Judiciário*. Estudo encomendado pela Associação Comercial de Lisboa à Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, vol. 21, 1966.

GRAZIOLI, Chiara. *La terza via e il giudice program-mato: spunti sistemici*. 2008. Disponível em: <[www.judicium.it](http://www.judicium.it)> Acesso em: 10 maio 2013.

GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 164, out. 2008.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. *Revista do Processo*, vol. 206, 2012.

HAAS, Ulrich. The Relationship between the judge and the parties under German law. In: *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway*. Edit by: Volker Lipp and Halvard Haukeland Fredruksen, Mohr Siebeck, 2011.

JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Almedina, 2002.

LAMEIRAS, Luís Filipe Brites. A importância da colaboração das partes. In: *Regime processual civil experimental*. Simplificação e Gestão Processual, Editora CEJUR, 2008.

LEITÃO, Helder Martins. *Dos princípios básicos em processo civil*. Rio de Janeiro: ELCLA, 1999.

LIRA, Daniel Ferreira; CARVALHO, Dimitri Braga Soares de; QUEIROZ, Pedro Ivo Leite. Aspectos teóricos e práticos do princípio da cooperação no processo civil brasileiro. *Jus Naviganti — Revista eletrônica*, Teresina, ano 17, n. 3.315, 29 jul. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22268/aspectos-teoricos-e-praticos-do-principio-da-cooperacao-no-processo-civil-brasileiro>> Acesso em: 3 abr. 2013.

LISBOA, Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Ministério Público. *Código de Processo de Trabalho*. 2009. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=487&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=487&tabela=leis)> Acesso em: 17 jul. 2013.

LOPES, Luciana Losada Albuquerque. *O ônus de afirmar e a formação de um processo justo*. 2009. Tese de Doutorado, Universidade Gama Filho. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/do wnload/teste/arqs/cp128501.pdf>> Acesso em: 6 jun. 2013.

MACHADO, Antonio Montalvão. *O dispositivo e os poderes do Tribunal à luz do novo Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

MAXLAND, Henry Jonh. Recent developments in the relationship between judge and parties in Norwegian Courts. In: *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway*. Edit by Volker Lipp and Halvard Haukeland Fredruksen, Mohr Siebeck, 2011.

MENDES, Paula. *Código de Processo Civil*. 26. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

MENDONÇA, Luís Correia de. O vírus autoritário. *Julgar*, Lisboa: Associação Sindical dos Juizes Portugueses, n. 1, 2007.

MESQUITA, Luís Miguel Andrade. *Código de Processo Civil*. 10. ed. 2011.

\_\_\_\_\_. Em Audiência parlamentar no âmbito da apreciação na especialidade da Proposta de Lei n. 113/XII/2ª (GOV) – “Aprova o Código de Processo Civil”, proferia no dia 26.2.2013. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudiencia.aspx?BID=94628>> Acesso em: 3 ago. 2013.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o Direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese de Doutorado, UFRS, 2007b. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221?show=full>> Acesso em: 12 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A), CPC: resposta à crítica de José Tesheiner. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 32, n. 144, fev. 2007a.

\_\_\_\_\_. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lênio Streck. *Revista de Processo*, vol. 194, 2011.

\_\_\_\_\_. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista do TST*, Brasília, vol. 78, n. 1, jan./mar. 2012.

\_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESANO, Luigi. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 55, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista Brasileira Direito Processual*, Uberaba: vol. 49, 1986.

NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil*. PUCminas, 2008. Disponível

em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_NunesDJ\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf)> Acesso em: 19 fev. 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2011. Disponível em: <[www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-f%20ormata-do.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-f%20ormata-do.pdf)> Acesso em: 9 jan. 2013.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. *Revista de Processo*, ano 38, maio 2013.

PEYRANO, Jorge W. La prueba difícil. *Civil Procedure Revue*, v. 2, n. 1:86.96, 2011. Disponível em: <[www.civilprocedurereview.com](http://www.civilprocedurereview.com)> Acesso em: 11 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. (Dir.) e WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

RAGONE, Álvaro J. Pérez; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Incluye artículos de Hanns Prütting y Sandra De Falco, 2006. Disponível em: <[www.kas.de](http://www.kas.de)> Acesso em: 23 mar. 2013.

ROSA, André Vicente Pires. Igualdade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

SANTOS, Igor Raatz dos. Processo, Igualdade e Colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 192, fev. 2011.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Tópicos sobre a colaboração com a instrução probatória. *Revista Jurídica*, ano 58, n. 366, 2008.

SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo — o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apreciação de alguns aspectos da revisão do processo civil — Projecto*. 1993.

Disponível em: <<http://www.oa.pt/upl/%7B1f4872ce-7b18-4a56-b709-fb8d028681d2%7D.pdf>> Acesso em: 11 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre o novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Editora: Lex, 1997.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Editora: Lex, Lisboa, 2000.

\_\_\_\_\_. Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu? In: *Novos Rumos da Justiça Cível*. Conferência Internacional. Coimbra Editora, 2008.

SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz. *Revista de Processo*, ano 35, n. 183, 2010.

\_\_\_\_\_. O princípio da cooperação no projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 225/2013, nov. 2013.

TARUFFO, Michele. Narrazioni processuali. *Revista do Processo*, São Paulo, n. 155, 2008.

\_\_\_\_\_. Presunzioni, inversione, prova del fatto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Giuffrè, ano XLVI, 1992.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e Partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 103, 2011.

\_\_\_\_\_. Processo Justo e Contraditório Dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, ano VI, n. 33, 2009.

\_\_\_\_\_. Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz. *Revista Autônoma de Processo*, Curitiba, n. 01, dez. 2006.

\_\_\_\_\_; NUNES, Dierle Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, ano 34, n. 168, 2009.

# Interdito proibitório na Justiça do Trabalho

Humberto d'Ávila Rufino<sup>(\*)</sup>

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Da ação de interdito proibitório
- ▶ 3. O uso dos interditos proibitórios na Justiça do Trabalho e o exercício do direito de greve
- ▶ 4. Hipóteses de cabimento do interdito proibitório na Justiça do Trabalho
- ▶ 5. Hipóteses lícitas para a obstrução do acesso ao local de trabalho
- ▶ 6. Considerações sobre a liminar nos interditos proibitórios
- ▶ 7. Conclusão
- ▶ 8. Referências bibliográficas

## 1. Introdução

A motivação — e o enfoque principal — que conduz o presente estudo encontrou sua razão de ser em notícias informando certa tendência dos Tribunais à criminalização dos movimentos sociais, especialmente as greves. Mais acentuadamente, isso se faz sentir perante a Justiça Comum do que junto à Justiça do Trabalho, uma vez que a inclinação jurisprudencial deste ramo do Judiciário se modificou substancialmente com a reforma constitucional competencial ocorrida no ano de 2004.

A comunicação, por intermédio da mídia — escrita ou falada — a respeito da ocorrência de um movimento de greve, sempre conduz à uma escuta ou leitura desse fato social no sentido de que a aceitação das ações desenvolvidas pelos grevistas é vista com reservas pela população em geral ou pela comunidade diretamente envolvida.

(\*) Advogado, sócio titular do Escritório Jurídico Humberto Rufino Advogados Associados. Juiz do Trabalho no TRT da 12ª Região de 1983 a 1999, Mestre em Direito de Estado. Especialista em Organização Judiciária.

Não há como deixar de reconhecer que a paralização temporária de serviços ou atividades com as quais a população está acostumada a afeta sensivelmente, fazendo com que todos reclamem e se tornem insatisfeitos. Isto porque, sem dúvida, a greve força a modificação de hábitos — às vezes até com algum custo adicional ou despesas imprevistas — e impele à busca de alternativas que nem sempre são alcançadas.

Nessas situações, a insatisfação da comunidade ou da população é intensificada por mensagens — produzidas por solidariedade à categoria econômica pelos meios de comunicação — que só fazem aumentar ainda mais a revolta para com a situação causada pelo movimento de greve.

Difícilmente, as poucas notícias favoráveis ao grevistas ou às suas reivindicações conseguem se sobrepôr àquelas que enfatizam os aspectos negativos que complicam a vida e o cotidiano da população, especialmente quando também apresentam números para o custo social do movimento.

Jamais — ou muito poucas vezes — a população consegue identificar nas reivindicações apresentadas pelos grevistas algo em comum, de modo que o que se passa na greve sempre será estranho à maioria das pessoas, como *algo que não nos diga respeito*. Raramente é possível — até por falta de elementos ou informação censurados por razões ideológicas — aproximar as reivindicações dos grevistas à realidade que cerca os demais membros da comunidade em geral ou da própria população, sejam os reclamos com fundo econômico (salários) ou jurídico (condições de trabalho).

O interdito proibitório, embora seja ação de natureza possessória, tem se constituído no principal instrumento jurídico utilizado pela categoria econômica para obter a *criminalização dos movimentos grevistas*, pois coloca em confronto o direito à propriedade (art. 5º, inciso XXII da CF) e o direito de greve (art. 9º da CF), induzindo à relativização de valores tais como a dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade, a liberdade sindical e outros mais.

Não sendo nenhum desses direitos plenamente absolutos — greve ou propriedade —, transfere-se aos Tribunais Trabalhistas a árdua e difícil missão de harmonizar os direitos fundamentais decorrentes desses valores fundamentais e constitucionais, especialmente a missão de reverter a construção jurisprudencial que não soube superar as questões ideológicas naturalmente ínsitas ao exercício da paralisação do trabalho diante das concepções civilistas do patrimônio.

A esperança é a de que as conclusões conservadoras, que não enfrentam o fato de que os movimentos fundados no direito de greve trazem por sua própria natureza um rompimento com a ordem jurídica que encontra-se autorizado e tolerado, pois consistem na única e legítima forma de luta para os operários alcançarem melhores condições de trabalho e de vida, cedam espaço a uma prestação jurisdicional mais consentânea com a proteção dos trabalhadores e a dignidade humana.

Ainda que qualquer movimento paredista não goze da simpatia da população ou do capital, a sua eclosão deve ser acompanhada do respeito pelas autoridades, de modo que o Estado tem a obrigação institucional de garantir que o conflito instaurado alcance solução por meio da negociação entre as próprias categorias profissional e econômica, tal como recomendam as orientações emanadas da Organização Internacional do Trabalho, adotadas pela nossa Carta Constitucional.

Assim é que, embora com limitações, este estudo procura contribuir para que o movimento grevista, justificado política e sociologicamente, seja compreendido e interpretado pelos Tribunais Trabalhistas de forma adequada, atentando para que as manifestações emanadas do exercício do direito de greve não sejam obstaculizadas por instrumentos jurídicos mal ou falaciosamente operados e que frustram a negociação coletiva e causam prejuízo à efetividade das negociações entre empregados e patrões e, até, em certos casos, constrangimento às entidades sindicais organizadoras do movimento pela imposição de pesadas e árduas multas (*astreintes*).

## 2. Da ação de interdito proibitório

O interdito proibitório é um instrumento jurídico utilizado para assegurar ao possuidor, preventivamente, o direito de não ser molestado, nem privado de sua posse, com aplicação de penalidade cominatória em caso de descumprimento da medida. Este instituto está previsto no art. 932, do Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973), que assim estabelece: “O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.”

A respeito dessa ação, Venosa (2006, p. 138) ensina:

O interdito proibitório é remédio concedido ao possuidor direto ou indireto que tenha justo receio de ser molestado na posse (art. 932 do CPC). [...] Sua particularidade é o caráter preventivo. Busca-se evitar a ofensa à posse. Tem por finalidade afastar, com a proibição emanada do comando judicial a ameaça de turbação ou esbulho.

Theodoro Júnior (2006, p. 148), por seu turno, ressalta:

Enquanto os interditos de reintegração e manutenção pressupõem lesão à posse já consumada, o interdito proibitório é de natureza preventiva e tem por objetivo impedir que se consume dano apenas temido. O mandado que o possuidor obtém, na última hipótese, é de segurança contra esbulho ou turbação iminente, no qual, além da interdição do mal ameaçado, haverá também a cominação de pena pecuniária para eventualidade de transgressão do preceito (art. 932).

A disposição contida no art. 1.210 do Código Civil Brasileiro (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), também trata do assunto, ao prever que: “O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.” Portanto, a existência de *justo receio* do interessado de ser molestado na sua posse e a *iminência do risco* de turbação ou esbulho são pressupostos intrínsecos para o exercício dessa ação.

Colhe-se, das lições do jurista Marcato (1999, p. 125), que:

a concessão do mandado proibitório implica necessariamente o reconhecimento, pelo juiz, da pertinência do justo receio demonstrado pelo autor de ver a sua posse na iminência de ser molestada pelo réu, daí a correção da advertência feita por Adroaldo Furtado Fabrício no sentido de que “o justo receio, de um lado, é o temor justificado, no sentido de estar embasado

em fatos exteriores, em dados objetivos. Nesse enfoque, não basta como requisito para obtenção do mandado proibitório o receio infundado, estritamente subjetivo — ainda que existente... O que importa é a seriedade da ameaça, sua credibilidade, sua aptidão para infundir num espírito normal o estado de receio.

Por isso, nos interditos proibitórios, o risco apontado de turbação ou esbulho, além de iminente, deve ser igualmente aferível por elementos concretos, objetivos, carreados aos autos e suficientes para justificar a concessão liminar do pleito, *inaudita altera pars*, ou no curso da instrução do processo (arts. 933 c/c 927, do Código de Processo Civil).

Não é demais referir que a sentença que emana do interdito proibitório tem carga puramente mandamental e se esgota no próprio mandamento que lhe traduz e lhe dá força, dado o caráter satisfativo da medida, especialmente se concedida em análise sumária, *initio litis*, quando há determinação de cominação de pena pecuniária em caso de transgressão do mandado judicial.

Eis porque o interdito proibitório tem sido utilizado no direito do trabalho para a defesa da posse, ameaçada de turbação ou risco de esbulho, com mais frequência na ocorrência dos conflitos coletivos, pois a força mandamental da decisão liminar que nele porventura venha a se conceder tem imediata vantagem e consequência de inviabilizar ou enfraquecer o movimento logo no início da deflagração da greve.

Poucas vezes, os empregadores — e até os empregados — fazem uso desse instrumento processual para solucionar questões pertinentes aos conflitos individuais, diretamente decorrentes da prestação de trabalho, embora seja plenamente cabível.

Dentre algumas outras formas de aproveitamento do interdito proibitório na Justiça do Trabalho, voltadas para os conflitos que envolvam situações individuais, podemos apontar

aquelas em que o empregador tenha fornecido ou cedido o imóvel para o empregado durante a contratualidade (zelador de condomínio, caseiro de sítios ou chácaras, trabalhador doméstico ou, mesmo, executivos que recebam como parte do salário a moradia ou outro bem em razão do contrato de trabalho). Também pode acontecer que a controvérsia envolva as ferramentas ou utensílios necessários para o trabalho fornecidos pelo empregador ou trazidos para o emprego pelo trabalhador.

Todavia, em que pese, portanto, ser possível a utilização do interdito proibitório para outras questões no Direito do Trabalho, o alvo central deste estudo está dirigido para o debate sobre a pertinência do uso do interdito proibitório ante as manifestações emanadas do direito de greve eis que, neste caso, por muitos é visto como instrumento processual que limita e conflita com o exercício deste direito.

### 3. O uso dos interditos proibitórios na Justiça do Trabalho e o exercício do direito de greve

O recurso aos instrumentos possessórios na Justiça do Trabalho, na sua forma mais importante de uso perante este pretório especializado, passa pela análise das ações paralelas ou acessórias, que acompanham a atuação dos operários no movimento grevista (*poder de autodeterminação do sindicato*), tais como: a divulgação do movimento, a ocupação da fábrica ou estabelecimento, os piquetes, a obstrução de locais específicos da empresa, a instituição de *pedágios* para arrecadação de fundos para o movimento e muitas outras formas de manifestação dos grevistas.

Em qualquer ocorrência, a preocupação mais generalizada que se impõe ao analisar o movimento grevista é a de que o exercício do direito de greve não venha *violar ou constringer os direitos e garantias fundamentais de outrem* (§ 1º, do art. 6º, da Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989<sup>(1)</sup>), sendo esta uma das motivações

mais frequentes nas queixas apresentadas ao Poder Judiciário.

Seria extremamente ampla essa proibição legal, ao ponto de impedir o uso de formas alternativas na intenção de constringer o empregador a negociar sobre os interesses que a greve busca alcançar?

A melhor exegese é encontrada no próprio contexto geral da legislação que, no direito brasileiro, regula os movimentos grevistas. A disposição geral proibitiva está explicitada nas regras estabelecidas pelos arts. 9º, 11 e 13, da Lei n. 7.783/89. Somente nesse diploma pode o intérprete buscar os parâmetros para a solução desse questionamento, já que estando o direito de greve alçado à condição de norma fundamental pétrea, só a lei especial que o regula poderá fazer a discriminação do seu exercício.

Entretanto, ao realizar esse trabalho exegético, verifica-se sem dificuldade que a *comunidade* passível de ser atingida pelos efeitos da greve, e por isso protegida segundo a lei, é somente aquela que venha sofrer perigo iminente, ou seja, é necessário que a greve produza risco à sobrevivência, à saúde ou à segurança da população. Para que se impute a abusividade da greve precisam ser atingidos pelo movimento serviços ou atividades que atendam às necessidades inadiáveis da população, definidas como essenciais, e assim elencadas no art. 10, da Lei n. 7.783/89.

Significa afirmar, portanto, que não constitui fundamento para o exercício da ação possessória na Justiça do Trabalho o irregular, descontinuado, deficiente ou incompleto funcionamento de qualquer dos serviços destinados à sociedade em geral. É preciso que a paralisação produza o efeito de atingir ou ferir *direitos e garantias fundamentais* da população e não só signifique o incômodo, desconforto ou impossibilidade temporária desta em ser atendida em seus serviços ou atividades em

essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.

(1) Também denominada Lei de Greve, que dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades

face da alteração do funcionamento normal da empresa ou dos serviços paralisados. Como exemplo de que a intenção da lei neste aspecto é restritiva, pode-se inferir, no caso dos bancos, que só a atividade de compensação foi elencada na categoria de atividade essencial, não tendo sido alcançados outros serviços como a retirada de valores, realização de pagamentos pela população etc. Também, no caso dos demais incisos do art. 10 da Lei n. 7.783/89, embora estes sugiram maior amplitude, é preciso atentar, igualmente, para o fato de que a paralisação deve implicar em risco concreto de desabastecimento; de desatendimento médico generalizado; de desorganização na distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; de realização de serviços funerários urgentes e inadiáveis, na dificuldade excessiva de transporte com reflexo em outras atividades igualmente essenciais e não só ao deslocamento de pessoas em geral; de receio de ocorrência de epidemias por falta de captação de esgotos ou do lixo urbano ou rural; à segurança nacional, e tal modo atingindo os serviços de tráfego aéreo e de telecomunicações e bem assim no que se refira à guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; e, por fim, no que diga respeito ao caos pelo não processamento de dados ligados aos serviços essenciais.

A evidência acima exposta não constitui mero jogo de palavras, mas elucida a necessidade de que as intervenções processuais destinadas a minimizar ou impedir manifestações oriundas do direito de greve sejam examinadas com maior profundidade, especialmente avaliando a própria legalidade da greve, já que as ações têm sido produzidas sem esse cuidado ou mascarando a própria realidade do conflito.

Por isso, a interposição de interditos proibitórios e a concessão de liminares nessas medidas processuais têm permitido que a análise dos atos resultantes dos movimentos grevistas sejam mal interpretados pelos Tribunais, que chegam em algumas decisões, conforme denunciam

alguns sindicalistas, até ao exagero de *considerar a greve como um ato terrorista*<sup>(2)</sup>, o que, sem dúvida não procede.

A tendência de uma visão excessivamente civilista do instituto é que tem justificado essas afirmações, já que, ao menos até o advento da Emenda Constitucional n. 45<sup>(3)</sup>, de 30 de dezembro de 2004, frequentes julgados emanados da Justiça Comum trataram com desmérito os movimentos grevistas, preferindo enfatizar a questão possessória e da propriedade em detrimento das razões de fundo que levaram os operários à greve. Dentre tantas, merece registro:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INTERDITO PROIBITÓRIO. LIVRE ACESSO DE FUNCIONÁRIOS E CLIENTES À AGÊNCIA BANCÁRIA. REALIZAÇÃO DE GREVE. AÇÃO DE NATUREZA POSSESSÓRIA. QUESTÃO DE DIREITO PRIVADO E NÃO DE NATUREZA TRABALHISTA. PRECEDENTES. 1. A causa de pedir e o pedido do interdito proibitório, não adentram matéria de cunho trabalhista, fixando-se a competência da Justiça Comum Estadual para processar e julgar aquele feito. Por outro lado, resta evidente a competência da Justiça Laboral para a apreciação da ação civil pública quanto aos demais pedidos nitidamente trabalhistas relativos ao movimento paredista. 2. Conflito

- (2) Esses fatos, inclusive, foram relatados pela representante do Sindicato dos Bancários de Sergipe quando de sua participação no Seminário intitulado "Interdito Proibitório x Direito de Greve", organizado pela Contraf-CUT, pelo Sindicato dos Bancários de São Paulo e pela Fetec São Paulo, em agosto de 2009, que reuniu dirigentes sindicais de várias categorias de trabalhadores, além do presidente da OAB nacional, de representantes do Tribunal Superior do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho e da Anamatra, e de parlamentares, que foram unânimes em condenar o uso do interdito proibitório contra as mobilizações dos trabalhadores, considerado uma afronta ao direito constitucional de greve (Disponível em: <<http://www.conlutas.org.br/site1/exibedocs.asp?tipodoc=&id=1952>> Acesso em: 21 jun. 2010).
- (3) A EC n. 45/2004 alterou diversos dispositivos da Constituição Federal. Especialmente, modificou o art. 114, que trata da competência material da Justiça do Trabalho, aplicando-a.

de Competência não conhecido. (STJ. CC n. 46.577. Relator Min. Fernando Gonçalves, publicado no DJ em 4.5.2005.)

COMPETÊNCIA. INTERDITO PROIBITÓRIO. LIVRE ACESSO DE FUNCIONÁRIOS E CLIENTES À AGÊNCIA BANCÁRIA. AÇÃO DE NATUREZA POSSESSÓRIA. QUESTÃO DE DIREITO PRIVADO E NÃO DE NATUREZA TRABALHISTA. O pedido e a causa de pedir determinam a natureza da relação jurídica litigiosa. Pretensão, ante a greve deflagrada, de garantir o acesso de funcionários e clientes às agências bancárias. Relação de direito privado. Competência da Justiça Estadual. (STJ. AgRg no Ag n. 190.435, rel. Min. Barros Monteiro, publicado no DJ em 25.3.2002.)

Agravo regimental. Conflito de competência. Interdito proibitório. Defesa da posse. Realização de greve. Justiça Comum. Precedentes. 1. O autor afirma expressamente na inicial que não pretende discutir direito de greve, mas, tão somente, a concessão de tutela jurisdicional que resguarde a posse nos imóveis onde se encontram instaladas suas agências, face a iminente existência de movimentos grevistas. O pedido e a causa de pedir não envolvem matéria trabalhista, sendo competente para processar e julgar o interdito proibitório a Justiça Comum Estadual. 2. Agravo regimental desprovido (STJ. AgRg no CC n. 34.050, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, publicado no DJ em 10.6.2002.)

Enfatizando a questão pelo lado exclusivamente civil, é válido referir decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, emanada do julgamento da Apelação Cível n. 2005.031049-4, em acórdão da lavra do eminente Desembargador Sérgio Izidoro Heil, assim entendeu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO — AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO — DECISÃO QUE DECLINA COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA DO TRABALHO — PLEITO PARA PROTEÇÃO DO DIREITO DE POSSE — COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM — RECURSO PROVIDO. 'A Justiça

Comum tem competência para processo e julgamento da lide, na qual se pretende garantir o livre acesso às agências bancárias de clientes e funcionários, ante o movimento paredista deflagrado' (Des. Wilson Augusto do Nascimento). (TJSC. Apelação Cível n. 2005.031049-4, rel. Desembargador Sérgio Izidoro Heil, publicado no DJ em 9.12.2005.)

E, ainda:

PROCESSUAL CIVIL — POSSESSÓRIA — INTERDITO PROIBITÓRIO — GREVE PROMOVIDA POR SINDICATO QUE IMPEDE O ACESSO À AGÊNCIA BANCÁRIA — DISCUSSÃO RESTRITA A PLEITO EMINENTEMENTE POSSESSÓRIO E NÃO SOBRE A LEGALIDADE DA GREVE — COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM PARA APRECIAR O FEITO — RECURSO DESPROVIDO. (TJSC. Agravo de instrumento n. 2006.034832-4, rel. Desembargador Marcus Túlio Sartorato, publicado no DJ em 12.1.2007.)

Sobre este último aresto, Almada (2009) faz o seguinte comentário:

O julgamento mencionado, a exemplo de tantos outros casos análogos, demonstra patente e manifesto desvio do foco dos interesses efetivamente em conflito, relegando a segundo plano a questão sindical e o efetivo direito de se fazer uso da greve como instrumento de pressão ao capital, tratando a questão à moda de reles disputa civil, com a resolução da causa com base na velha visão da melhor posse.

Na Justiça do Trabalho, estando o magistrado mais afeto às questões relacionadas com a dignidade humana, os interditos proibitórios ainda proliferam como meio de defesa das classes patronais contra as formas alternativas de constrangimento dos empregadores nos movimentos grevistas, mas os Tribunais têm examinado tais pretensões à luz de que se trata de ações associadas à efetivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores e assim têm produzido melhor investigação sobre o tema.

Eis algumas das análises formuladas pelos Tribunais da Justiça do Trabalho:

**INTERDITO PROIBITÓRIO. INTUITO INIBITÓRIO DO DIREITO DE GREVE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CARACTERIZADA.** Para o manejo do interdito proibitório é indispensável a prática pelo réu de atos que, objetivamente considerados, revelem-se aptos a caracterizar o justo receio de turbacão ou esbulho iminentes. Ficando evidenciado, pelos elementos probatórios, que o Banco-autor jamais temeu que houvesse violação do direito possessório, tendo manejado o interdito proibitório com o intuito de amedrontar os trabalhadores para obter a inibição do movimento grevista, resta caracterizada o abuso do legítimo exercício do direito de ação, adentrando o autor nas hipóteses expressamente tipificadas no art. 17 do CPC, o que justifica a imposição das sanções correspondentes à litigância de má-fé. Recurso ordinário não provido. (TRT 15ª Região – Processo n. 00605-2008-072-15-00-8 – Rel. Desembargador Lorival Ferreira dos Santos, publicado em 15.1.2010.)

**INTERDITO PROIBITÓRIO. VIOLAÇÃO DE DIREITOS.** O que deve restar demonstrado de modo explícito na ação, e não por força de qualquer outro raciocínio, é a violação de direitos e garantias fundamentais de outrem, a obstrução do acesso ao trabalho ou a ameaça ou dano à propriedade ou pessoa, nos termos do art. 6º, §§ 1º e 3º, da Lei n. 7.783/1989, sempre dentro do contexto que os grevistas têm determinada liberdade de atuação em prol do movimento paredista no mesmo espaço em que o empregador exerce o seu direito de posse. (TRT 12ª Região – Processo n. 03404-2006-039-12-00-2 – Acórdão n. 8.127/2007 – Rel. Juiz Hélio Bastida Lopes – Publicado no TRTSC/DOE em 18.6.2007.)

**INTERDITO PROIBITÓRIO.** Não configurada a turbacão da posse a ação e sendo assegurado ao empregador discutir os limites do movimento paredista e sua eventual abusividade por meio processual adequado, imprcede a presente ação. Cassa-se a liminar concedida e afasta-se a condenação em honorários advocatícios. (TRT 4ª Região – Processo n. 0075700-47.2008.5.04.0007 (RO) – Relª

Juíza Ana Luiza Heineck Kruse – publicado no DEJT em 22.7.2009.)

**INTERDITO PROIBITÓRIO.** Não ficando demonstrado o preenchimento dos requisitos do art. 932 do CPC para a concessão do mandado proibitório, pela falta de prova do justo receio do autor em razão da iminência de vir a ser molestado na posse, deve ser julgada improcedente a ação. Situação em que evidenciado que o intento da ação é de impedir o exercício do direito de greve, garantido na Constituição Federal. (TRT 4ª Região – Processo n. 0133700-81.2009.5.04.0661 (RO) – Relª Juíza Ione Salin Gonçalves – publicado no DEJT em 29.6.2010.)

A alteração significativa na análise da competência material da Justiça do Trabalho, já influenciada pela EC n. 45/2004, levou o Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra da Excelentíssima Ministra Carmen Lucia Antunes Rocha, no julgamento do RE n. 579.648, publicado em 6.3.2009, a afirmar que “a fixação da competência da Justiça comum ou da Justiça especializada não se dá em função de serem os institutos invocados de Direito Civil” e a concluir no sentido de que “o ponto nodal desta questão (...) é exatamente este: neste caso, tal como posto pelo nobre Advogado, trata-se de um piquete — ocupa-se ali exatamente de um ato relativo à greve. Logo, é ação que envolve o exercício de direito de greve e, portanto, inclui-se na previsão constitucional da competência da Justiça do Trabalho para cuidar dos feitos em que aquele direito seja o fundamento da questão posta a exame”.

Assim ficou ementada a decisão acima referida:

**CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. JUSTIÇA DO TRABALHO X JUSTIÇA COMUM. AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO. MOVIMENTO GREVISTA. ACESSO DE FUNCIONÁRIOS E CLIENTES À AGÊNCIA BANCÁRIA: “PIQUETE”. ART. 114, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.**

1. “A determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil” (Conflito de Jurisdição n. 6.959), bastando que a questão submetida à apreciação judicial decorra da relação de emprego.

2. Ação de interdito proibitório cuja causa de pedir decorre de movimento grevista, ainda que de forma preventiva.

3. O exercício do direito de greve respeita a relação de emprego, pelo que a Emenda Constitucional n. 45/2003 incluiu, expressamente, na competência da Justiça do Trabalho conhecer e julgar as ações dele decorrentes (art. 114, inciso II, da Constituição da República).

4. Recurso extraordinário conhecido e provido para fixar a competência da Justiça do Trabalho.” (STF – RE n. 579.648 – Data de publicação DJE 6.3.2009 – Atab n. 5/2009 – DJE n. 43.)

Ora, quando o STF estabelece que estando a relação de emprego *no fundo* do debate entre *direito de propriedade e direito de greve* e assim constitui norte a determinar a solução da questão competencial, sublimou aquela Corte o princípio da primazia da proteção ao trabalho, pois enfatizou o princípio *pro homine* para possibilitar a adequada análise dos valores sociais tutelados.

Por óbvio, o pronunciamento competencial também significa que a apreciação dos fatos que ensejam o uso do interdito proibitório, agora na Justiça do Trabalho, se propostos na intenção de uma intervenção heterônoma junto ao movimento grevista, deve ser formulada levando em conta a peculiaridade dos conflitos decorrentes da greve e a motivação que a alimenta, ainda que aparentemente possam ser considerados atos contrários ao direito regulado.

Vale destacar o que ensina Almada (2009): É preciso resgatar a ideia de que a greve é, fundamentalmente, a negação dos mecanismos regulatórios do Direito. Ou, na linguagem da doutrina colacionada por

Segadas Vianna, é meio de coação consentida e exercida sobre os patrões, sobre o público e sobre o Estado, na busca de melhores condições de trabalho; é violência compreendida, que importa em antinomia irredutível entre a mobilização coletiva e o respeito à ordem jurídica ou, como diz Carnelutti, “*o direito de greve é negação do direito, que contém uma contradictio in adjeto*”. Greve é, também, conflito aberto, em que as partes interessadas fazem pouco caso dos procedimentos judiciais, para enfrentar-se de modo direto, numa luta econômica publicamente declarada. Enfim, a greve encontra sua justificação por ser meio de defesa das reivindicações operárias em sociedade onde não existe outro mais eficiente. Não se pode legitimamente pedir aos grupos sociais organizados que renunciem, sem condição ou reserva, à greve, enquanto não se lhes assegure a defesa de seus direitos em garantias jurídicas satisfatórias.

Há, portanto, um inegável componente de “*extralegalidade*” no direito de greve, não se podendo negar uma considerável dose de exercício arbitrário das próprias razões em seu exercício, tolerado pelo direito desde que dentro de parâmetros capazes de impedir condutas abusivas sindicais.

Não há dúvida, portanto, de que a alteração competencial deduzida na EC n. 45/2004, atribuindo à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar as ações que envolvem o exercício do direito de greve (art. 114, inciso II da CF), teve o objetivo de levar a análise destas questões para um foro mais afeto ao ambiente laboral e aos princípios sociais que norteiam os direitos que regulam o contrato de trabalho.

A Justiça do Trabalho apresenta-se como a mais vocacionada para essa função, já que nela o debate sobre os movimentos paretistas são analisados dentro de um contexto filosófico e jurisdicional acostumado a administrar a aplicação das leis com vistas à proteção do emprego e das garantias fundamentais dos

trabalhadores e não apenas para encontrar soluções baseadas em ótica própria dos contratos civilistas e privatistas.

A prestação jurisdicional realizada por essa forma se apresenta aos jurisdicionados como sendo a mais segura e legítima porque mais próxima dos magistrados trabalhistas a compreensão ontológica das razões que justificam o conflito coletivo (as reivindicações) e as formas pelas quais o movimento grevista exerce o constrangimento sobre a categoria econômica (a suposta ilegalidade justificada à luz do direito de greve), o que nunca seria alcançado se o tema fosse apreciado unicamente em face do confronto decorrente da manifestação escolhida pelos grevistas e a proteção possessória individualista, suscitada pelo proprietário da empresa ou estabelecimento.

Está mais do que evidenciado, portanto, que o manejo do interdito proibitório na Justiça do Trabalho merece especial atenção, especialmente quando se destina a fazer frente aos atos emanados dos movimentos de greve.

#### **4. Hipóteses de cabimento do interdito proibitório na Justiça do Trabalho**

Como visto, o interdito proibitório, para ser acolhido como ação perante o órgão jurisdicional, deve atender não só às disposições gerais do art. 282 e às específicas dos arts. 927 c/c 932 (pressupostos), todos do Código de Processo Civil, mas também a condicionantes especialíssimas, que se encontram enumeradas na Lei n. 7.783/89.

Isto porque, ao contrapor-se na Justiça do Trabalho a reivindicação possessória aos atos decorrentes da greve, com o recurso de um instrumento processual não previsto no direito judiciário trabalhista, o operador, para fazer valer o interesse a ser protegido (direito à posse), precisa superar a *eficácia* e a *efetividade* das disposições que garantem aos organizadores do movimento paredista a ampla liberdade de escolha na determinação dos atos pelos quais pretendem fazer valer as suas reivindicações (direito de greve).

Somente a excepcionalidade dos fatos apontados — e a sua concretude — é que poderá autorizar o exercício da pretensão possessória, já que o movimento grevista carrega consigo a *presunção de legalidade* em todos os seus atos, sendo, inclusive amparado constitucionalmente (CF/88, art. 9º).

Embora o interdito proibitório tenha por exigência básica o justo receio de que a posse poderá ser turbada ou iminentemente esbulhada, ocorre que nem todas as situações decorrentes da greve podem ser classificadas como sendo ameaça ao direito de propriedade, já que muitas de suas manifestações no exercício da greve estão autorizadas insitivamente pela amplitude que se concede constitucionalmente ao direito de greve. Além disso, há de se levar em conta que não constitui objetivo dos grevistas atentar contra a propriedade ou tampouco espoliar a posse do empregador sobre o estabelecimento ou dependências da empresa. A intenção destes na obstrução, por exemplo, é apenas a de impedir o regular funcionamento da atividade ou serviço.

Por isso, a primeira condicionante especialíssima a ser demonstrada para justificar o pedido de interdito proibitório é a causa remota que o justifica. Além de ser elemento determinante para a fixação da competência, a causa remota indica ao órgão julgador, diante da causa próxima, os limites nos quais exercerá a sua função jurisdicional, assegurando, se cabível, a pretensão possessória.

Estando a causa remota de acordo com as disposições que facultam o exercício do direito de greve (arts. 3º e 4º da Lei n. 7.783/89), só as situações que atestem o seu descumprimento é que poderão abrigar a pretensão constante da causa próxima que fundamenta o interdito proibitório.

É possível sintetizar taxativamente as hipóteses que justificam o uso do interdito proibitório em oposição às manifestações dos grevistas: a) não ter sido tentada a negociação; b) existir possibilidade de recurso arbitral para

solução da crise; c) apresentar a Assembleia Geral que decidiu pela greve irregularidades evidentes; d) existir ameaça de uso de meios não pacíficos para persuadir ou aliciar os trabalhadores à adesão ao movimento; e) ocorrer divulgação do movimento incitativa de atos ilegais; f) existir ameaça concreta de dano à propriedade; g) existir ameaça concreta de ofensa à pessoa; h) apresentar a paralisação risco iminente de prejuízo irreparável pela deterioração de bens, máquinas ou equipamentos, ou falta de manutenção a estes, de modo a impedir o retorno das atividades quando da cessação do movimento; i) se os serviços ou atividades forem considerados essenciais e não houver acontecido comunicação da greve aos empregadores e usuários, no prazo antecedente de 72 (setenta e duas) horas (art. 13, da Lei n. 7.783/89); e, ainda, j) se a organização do movimento for incapaz de garantir o atendimento aos serviços indispensáveis ou necessários à comunidade (art. 11, parágrafo único, da Lei n. 7.783/89).

Qualquer dessas hipóteses constitui abuso do direito de greve e, sendo assim, poderá ser sancionada com a restrição ao exercício desse direito mediante o interdito proibitório. Entretanto, excetuadas as situações supradescritas, toda e qualquer outra manipulação do interdito proibitório para fazer frente ao direito de greve será incabível e resultará improcedente pois será considerada como intentada para frustrar o movimento.

Aliás, o comportamento *antissindical* pela apresentação em juízo de ação de interdito proibitório incabível não passa despercebido para alguns Tribunais, que o classificam como *assédio processual*. Vale mencionar decisão nesse sentido em hipótese na qual o interessado se valeu de vários desses perante o mesmo foro para tentar obter um pronunciamento judicial que o favorecesse:

O autor praticou assédio processual, caracterizado nesse caso pelo exercício imoderado de faculdades processuais legalmente previstas, com o fim de evitar a submissão

a pronunciamento judicial desfavorável, ou de escolher a que melhor atendesse aos seus interesses.

Portanto, uma vez caracterizado o exercício imoderado no uso de faculdades processuais legalmente previstas, a iniciativa será considerada como sendo violação do direito fundamental de greve e se enquadrará dentre os atos vedados ao empregador que busquem constringer ou impedir o movimento paralista.

(...)

O exercício do direito de ação do autor na forma como já exposta, extrapola os limites previstos constitucionalmente, fere frontalmente o disposto no art. 14 do CPC, bem como os mencionados direitos constitucionais do requerido.

Por outro lado, as cominações pela litigância de má-fé previstas no art. 18 do CPC, caso impostas sem o reforço de outras medidas, seriam absolutamente inócuas, diante do poder econômico do autor, como já exposto. Ignorar tal fato equivaleria a autorizar futuras reiterações da mesma conduta. Acresça-se a isso que a pena a ser aplicada ao assediador deve sempre, ao mesmo tempo, ser compensatória, pedagógica e repressiva, de modo que torne desinteressante a renovação da conduta repreendida.

Assim, nada mais justo que apresentar ao autor uma prova do seu próprio remédio: as multas previstas nas liminares deferidas em seu favor, para caso de descumprimento pelo sindicato réu das obrigações especificadas pelos juízos da 1ª e 8ª Varas do Trabalho de Guarulhos, totalizam a quantia de R\$ 60.000,00. Considerando a propositura de quatro ações idênticas, e ainda o risco imposto ao requerido de ver tais multas aplicadas contra si nas mesmas quatro ações, o valor supracitado deve ser multiplicado por quatro, totalizando a quantia de R\$ 240.000,00. É esse o valor que deverá ser pago pelo autor, pelo assédio processual praticado. (Didier Jr., Fredie; *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, Podivm, 7. ed., p. 26).

Tomando-se em conta, ainda, que foram três os ofendidos, o requerido, a sociedade e o Poder Judiciário, o total acima deverá ser

dividido por três, sendo dois terços revertidos ao FAT, Fundo de Amparo ao Trabalhador, e um terço em favor do sindicato-réu.

Por ter agido de modo temerário, é enquadrado como litigante de má-fé, diante da previsão do art. 17, V, do Código de Processo Civil, sendo acrescida à condenação *supra* a multa de 1% sobre o valor dado à causa, bem como honorários advocatícios de 15% sobre o valor arbitrado à condenação, nos termos do art. 18 do mesmo diploma legal. (TRT 2ª Região. Sentença proferida nos autos do Processo n. 01978200931802007, da lavra da Juíza Renata Simões Loureiro Ferreira, da 8 Vara do Trabalho de Guarulhos. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br>>.)

Portanto, uma vez caracterizado o exercício imoderado no uso de faculdades processuais legalmente previstas, a iniciativa será considerada como sendo violação do direito fundamental de greve e se enquadrará dentre os atos vedados ao empregador que busquem constringer ou impedir o movimento paredista.

## 5. Hipóteses lícitas para a obstrução do acesso ao local de trabalho

O interdito proibitório tem sido manobrado preferencialmente pelas entidades ligadas ao setor bancário. O aproveitamento desse instrumento processual nos movimentos grevistas dessa categoria foi uma defesa que os bancos passaram a desenvolver para enfrentar os grevistas e continuar com suas atividades normais.

A construção dos pedidos de intervenção judiciária para invalidar ou esvaziar os atos dos grevistas ordinariamente se faz acompanhar de material demonstrando a indignação da *sociedade* ou da *comunidade* reclamando das restrições de atividades e/ou dos serviços impostas pela greve, assim como também trazem alegações da ocorrência de graves prejuízos iminentes. Nessa argumentação, frequentemente, a categoria patronal se socorre das notícias publicadas na imprensa sobre o movimento grevista, raramente focando a motivação fundamental dos trabalhadores ou a colocando em segundo plano. Essa falaciosa

estruturação do pedido na grande maioria das vezes serve para sugerir — longe da realidade — os Tribunais contra o movimento, fazendo a jurisdição perder o foco do conflito e quase sempre deixar de lado a outra face da moeda, qual seja, por vezes, a violência ao direito de greve representada pela injustificada inflexibilidade na disposição de sentar à mesa de negociação.

Por isso, muitos autores que se ocupam do tema e também atores dos movimentos sociais clamam por uma apreciação ponderada e aprofundada dos Tribunais trabalhistas quando instados a se pronunciar em ações do tipo interdito proibitório. Sabem que uma decisão liminar ou antecipatória de tutela emanada da função jurisdicional poderá esvaziar a reivindicação grevista, anulando o movimento e o esforço para chamar a categoria econômica à negociação.

Não é, pois, sem razão, também, que a solução heterogeneamente assim alcançada por vezes é motivo para a eclosão de novos conflitos ou de agravamento do conflito já existente.

A recomendação é, assim, no sentido de que o uso do interdito proibitório para garantir o acesso de equipes de empregados, próprios ou contratados, com o propósito de assegurar serviços cuja paralisação possam resultar em prejuízo irreparável (art. 9º da Lei n. 7.783/89) deve ser acolhido com reservas quanto à causa próxima apontada, ou seja, será esta sempre dependente do exame prévio da causa remota, à luz da efetiva necessidade, ou não, da presença desses trabalhadores ou pessoas, mesmo terceiros, no local de trabalho ou nas dependências da empresa.

Também não deve ser acolhido o interdito para assegurar a presença no local de trabalho ou na empresa dos empregados conhecidos como *fura-greve*, já que o comportamento destes se enquadra entre aqueles procedimentos que tendem a esvaziar o movimento grevista e aí considerado como lesivo ao direito de greve conferido à coletividade. Há mesmo quem sus-

tente que estes trabalhadores estão obrigados a se submeter à decisão da maioria, e que o lugar de sua manifestação é na assembleia onde a greve foi decidida<sup>(4)</sup>.

Em verdade, considerando que as dependências do estabelecimento ou da empresa constituem, por excelência, o local onde o *grevista* exerce as suas atividades, não há como negar que detém ele a posse sobre esse espaço, ainda que de forma precária e temporária a dívida com o empregador e a propriedade seja deste.

Por isso, existem legislações que expressamente garantem aos empregados, quando em movimentos paredistas, a possibilidade de ocupação das instalações do local do trabalho, da empresa ou do estabelecimento, como é o exemplo da legislação uruguaia, pelo Decreto n. 165/2006, como bem referido por Almada (2009).

Além disso, também como refere Veiga (2009, p. 36): “no Direito francês não cabe a ação possessória para reprimir os atos praticados em decorrência do exercício do direito de greve”, embora exista a referência de que medida cautelar pode ser impetrada no sentido de coibir algum excesso na manifestação dos *grevistas*.

Logo, não é fora de propósito considerar que, na ausência de especificação determinada

---

(4) Sobre o tema, o ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Vantuil Abdala, ao participar do Seminário intitulado “Interdito Proibitório x Direito de Greve”, afirmou que o brasileiro não tem “espírito associativo”, o que diminui a participação dos trabalhadores nos movimentos *grevistas*. O jurista explicou que, após a decisão da assembleia pela greve, o direito individual de ir trabalhar não pode se sobrepor ao direito da luta coletiva. Para firmar seu entendimento, citou Márcio Túlio Viana: “Ao exercer o seu suposto direito, o fura-greve dificulta ou inviabiliza o direito real da maioria. O que faz não é apenas trabalhar, mas — com o perdão do trocadilho infame — atrapalhar o movimento. Ele realmente fura a greve, como se abrisse um buraco num cano de água. (...) Ele luta contra os que lutam por um novo e maior direito; esvazia o sindicato, dificulta a convenção coletiva e fere o ideal de pluralismo jurídico e político.” (Disponível em: <<http://www.cut.org.br/content/view/16351/170/>> Acesso em: 21 jun. 2010.)

no nosso direito regulador da greve, a questão deve ser abordada pelo seu lado positivo, qual seja, o de que é possível aos *grevistas*, já que constitui obrigação do Estado conceder à greve a *máxima eficácia e efetividade* possível, fazer uso de meios que realmente exerçam constrangimento sobre o empregador, de modo a forçá-lo a negociar (BARACAT, 2010).

Como se observa do texto do art. 9º da Lei n. 7.783/89, a ideia da ocorrência de prejuízo para a categoria patronal não está afastada. O que a lei pretende limitar é o prejuízo irreparável ao patrimônio da empresa ou à *comunidade*. Não estão compreendidos nessa restrição os prejuízos decorrentes do não funcionamento que diminuam o ganho ou a lucratividade do empreendimento e os aborrecimentos que a greve causa à população em geral.

Essa avaliação é lógica, pois está evidente que a greve constitui um meio de pressão para forçar a categoria econômica à negociação, correndo a parte que a ela se recusa o risco de sofrer prejuízo no seu processo produtivo.

A negociação é fundamental para a validade do movimento *grevista* e a ela estão obrigadas, constitucionalmente, ambas as categorias, profissional e econômica. Não há o que justifique a ausência, a recusa ou impedimento para o debate reivindicatório formulado pelos *grevistas* em seu movimento. Aliás, essa constitui uma obrigação estabelecida formalmente na Constituição Federal quando reduziu o poder conferido à Justiça do Trabalho, emanado do *poder normativo*, e estabeleceu que a provocação do Judiciário, em regra, para instauração dos dissídios coletivos de natureza econômica só pode ocorrer com o consentimento de ambas as partes (§ 2º, do art. 114, da CF/88).

A *greve tradicional*, antes limitada simplesmente à paralisação, na atualidade já não consegue mais *constranger* o empregador a negociar com os *grevistas*. As novas técnicas para a organização da empresa, a descentralização dos setores produtivos, a adoção de tecnologias

avançadas que interligam informações e permitem a troca de dados virtuais, a contratação e a execução de serviços sob a forma terceirizada e outras novidades na administração das empresas esvaziaram a capacidade da greve como movimento unicamente paralizatório.

Em face disso, os trabalhadores foram obrigados a buscar novas formas de atuação, conciliáveis, por óbvio, com as prescrições da pacificidade e temporariedade do movimento, mas que não residissem puramente na suspensão da prestação pessoal de serviços.

Assim é que as categorias profissionais desenvolveram novos mecanismos destinados a fazer pressão sobre os empregadores. Mecanismos estes que podem ser denominados de *hipóteses lícitas de obstrução ao local de trabalho* (BARACAT, 2010).

Sim, porque a obstrução do local de trabalho — com vistas a impedir o acesso às instalações da empresa ou do estabelecimento — se revelou, nesse contexto, o mais importante modo de constrangimento em face do empregador, sobretudo nas hipóteses em que a recusa à negociação está fundada nas facilidades apresentadas pela tecnologia existente no empreendimento.

O que apenas não é admitido pela doutrina e jurisprudência é que os trabalhadores *administrem* o negócio, nem provisoriamente. Ainda que no direito brasileiro seja aceita a intervenção do magistrado para regular a continuidade das atividades no caso de recusa ou impossibilidade do empregador fazê-lo.

Sobre esse tema Almada (2009) já alertou:

Chama a nossa atenção, por exemplo, a circunstância de haver no Uruguai uma determinada legislação (Decreto 165/2006) que expressamente contempla e regula, além do direito de greve, também o direito de ocupação da fábrica ou do local de trabalho, colocando-se a doutrina daquele país confortavelmente, segundo Ghione, contra toda e qualquer iniciativa judicial tendente a restringir esse direito,

desde que a responsabilidade pelo ato seja assumida pela entidade mais representativa dos trabalhadores, tanto assim que há crítica entusiasmada à sentença da justiça penal de 09 de março de 2006 que, muito embora tenha reconhecido o direito dos trabalhadores em greve de ocupar a empresa e tomar a posse dos seus bens móveis, não admitiu que os trabalhadores pudessem girar o estabelecimento como se proprietários dele fossem, tendo isso dado ensejo à inserção na lei *supra* da prescrição (letra “d”, art. 4º) segundo a qual é proibido aos ocupantes em greve assumir o funcionamento da empresa, salvo prévio abandono da exploração pelo titular ou falta de representante no país.

A investigação sobre o comportamento do empregador ante a negociação, portanto, torna-se absolutamente necessária e indispensável para a efetividade e eficácia do direito de greve e constitui importante elemento para determinar a existência ou inexistência da causa remota que justifica a obstrução do acesso ao local de trabalho, ou seja, não há como acolher e processar ação de interdito proibitório com vistas a interferir nas ações desencadeadas pelo movimento grevista sem se examinar como está se comportando o empregador diante da obrigação de negociar.

A recusa, inflexível e autoritária, do empregador para negociar com os *grevistas* é, por si só, uma violência que atenta ao direito de greve, uma vez que é dever das categorias desenvolver, pela forma autêntica, os entendimentos para a solução do conflito coletivo.

Mais ainda se agrava essa violência se os trabalhadores são afetados nas ações de seu movimento pela tecnologia existente no estabelecimento ou na empresa, que facilita ou conduz a essa inflexibilidade conciliatória.

Logo, a ação obstativa ao acesso do local de trabalho, adotada como *reação* à recusa à negociação, frequentemente atacada em instrumentos de interdito proibitório, encontra sua sustentação no § 2º do art. 6º da Lei 7.783/89,

que dispõe que “é vedado às empresas adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento”.

A negociação é, pois, ontologicamente, o cerne e a justificativa para toda a legalidade da greve e a recusa a dela participar é que é o fato injurídico a ser sancionado.

Portanto, qualquer iniciativa de afrontamento judicial à obstrução idealizada pelo movimento grevista como meio de constrangimento da categoria econômica exige uma avaliação crítica fundamentada por parte dos órgãos judiciários, já que a tendência, salvo exceções resultantes de uma postura ideológica neutra, é a de colocar em segundo plano a causa remota e adotar a ação possessória sob a ótica prevalente de um simples enfrentamento entre o direito de escolha das formas de atuação conferido aos manifestantes grevistas pelo direito de greve e a posse e a propriedade, aquele quase sempre considerado como *ilegal*.

## 6. Considerações sobre a liminar nos interditos proibitórios

Resulta, assim, mais do que justificada a preocupação apresentada neste estudo para com o mau uso do interdito proibitório na Justiça do Trabalho, especialmente quando dirigido para atacar atos decorrentes dos movimentos grevistas.

Somam-se a essa preocupação de ordem transcendental, os reflexos causados pela concessão de decisões liminares nesses feitos anulando as ações dos operários.

Conforme diz Nery Junior (1988, p. 175): as liminares possessórias, diferentemente têm caráter de adiantamento do resultado do pedido de proteção possessória. A concessão da liminar funciona como se o Juiz tivesse julgado procedente o pedido, liminar, antecipada e provisoriamente, até que seja feita a instrução e sobrevenha a sentença.

Ora, vê-se aí a extrema importância de que a apreciação dos fundamentos nas ações

de interdito proibitório aforadas perante a Justiça do Trabalho seja efetivada com muita profundidade e cautela.

Qualquer equívoco, em face da natureza da decisão provisória a ser proferida, poderá causar ao movimento grevista — e, consequentemente ao direito de greve — dano irreparável e irreversível.

A greve, como afirma Cesário (2008, p. 289): “é uma garantia constitucional fundamental da classe trabalhadora, sendo certo, ainda, que sempre militará presunção favorável à categoria profissional envolvida, no sentido de que exercitará o seu direito de maneira não abusiva.”

Essa presunção encontra-se consagrada por decisão da 1ª Seção Especializada de Dissídios Individuais do TRT da 3ª Região, da lavra do Desembargador Marcelo Lamego Pertence, na qual enfatizou o magistrado: “a realização de piquetes em frente às agências bancárias, com utilização de carros de som e faixas, são formas legítimas de exercício do direito de greve, e os pedidos formulados na ação de interdito proibitório atentam contra esse direito.” (TRT 3ª Região – Processo: 01362-2009-000-03-00-8 MS – Publicado no DJMS em 5.3.2010.)

Portanto, ao receber a ação de interdito proibitório, o tribunal ou magistrado não poderá desconsiderar que a *presunção*, na hipótese, milita a favor do movimento grevista.

Em sendo assim, a análise preliminar da ação de interdito proibitório deverá passar por uma avaliação muito mais rigorosa do que se instruído o feito estivesse. Isto porque, no curso da instrução, a *presunção* poderá se desfazer por outros meios de convicção carreados aos autos e não somente por aqueles que instruíram a peça vestibular. Ao final, o magistrado possui o conhecimento processual pleno sobre o tema invocado no interdito proibitório, conhecimento este que não é possível de ser alcançado na análise *preliminar* para a concessão da liminar, por melhor que esteja acompanhada a petição inicial.

Em verdade, outros elementos jurídicos corroboram e revestem ainda essa posição processual *in dubio pro reo*, como a preocupação de que o interdito proibitório não esteja sendo utilizado para obstaculizar, diminuir ou enfraquecer o movimento grevista ou para criar constrangimento financeiro para a entidade sindical que organiza os trabalhadores, conduta que está classificada como prática antissindical dissimulada e que é absolutamente vedado pela Lei n. 7.783/89 por ferir as garantias constitucionais fundamentais do direito de greve.

A exigência dessa macroanálise do pedido formulado no interdito proibitório no momento do exame do pedido liminar conduz a uma pesquisa diferenciada nos autos, não podendo o magistrado deixar se influenciar pelo que neles não se contém (assédio da mídia, por exemplo), mas buscar instruir o convencimento até a formulação de uma convicção, ainda que provisória, todavia concreta sobre o que ocorre, já que o princípio dos arts. 128 e 131 do CPC continua sendo aplicável à situação e está a nortear o pronunciamento jurisdicional a ser proferido. Há, mesmo, quem defenda que o magistrado deve ir até o local e verificar *in loco* a real situação alegada.

Claro, não é demais repetir, depois dessa ontológica análise de pertinência da ação, ainda em investigação preliminar, deverão estar presentes na convicção também as conclusões sobre as condicionantes especialíssimas retroapontadas, próprias da ação de interdito proibitório quando busca atacar as manifestações decorrentes do direito de greve.

Somente se superadas estas, por óbvio, haverá o magistrado que perquirir sobre os pressupostos da ação de interdito proibitório, insertas no art. 932 do CPC, destacando-se em especial a da comprovação concreta da existência do justo receio, conforme têm decidido os Tribunais:

ACÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO  
INTENTADA PELO BANCO A FIM DE VER  
RESGUARDADO O DIREITO DE POSSE.

INEXISTÊNCIA DE RESPALDO FÁTICO-JURÍDICO, CONSUBSTANCIADO NUM JUSTO RECEIO DE SER MOLESTADO OU NA EFETIVA MOLÉSTIA DA POSSE NO TRANSCURSO DA GREVE REALIZADA PELA CATEGORIA DOS TRABALHADORES BANCÁRIOS. Em não existindo a prova concreta do justo receio de o Banco ser molestado no direito de posse ou da efetiva moléstia, a ação de interdito proibitório cede terreno ao decreto de improcedência por faltar ao Banco-requerente uma preocupação razoável e legítima voltada ao resguardo da posse da agência bancária. O cartaz ou a faixa colocada na parte frontal da agência não representa, por si, obstáculo capaz de impedir o livre acesso das pessoas ao interior da agência, e, sim, faz divulgar o estado de greve da categoria dos bancários. (TRT 12ª Região – Processo n.: 00380-2006-050-12-00-7 – Acórdão n. 12.979/2006 – Rel. Juiz Garibaldi T. P. Ferreira – Publicado no DJ/SC em 3.10.2006.)

Acresce ter sempre em conta, como já afirmado, que a *posse* decorrente da obstrução do estabelecimento ou de instalações da empresa não é o objetivo último dos trabalhadores grevistas e, portanto, não pode ser tratado esse fenômeno social como se posse pura fosse. A intenção que a recusa jurisdicional do interdito proibitório vai proteger é a temporária ocupação (como meros detentores) por parte dos grevistas, sem exclusão da posse do empregador; proteção esta que se encontra abarcada pelos princípios fundamentais decorrentes do exercício do direito de greve e que se superam ao direito de propriedade — que aliás não é objeto no interdito.

Estas derradeiras observações se fazem necessárias porque o manejo das ações de interdito proibitório vem sendo aperfeiçoado, revestindo-se de farta argumentação que tem sustentado que as mobilizações dos trabalhadores grevistas, não simplesmente paralisatórias, mas reveladas e exercidas por formas de constrangimento mais incisivas, como os piquetes ou a ocupação de espaços

em fábricas, estabelecimentos ou instalações de empresa, implicam em grave ameaça à posse e propriedade dos empregadores e quase até à sobrevivência do próprio empreendimento. Juntam os interessados a esses argumentos alegações — pelo seu impacto evidente — que demonstram a inconformidade ou a impaciência da sociedade ou da comunidade para com o movimento e até as queixas dos clientes do estabelecimento, empresa ou fábrica são referidas. Todo esse material encontra auxílio, para a formação da opinião, na imprensa (mídia escrita e falada) e acaba por se constituir em uma massa de informações difícil de ser enfrentada pelos que tentam compreender e justificar o movimento grevista, especialmente quando a informação é manipulada pelos grupos econômicos interessados no abortamento da manifestação.

Nesse afã de conseguir obstruir a greve desde o início e não sujeitar-se aos naturais efeitos decorrentes da paralisação — a greve, observadas as suas condições de deflagração constitui um desforço autorizado que sempre terá implicações de turbulência contra a ordem constituída —, chegam até alguns empregadores a ajuizar apressadamente o interdito proibitório para simplesmente impedir a realização do movimento. Felizmente, a doutrina e os Tribunais têm advertido: “a simples notícia da iminente deflagração de movimento paredista não pode ser tida como álibi para a concessão do interdito cominatório.” (CESÁRIO, 2008.)

## 7. Conclusão

Por certo, as modestas advertências lançadas neste breve e sumário estudo haverão de merecer no futuro o desenvolvimento e o aprofundamento que o tema merece. Fica, porém, a esperança de que as sementes de discussão aqui plantadas possam contribuir para uma reflexão mais aprimorada do instituto do interdito proibitório na Justiça do Trabalho quando utilizado em razão da ação desenvolvida pelos movimentos sindicais paredistas. O objetivo é

o de impedir que essa ação possessória constitua meio de coerção ou amedrontamento do exercício do direito de greve.

O Poder Judiciário, instado a se pronunciar por via dos interditos proibitórios, há de ter presente, sempre, diante desses casos, que a solução autônoma é a que deve prevalecer e ser alcançada. Os Tribunais Trabalhistas devem envidar esforços no sentido de que a composição do conflito pela via da negociação direta entre as partes (categoria econômica e categoria profissional) se produza, fortalecendo, no possível, todas e quaisquer soluções que conduzam a esse comportamento, deixando de lado a intervenção heterônoma, hoje relegada a um plano secundário e extraordinário.

O encerramento deste estudo não pode deixar de mencionar que tramita Projeto de Lei de autoria do Senador Paulo Paim (PLS n. 513/2007), cuja ementa assim dispõe: “Acrescenta o § 4º ao art. 6º da Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve, a fim de impossibilitar a utilização do interdito proibitório na hipótese que menciona”, com o objetivo de impedir o uso do interdito proibitório no caso de greves pacíficas. No texto proposto à aprovação legislativa lê-se: “as liminares já obtidas costumam cominar aos sindicatos — que geralmente sequer são ouvidos nessa fase processual — com a pena pecuniária para o caso da transgressão do mandado judicial, inviabilizando, assim, o movimento grevista.” A justificativa apresentada é a de que “Apesar de o direito de greve estar plenamente assegurado em nosso mundo jurídico, seu exercício pela categoria dos bancários vem sendo cerceado, por meio da interposição do interdito proibitório”. O projeto encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça, tendo sido distribuído ao Senador Aloizio Mercadante, em 7.7.2009, e aguarda emissão de relatório.

Na realidade, o tema vem sendo discutido por diversas categorias profissionais, principalmente,

em Seminários realizados com o fim de aprofundar a discussão sobre o uso dos interditos proibitórios como instrumento que possa interferir nos atos emanados do movimento de greve<sup>(5)</sup>.

Talvez, efetivamente, seja essa a melhor solução: debater com intensidade e profundidade acerca das verdadeiras condicionantes para o uso do interdito proibitório como instrumento de defesa da categoria econômica nas questões relacionadas com o exercício do direito de greve.

Como visto, o manejo do interdito proibitório exige um aperfeiçoamento mais aprimorado das suas técnicas, especialmente a análise das suas hipóteses de cabimento e, principalmente, os casos em que não pode ser admitido.

A iniciativa legislativa é sintomática, pois dá sentido à inconformidade de um setor da sociedade a respeito da forma como vem sendo o interdito proibitório aceito junto aos Tribunais. Todavia, por certo, não será pelo caminho da sua proibição, pura e simples, que se alcançará o fim pretendido.

É preciso que a doutrina, em primeiro lugar, construa as bases sobre as quais o instituto do interdito proibitório, como ação possessória, pode ser considerado cabível na Justiça do Trabalho nos casos de greves, agora que esta matéria é da competência deste ramo judiciário especializado. Depois, a construção jurisprudencial se fará, caso a caso, de modo que, enfim, o uso do interdito proibitório realmente

constitua ação destinada apenas a evitar os abusos dos movimentos grevistas, respeitando, por igual, o direito de greve, fundamental para o equilíbrio entre o capital e o trabalho.

O que deve ser buscado na construção dessa doutrina é que o interdito proibitório não se constitua como ação que impeça ou esvazie as greves e frustre a negociação, objetivo primário do movimento paradedista.

## 8. Referências bibliográficas

ALMADA, Roberto José Ferreira de. Os interditos proibitórios em caso de greve. *AMATRA 17ª Região*, 2009. Disponível em: <<http://www.amatra17.org.br/?x=verconteudo&codigo=150>> Acesso em: 20 jun. 2010.

BARACAT, Edurado Milléo. Greve e interdito proibitório: hipóteses lícitas de obstrução do acesso ao local de trabalho. *ANAMATRA*, 2010. Disponível em: <[http://www.conamat.com.br/teses\\_acolhidas.aspx](http://www.conamat.com.br/teses_acolhidas.aspx)> Acesso em: 20 jun. 2010.

CESÁRIO, João Humberto. O direito constitucional fundamental de greve e função social da posse: um novo olhar sobre os interditos possessórios na justiça do trabalho brasileira. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, LTr, v. 72, n. 3, mar. 2008.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. Interditos Possessórios. *Revista de Processo*, v. 13, n. 52, p. 170-181, out./dez. São Paulo: LTr. 1988.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil — procedimentos especiais*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VEIGA, Aloysio Corrêa da. Direito de greve e o interdito proibitório: aspectos gerais, finalidade, competência da justiça do trabalho, direito dos empregados e da sociedade. In: BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; PEREIRA, José Luciano de Castilho; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *O direito material e processual do trabalho dos novos tempos: estudos em homenagem ao professor Estêvão Mallet*. São Paulo: LTr, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

(5) Vale citar o que afirmou Ministro Vantuil Abdala, do Tribunal Superior do Trabalho, no Seminário "Interdito Proibitório x Direito de Greve": "O TST não tem vivência nem experiência no interdito porque o tema não era da competência da Justiça do Trabalho. Sugiro que façamos um congresso no TST com parlamentares, sindicatos, OIT para nós aprendermos. Cada juiz decide de um jeito sobre a mesma greve. Há um posicionamento de que o Juiz não deve decidir o interdito sem ir ao local." (Disponível em: <<http://www.cut.org.br/content/view/16351/170/>> Acesso em: 21 jun. 2010.)

# A aplicação do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário e do Fator Acidentário de Prevenção à responsabilidade civil por acidente de trabalho

Cristine Helena Cunha<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ O presente trabalho traz as inovações decorrentes da introdução do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário e do Fator Acidentário de Prevenção no sistema jurídico brasileiro e os reflexos destes institutos nas ações de indenização por acidente de trabalho. A partir de então, verifica-se a possibilidade de utilização de inversão do ônus da prova, de presunção de culpa e nexo causal e da responsabilidade objetiva para imputar ao empregador o dever de indenizar nos casos de acidente laboral. Por fim, busca-se demonstrar que o Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário e o Fator Acidentário de Prevenção são elementos aptos a configurar a atividade econômica do empregador como sendo de risco, a fim de responsabilizá-lo pelos agravos impostos à saúde de seus empregados independentemente da comprovação de dolo ou culpa.

## Palavras-chave:

- ▶ Acidente de trabalho — Doença ocupacional — Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário — Fator Acidentário de Prevenção — Responsabilidade civil.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário
- ▶ 3. Riscos ambientais do trabalho e Fator Acidentário de Prevenção
  - ▶ 3.1. RAT e a gradação tributária dos riscos por meio da CNAE
  - ▶ 3.2. Fator Acidentário de Prevenção

---

(\*) Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Especialista em Direito do Trabalho pela AMATRA da 12ª Região; Assessora Jurídica na Procuradoria Regional do Trabalho da 12ª Região.

- ▶ 4. Repercussão do reconhecimento do acidente do trabalho pelo INSS
  - ▶ 4.1. O reconhecimento do caráter laboral da enfermidade na esfera previdenciária e a (não) vinculação da Justiça do Trabalho a esta decisão
  - ▶ 4.2. Perícia judicial e os institutos previdenciários
- ▶ 5. O reconhecimento do acidente do trabalho pelo INSS, os pressupostos da responsabilidade civil e o ônus da prova
  - ▶ 5.1. NTEP e a presunção de nexo causal
  - ▶ 5.2. Presunção de culpa e inversão do ônus da prova
- ▶ 6. Caracterização da atividade de risco e a responsabilidade objetiva do empregador
- ▶ 7. Considerações finais
- ▶ 8. Referências bibliográficas

## 1. Introdução

O levantamento de dados — realizado pela Previdência Social — no que concerne à ocorrência de acidentes do trabalho e doenças laborais revelou que o Brasil possui um elevado índice de incidência desses infortúnios, superando consideravelmente a média mundial; o estudo ainda apontou que determinadas atividades econômicas são mais propícias a desencadear em seus empregados estes males.

Um exemplo desta realidade é a atividade frigorífica. Conforme mostra o documentário *Carne Osso*<sup>(1)</sup>, esta atividade emprega cerca de 750 mil pessoas, incluindo as atividades de abate de bovinos e aves, sendo que a primeira atividade apresenta seis vezes mais risco de doenças por queimaduras — o que corresponde a um percentual de 596% de excesso de risco —, enquanto a segunda atividade representa um excesso de 743% de risco para ocorrência de plexos nervosos, lesões no punho. O excesso de risco é medido comparando a ocorrência destas moléstias em toda a classe trabalhadora com a incidência entre os empregados da atividade econômica.

Com base em dados estatísticos como esse, coletados pela Previdência Social, foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro o Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário (NTEP), que relaciona a incidência de doenças laborais com a atividade econômica. Este instituto foi criado com o intuito de facilitar a caracterização do nexo causal entre a moléstia e o labor, ficando presumido nos casos em que se verifica sua incidência.

A abordagem coletivizada trazida por este levantamento de dados tornou possível caracterizar a natureza ocupacional de doenças que antes não eram consideradas decorrentes do trabalho, em virtude da extrema dificuldade de comprovação do nexo causal.

Esta abordagem coletiva foi tratada no âmbito da atividade econômica e trouxe reflexos no sistema de contribuições previdenciárias. A fim de estimular a prevenção de acidentes dentro de cada ramo e individualizar a contribuição, considerando os riscos gerados pelo empregador para a ocorrência de acidentes laborais, e não apenas por atividade econômica, foi positivado o Fator Acidentário de Prevenção (FAP).

Estes dois institutos trouxeram diversos efeitos na esfera administrativa previdenciária. Além de sua utilização pela autarquia previdenciária, tem-se começado a observar sua aplicação na seara judicial, no que tange à

(1) SAKAMOTO, Leonardo. *Carne Osso*. Direção de Caio Cavechini e Carlos Juliano Barros, roteiro e montagem de Caio Cavenchini, fotografia de Lucas Barreto, pesquisa de André Campos e Carlos Juliano Barros, Produção Executiva de Maurício Hashizume. São Paulo: Repórter Brasil, 2011. DVD, 28 min.

responsabilização do empregador por acidente laboral.

Neste trabalho, não se tem a pretensão de exaurir a matéria, mas sim trazer o debate acerca da importância da análise coletiva do ambiente de trabalho, por meio do NTEP e do FAP, tecendo algumas considerações a respeito dos institutos previdenciários e de possíveis reflexos nas ações de indenização por danos decorrentes das doenças relacionadas ao trabalho.

## 2. Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário

Até o ano de 2007, para que restasse configurado o liame causal, era necessária a emissão de Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT) pelo empregador, caso contrário o obreiro deveria fazer prova, perante a autarquia previdenciária, que o infortúnio sofrido possuía relação causal com as atividades laborais.

O elevado número de doenças do trabalho não comunicadas ao INSS, as chamadas subnotificações<sup>(2)</sup>, juntamente com as dificuldades enfrentadas pelos trabalhadores para comprovar o nexos causal, fez com que o INSS buscasse uma nova sistemática de concessão de benefícios acidentários, com base no cruzamento de dados epidemiológicos com as atividades econômicas dos empregadores.

Esta alternativa encontrada pelo INSS foi positivada por meio da Medida Provisória n. 316/06, posteriormente convertida na Lei n. 11.430/06, que acrescentou o art. 21-A à Lei n. 8.213/91, o qual prevê a possibilidade de ser caracterizada a natureza acidentária da

incapacidade, pela perícia médica do INSS, quando constatada a ocorrência de NTEP entre o trabalho e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na CID.

O estabelecimento do NTEP considerou mapeamentos estatísticos profundos, de base empírica, de modo que tais estudos tornaram possíveis a demonstração e indicação das moléstias que possuem significativa incidência em determinados ramos de atividade econômica, mas que, por vezes, na análise individualizada dos casos, era difícil comprovar seu caráter laboral.

A partir do início da análise do número de incidência de determinadas enfermidades em cada atividade econômica, tornou-se possível verificar, pelo alto índice de ocorrência de certas moléstias nos diferentes ramos de atividade, o nexos causal entre a doença e a atividade econômica, que só foi possível a partir do momento em que a análise se tornou coletivizada. Por meio desta inovação, várias doenças de origem laboral, antes consideradas enfermidades comuns, passaram a ser consideradas doenças ocupacionais.

O NTEP é, portanto, um conceito previdenciário, que decorre da relação entre a atividade econômica do empregador e a entidade mórbida que ensejou a incapacidade prevista na CID, a ser caracterizada por meio de perícia médica realizada pelo INSS, com incidência estatística relacionada com a Classificação.

Com o advento deste instituto, o gênero “doença ocupacional” passou a incluir a espécie “doença com NTEP”, com presunção relativa de nexos causal em prol da vítima.

Isto porque, por meio da Instrução Normativa n. 31, de 10 de setembro de 2008, o INSS unificou o reconhecimento do NTEP, fixando as categorias<sup>(3)</sup>: nexos profissional ou do trabalho,

(2) A título de exemplo, os dados do ano de 2012, registraram a ocorrência de 14.955 doenças relacionadas ao trabalho, comunicadas ao INSS por meio da emissão de CAT. A este número, acrescentam-se 163.953 acidentes do trabalho sem CAT registrada. Nestes casos, o acidente é identificado por meio de Nexos Técnico Profissional/Trabalho, Nexos Técnico Epidemiológico Previdenciário — NTEP ou Nexos Técnico por Doença Equiparada a Acidente do Trabalho. (BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Anuário Estatístico da Previdência Social — 2012.*)

(3) ARAÚJO JÚNIOR, Francisco Milton. *Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP) e Fator Acidentário de Prevenção (FAP)* — objetivo apenas prevencionista, apenas arrecadatário, ou prevencionista e arrecadatário? Disponível em: <<http://online.sintese.com>> Acesso em: 09 jan. 2014, p. 3.

fundamentado nas associações entre as patologias constantes das listas A e B do Anexo II do Decreto n. 3.048/99; nexos técnico individual ou nexos técnicos por doença equiparada a acidente de trabalho, decorrente de acidentes típicos ou de trajeto ou, ainda, de condições especiais em que o trabalho é realizado (art. 20, § 2º, Lei n. 8.213/91); e NTEP, aplicável quando houver associação estatística epidemiológica entre a CID e a CNAE, conforme lista B do Anexo II do Decreto n. 3.048/99.

Assim, o art. 21-A da Lei n. 8.213/91, ao trazer o NTEP, consagrou a inversão do ônus probante em prol do empregado, transferindo ao INSS a incumbência de estabelecer o nexo causal e ao empregador o ônus de desconstituir o caráter laboral do agravo<sup>(4)</sup>, a uma porque é este quem detém maior aptidão de produzir as provas necessárias, a duas, pela hipossuficiência do empregado, que lhe dificulta a produção de provas.

É importante notar que depois de ser instituído o NTEP, houve uma alteração radical no perfil de concessão de auxílios-doença acidentária, com o incremento de 148%<sup>(5)</sup>. Ressalta-se que este crescimento no registro de doenças ocupacionais não se deu pelo aumento do número de casos, mas pela classificação como ocupacionais de moléstias que equivocadamente eram enquadradas pela autarquia previdenciária como “comuns”<sup>(6)</sup>.

Desta feita, com a introdução do NTEP no ordenamento jurídico pátrio, observou-se uma expressiva alteração dos dados estatísticos relacionados às doenças laborais: em 2006<sup>(7)</sup>.

(4) AGUIAR, Maria Rita Manzarra Garcia de. Nexos técnico epidemiológico. *Juris Plenum: Trabalhista e Previdenciária*, Caxias do Sul, v. 5, n. 24, p. 79-87, jun. 2009. p. 81.

(5) PRITSCH, Cesar Zucatti. Responsabilidade civil decorrente de acidente de trabalho ou doença ocupacional. *Revista LTr — Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 76, n. 03, p. 310, mar. 2012.

(6) AGUIAR, Maria Rita Manzarra Garcia de. Nexos técnico epidemiológico. *Juris Plenum*, p. 81.

(7) Ministério da Previdência Social. *Anuário Estatístico da Previdência Social/Ministério da Previdência Social, Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência*

foram registradas 30.170 doenças ocupacionais com emissão de CAT, não havendo qualquer dado estatístico a respeito das subnotificações. Em contrapartida, em 2007<sup>(8)</sup>, depois do advento do NTEP, foram notificados ao INSS 22.374 trabalhadores adoecidos em virtude da atividade laborativa, além dos 141.108<sup>(9)</sup> obreiros que não tiveram CAT emitida, mas que foram acometidos de doenças ocupacionais.

### 3. Riscos ambientais do trabalho e Fator Acidentário de Prevenção

A análise periódica dos dados estatísticos referentes a acidentes de trabalho tornou possível mapear as atividades econômicas quanto à sua potencialidade de acarretar dano à saúde de seus empregados. Com base nisto, houve a promulgação de nova legislação previdenciária — Lei n. 11.430/06 — responsável por instituir o sistema de cobrança dos Riscos Ambientais do Trabalho (RAT) e o mecanismo do Fator Acidentário de Prevenção (FAP), juntamente com o NTEP.

#### 3.1. RAT e a graduação tributária dos riscos por meio da CNAE

A graduação da contribuição do empregador de acordo com o risco da atividade exercida foi implementada na Lei n. 8.212/91, que prevê os percentuais de 1%, 2% ou 3% incidentes sobre o valor total da remuneração paga ou creditada, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos, de acordo com o grau de risco da atividade preponderante da empresa.

*Social*, vol. 17. Brasília: MPS/DATAPREV, 2010. Disponível em: <[http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3\\_091028-191015-957.pdf](http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_091028-191015-957.pdf)> Acesso em: 15 fev. 2013, p. 521.

(8) *Ibidem*, p. 521.

(9) Este número tem por base apenas os meses de março a dezembro, tendo em vista que em janeiro e fevereiro o NTEP ainda não estava sendo aplicado pelo INSS (Ministério da Previdência Social. *Anuário Estatístico da Previdência Social/Ministério da Previdência Social, Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social*, vol. 17).

O enquadramento da empresa nos diferentes graus de risco<sup>(10)</sup> — e, conseqüentemente, nas distintas alíquotas — se dá a cargo da própria empresa e deve ser feito mensalmente, de acordo com sua atividade econômica preponderante, seguindo o estabelecido na Relação de Atividades Preponderantes e Correspondentes Graus de Risco, elaborada com base na CNAE e prevista no Anexo V do RPS.

O enquadramento da empresa por atividade preponderante e a progressividade de alíquotas decorrente deste enquadramento, contudo, não se mostraram eficientes em estimular os empregadores a investirem em um meio ambiente de trabalho mais seguro<sup>(11)</sup>, com a prevenção de acidentes. Isto porque, ao se instituir uma alíquota coletiva, a cobrança do seguro se revelou de caráter estritamente tributário.

Atividades como frigoríficos ou laticínios, por exemplo, que se enquadram como atividade de risco grave, de acordo com o previsto no Anexo V do RPS para sua CNAE, ainda que investissem em prevenção e alcançassem um meio ambiente de trabalho sadio, possuindo um baixo número de empregados acidentados, arcariam com a alíquota de 3%, de modo que somente conseguiriam reduzir seu ônus tributário se todos os estabelecimentos que exercessem a mesma atividade econômica observassem as normas de saúde e segurança, a fim de conseguir baixar o grau de risco da atividade como um todo.

A criação do Fator Acidentário de Prevenção (FAP) buscou, justamente, permitir a tarificação individual da empresa<sup>(12)</sup>, beneficiando as que investem em um meio ambiente de trabalho sadio e prejudicando as que não se preocupam

com a saúde e segurança de seus empregados, com a respectiva redução ou majoração da RAT.

### 3.2. Fator Acidentário de Prevenção

A sistemática de estimular a livre-concorrência de mercado quanto às práticas prevencionistas, notadamente às relacionadas com a redução dos afastamentos por incapacidade laboral, penalizando as empresas que apresentam maiores índices, somente ganhou aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio com a promulgação do Decreto n. 6.042/07, que introduziu o art. 202-A no RPS, positivando o Fator Acidentário de Prevenção (FAP).

O FAP consiste num multiplicador variável num intervalo contínuo entre 0,50 (cinquenta centésimos) e 2 (dois inteiros), a ser aplicado à respectiva alíquota da contribuição relativa aos RAT<sup>(13)</sup>. Para fins desta redução ou majoração, o dispositivo previu que deveria ocorrer a discriminação do desempenho da empresa, dentro de sua atividade econômica, a partir da criação de índice composto por índices de gravidade, de frequência e de custo, que pondera os respectivos percentuais com pesos de cinquenta, trinta e cinco e quinze por cento, respectivamente.

O índice de frequência<sup>(14)</sup> tem por base a quantidade de benefícios incapacitantes cujos agravos causadores tenham gerado benefícios com significância estatística capaz de estabelecer NTEP entre a atividade da empresa e a entidade mórbida, acrescentada da quantidade de benefícios de pensão por morte acidentária. Já o índice de gravidade, por sua vez, vincula-se à soma da duração dos benefícios incapacitantes, expressos em dias, utilizando-se da expectativa de vida como parâmetro para a definição da data de cessação do auxílio-acidente e pensão

(10) CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*, p. 260.

(11) MORAES, Cláudia Valério de. *Novo mecanismo de estímulo à proteção da segurança e da saúde do trabalhador: o Fator Acidentário de Prevenção (FAP)*. Disponível em: <<http://online.sintese.com>> Acesso em: 9 jan. 2014, p. 8.

(12) *Ibidem*, p. 8.

(13) CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*, p. 263.

(14) ARAÚJO JÚNIOR, Francisco Milton. *Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP) e Fator Acidentário de Prevenção (FAP) — objetivo apenas prevencionista, apenas arrecadatário, ou prevencionista e arrecadatário?* p. 4.

por morte acidentária. O de custo, por fim, consiste na somatória do valor correspondente ao salário de benefício diário de cada um dos benefícios considerados no índice de frequência, multiplicado pela respectiva gravidade<sup>(15)</sup>.

Com base nestes índices, o Ministério da Previdência Social publica, anualmente os percentuais de frequência, gravidade e custo por Subclasse de CNAE e divulga o FAP de cada empresa, com os respectivos índices apurados e demais elementos que possibilitem verificar o desempenho da empresa dentro de sua CNAE-Subclasse.

Registra-se, por fim, que a Previdência Social criou um “sistema de travas”<sup>(16)</sup> que impede que as empresas recebam bonificações de redução do RAT, apesar de apresentar coeficientes de frequência, gravidade e custo inferiores à média da CNAE, quando: a) haja registro de morte ou invalidez permanente de seus trabalhadores, salvo na hipótese de a empresa comprovar investimentos em recursos materiais, humanos e tecnológicos em melhoria na segurança do trabalho, de acordo com as regras estabelecidas pelo INSS; ou b) apresente taxa média de rotatividade acima de setenta e cinco por cento, salvo se comprovarem a observância das normas de saúde e segurança do trabalho em casos de demissões voluntárias ou término da obra, sob pena de não poderem ter reduções da alíquota do FAP.

## 4. Repercussão do reconhecimento do acidente do trabalho pelo INSS

### 4.1. O reconhecimento do caráter laboral da enfermidade na esfera

(15) Em razão da gravidade da ocorrência, são atribuídos pesos diferenciados de acordo com cada benefício, sendo de 50% o peso de pensão por morte e de 30% e 10% os pesos de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença ou auxílio-acidente, respectivamente, conforme art. 202-A, § 4º, II, do RPS.

(16) ARAÚJO JÚNIOR, Francisco Milton. *Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP) e Fator Acidentário de Prevenção (FAP)* — objetivo apenas prevencionista, apenas arrecadatário, ou prevencionista e arrecadatário? p. 4.

### **previdenciária e a (não) vinculação da Justiça do Trabalho a esta decisão**

A caracterização do acidente do trabalho por parte do médico perito do INSS, geralmente é suficiente também para caracterizar onexo causal<sup>(17)</sup>, entre o trabalho realizado pelo reclamante e a moléstia por ele desenvolvida, no âmbito da ação trabalhista indenizatória.

Isso não significa, contudo, que as esferas estejam vinculadas. Há que se observar que, conforme prevê o art. 436 do CPC, o julgador não está adstrito nem ao laudo pericial realizado pelo médico por ele designado, no qual é possibilitado ao magistrado formular quesitos, além de ser oportunizado às partes a elaboração de questionamentos e a indicação de assistente técnico, no exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório.

Nesta linha, menos razão ainda haveria para condicionar o julgador ao laudo pericial do INSS. Assim, tendo em vista que a perícia produzida pelo INSS não obriga o magistrado a decidir no mesmo sentido, este pode, no curso da instrução de uma ação indenizatória, designar um médico, não necessariamente vinculado à Previdência Social, para elaborar laudo pericial, a fim de formar seu convencimento<sup>(18)</sup>.

Todavia, a independência entre as instâncias não significa que o órgão julgador vai desconsiderar por completo a conclusão adotada pelo INSS. Ao afastar a conclusão da perícia previdenciária, o juízo deve fazê-lo de forma motivada, após ampla dilação probatória, quando concluir que o posicionamento da autarquia carece de respaldo técnico, ou seja, em que pese a ausência de vinculação, o juízo trabalhista deve sopesar a decisão no âmbito previdenciário, quando da análise do conjunto probatório.

(17) DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*, p. 353-354.

(18) PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. *Acidente do Trabalho: críticas e tendências*. São Paulo: LTr, 2012. p. 80.

A não vinculação das esferas não significa que o Judiciário esteja esvaziando a competência dos médicos do INSS, mas reflete apenas a necessidade de que, no exercício da função jurisdicional, o próprio Estado-Juiz possa permitir a produção de prova, lhe possibilitando maior contato com o conjunto probatório, dando plena aplicabilidade ao princípio da inafastabilidade da jurisdição<sup>(19)</sup>, com garantia do devido processo legal. Este posicionamento tampouco significa que o reconhecimento do caráter laboral da enfermidade no âmbito previdenciário não erradia efeitos na ação de reparação.

#### 4.2. Perícia Judicial e os institutos previdenciários

Primeiramente, cumpre notar que a perícia judicial, regra geral, abrange mais aspectos do que a elaborada pela autarquia previdenciária<sup>(20)(21)</sup>, pois, enquanto esta se restringe

à comprovação da moléstia e sua correlação com o trabalho, aquela deve buscar também analisar a extensão dos danos ou da invalidez e todas as suas variáveis consequentes, inclusive quanto a pressupostos de responsabilidade civil<sup>(22)</sup>.

Para tanto, o *expert* nomeado pelo juízo deve realizar uma minuciosa descrição das condições em que os serviços eram prestados e dos fatores etiológicos da doença, a fim de aferir sobre o nexo causal, e uma investigação acerca de possível descumprimento de normas legais, ergonômicas, técnicas e outras, além de avaliação dos aspectos organizacionais e psicossociais a que o trabalhador esteve exposto em seu ambiente de trabalho, para que se possa caracterizar a culpa<sup>(23)</sup>, caso se adote a corrente subjetiva de responsabilidade.

Nesta linha, e a fim de unificar os procedimentos adotados nas perícias médicas de doenças ocupacionais, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução n. 1488/98, na qual traça os critérios técnicos mais apropriados para estabelecer o nexo causal nas perícias envolvendo moléstias ocupacionais.

Adotando o art. 2º desta Resolução e adaptando à realidade do Judiciário trabalhista, o Comitê Gestor Nacional do Programa Trabalho Seguro editou diretriz sobre prova pericial em acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, na qual incluiu, dentre os elementos a serem analisados na perícia judicial, os dados epidemiológicos (art. 7º, IV<sup>(24)</sup>). Assim, para

(19) PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. *Acidente do Trabalho: críticas e tendências*, p. 151.

(20) Inclusive, o procedimento a ser adotado pelo perito do INSS é mais simplificado que o sugerido ao perito judicial, conforme se observa na Resolução n. 1488/98 do CFM: "Art. 6º São atribuições e deveres do perito-médico de instituições previdenciárias e seguradoras:

I – avaliar a capacidade de trabalho do segurado, através do exame clínico, analisando documentos, provas e laudos referentes ao caso;

II – subsidiar tecnicamente a decisão para a concessão de benefícios;

III – comunicar, por escrito, o resultado do exame médico-pericial ao periciando, com a devida identificação do perito-médico (CRM, nome e matrícula);

IV – orientar o periciando para tratamento quando eventualmente não o estiver fazendo e encaminhá-lo para reabilitação, quando necessária."

(21) Essas diferenças pontuais não significam a distinção entre as perícias quanto aos deveres dos profissionais que as realizam, seja quanto a aspectos técnicos procedimentais, seja quanto a aspectos éticos profissionais (CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*, p. 631). A abrangência maior da perícia judicial se configura em virtude das diferenças entre o nexo causal previdenciário e civil para acidentes de trabalho, da mensuração do dano para fins de auxiliar o magistrado na indexação da indenização e a necessidade, por vezes, de investigação da culpa do empregador

e do grau de contribuição da atividade laboral para a ocorrência do infortúnio.

(22) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenização por acidente de trabalho ou doença ocupacional*, p. 327.

(23) *Ibidem*, p. 330.

(24) Comitê Gestor Nacional do Programa Trabalho Seguro divulga os resultados do Fórum Virtual sobre Perícias Judiciais. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/inicio/-/asset\\_publisher/9zRx/content/comite-gestor-nacional-do-programa-trabalho-seguro-divulga-os-resultados-do-forum-virtual-sobre-pericias-judiciais?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fweb%2Ftrabalhoseguro%2Finicio%3Fp\\_id%3D101\\_INSTANCE\\_9zRx%26p\\_p\\_](http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/inicio/-/asset_publisher/9zRx/content/comite-gestor-nacional-do-programa-trabalho-seguro-divulga-os-resultados-do-forum-virtual-sobre-pericias-judiciais?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fweb%2Ftrabalhoseguro%2Finicio%3Fp_id%3D101_INSTANCE_9zRx%26p_p_)

a maioria da doutrina e jurisprudência, o NTEP deve ser considerado também na fase judicial<sup>(25)</sup>, culminando na presunção de nexa causal.

O NTEP, contudo, pode ser afastado, tanto no âmbito administrativo como no judicial, desde que fique devidamente comprovado que a doença que acomete o trabalhador não possui qualquer relação com a atividade laboral.

Assim, do mesmo modo que a perícia médica do INSS pode deixar de aplicar o NTEP, desde que o faça em decisão fundamentada e embasada em informações ou elementos circunstanciados e contemporâneos ao exercício da atividade, que evidenciem a inexistência de relação entre o agravo e o trabalho<sup>(26)</sup>, também pode o médico do juízo afastar a incidência do NTEP.

Sobre a aplicação do NTEP nas perícias judiciais, manifestou-se o Comitê Gestor Nacional do Programa Trabalho Seguro, por meio do Enunciado de n. 12:

NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO [sic]. IMPLICAÇÃO. LIMITES. I — O perito deverá relatar se o fato de o agravo à saúde ou a incapacidade possui natureza acidentária diante da constatação do Nexa Técnico Epidemiológico — NTEP entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa (CNAE) e a entidade motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças — CID, nos termos do art. 21-A da Lei n. 8.213/91 com a redação da Lei n. 11.430/06 e Decreto n. 6.042/07. II — A perícia poderá judicialmente negar a existência de nexa técnico epidemiológico quando dispuser de

lifecycle%3D0%26p\_p\_state%3Dnormal%26p\_p\_mode%3Dview%26p\_p\_col\_id%3Dcolumn-3%26p\_p\_col\_count%3D1> Acesso em: 17 mar. 2014.

(25) SILVA JUNIOR, Edson da. Nexa Técnico Epidemiológico e sua aplicação perante a justiça do trabalho nas ações de indenização por acidentes do trabalho e doenças ocupacionais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 40, p. 134, 2012.

(26) DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*, p. 353.

informações ou elementos circunstanciados e contemporâneos ao exercício da atividade que evidenciem a inexistência do nexa técnico entre o agravo à saúde e as condições de trabalho, nos termos da Lei n. 11.430/06 e art. 6º da IN n. 31/2008 do INSS, consignando a devida motivação técnica adequada para a não aplicação do NTEP. III — A fundamentação a ser utilizada pelo perito para avaliação do nexa causal e da incapacidade deverá pautar-se em critérios técnicos adequados, notadamente a IN n. 98/2008.

O enunciado supracitado reitera a necessidade de o perito judicial avaliar os dados epidemiológicos — por meio do NTEP —, podendo afastar a aplicação do instituto previdenciário somente quando, de forma devidamente motivada, observar a existência de outros elementos técnicos capazes de caracterizar a inexistência de nexa técnico entre o agravo e as condições laborais.

## 5. O reconhecimento do acidente do trabalho pelo INSS, os pressupostos da responsabilidade civil e o ônus da prova

O reconhecimento pela autarquia previdenciária da natureza acidentária de um benefício não assegura, necessariamente, a existência dos pressupostos necessários à configuração do dever de reparar civilmente. A decisão administrativa do INSS, em que pese estar revestida de todos os atributos do ato administrativo, não vincula o Poder Judiciário e as presunções a ela inerentes são relativas, podendo ser desconstituídas se o empregador apresentar provas convincentes em sentido contrário<sup>(27)</sup>.

Ademais, os pressupostos para a configuração do caráter laboral de uma enfermidade possuem nuances distintas nas duas esferas. Os princípios que regem o seguro social do acidente de trabalho, em razão da sua natureza, são mais elásticos em comparação com aqueles que orientam as reparações cíveis, de

(27) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenização por acidente de trabalho ou doença ocupacional*, p. 158.

modo que para aplicá-los à responsabilidade civil necessitam alguns ajustes.

Isto porque a lei concedeu maior amplitude ao nexo causal para efeitos previdenciários, incluindo situações que, no âmbito da responsabilidade civil, são enquadradas como excludentes de nexo causal ou de indenização, como os infortúnios decorrentes de força maior, caso fortuito e fato de terceiro. Essa diversidade de tratamento justifica-se na diferença entre os bens jurídicos tutelados, pois, enquanto o seguro acidentário tem um caráter marcadamente social, com apoio na teoria da responsabilidade objetiva na modalidade risco integral, na responsabilidade civil, o interesse protegido é individual e a verba decorrente de eventual condenação possui caráter indenizatório, de reparação do dano causado<sup>(28)</sup>.

### **5.1. NTEP e a presunção de nexo causal**

A decisão administrativa do INSS, mesmo possuindo todos os atributos do ato administrativo, não vincula o Poder Judiciário, de acordo com o que já foi tratado anteriormente. Contudo, se o empregador, durante a instrução da ação reparatória, não apresentar provas convincentes para afastar a presunção ocasionada pela decisão da esfera previdenciária, tem-se, em regra, configurado o pressuposto do nexo causal para fins de reparação civil<sup>(29)</sup>.

A presunção, na esfera previdenciária, já era admitida<sup>(30)</sup> pela Lei n. 8.213/91, em seu art. 20, na hipótese da doença ocupacional estar enquadrada nas listas do Anexo II do RPS, ou seja, nas hipóteses de doenças profissionais. Mas a matéria começou a ganhar maior relevo com a criação do NTEP, que positivou, de forma expressa, na Lei de Benefícios, a presunção de causalidade entre o labor e a enfermidade quando configurada a relação epidemiológica.

(28) *Ibidem*, p. 154-155.

(29) *Ibidem*, p. 158.

(30) IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p.650.

Com o advento do NTEP, criou-se a presunção de nexo causal também para doenças do trabalho, provocando a inversão do ônus da prova quando caracterizado que a moléstia que acomete o obreiro possui relação epidemiológica com a atividade econômica do seu empregador, de modo que o infortúnio sofrido pelo trabalhador será reputado como decorrente de sua atividade laborativa, salvo se o empregador conseguir desconstituir a relação causal, impugnando a aplicação do NTEP<sup>(31)</sup>.

Fábio Zambitte Ibrahim<sup>(32)</sup> pondera que essa inversão de ônus da prova é medida razoável, a uma porque retira o ônus da parte mais frágil, o segurado, e o transfere à empresa, a quem incumbe assumir os riscos de sua atividade e, a duas, porque a eventual restrição à iniciativa privada, por meio da responsabilização acidentária, é adequada e necessária diante da “carnificina laboral” que se tem observado no Brasil.

Quanto à aplicação desta presunção às ações acidentárias cíveis, a maioria da doutrina e da jurisprudência vem defendendo que a presunção do vínculo de causalidade gerada pela aplicação do NTEP na esfera previdenciária erradia efeitos no âmbito judicial<sup>(33)</sup>:

[...] já no campo da responsabilização civil do empregador, transfere-se o ônus de prova em matéria de doença ocupacional quando haja histórico de adoecimentos na empresa por trabalhadores nas mesmas condições: caberá, doravante, ao tomador dos serviços demonstrar que não concorreu para o mal que acometeu o trabalhador, o que só será possível mediante prova robusta (presunção legal).<sup>(34)</sup>

(31) PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. *Acidente do Trabalho: críticas e tendências*, p. 119-120.

(32) IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*, p. 649-650.

(33) SILVA JUNIOR, Edson da. Nexo Técnico Epidemiológico e sua aplicação perante a justiça do trabalho nas ações de indenização por acidentes do trabalho e doenças ocupacionais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 40, p. 132, 2012.

(34) CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*, p. 633.

A aplicação do NTEP ao âmbito judicial foi objeto de discussão na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho<sup>(35)</sup>, realizada em 23 de novembro de 2007, no Tribunal Superior do Trabalho (TST), na qual foi proferido o Enunciado n. 42, que versa sobre a matéria: “Acidente de trabalho. Nexo técnico epidemiológico. Presume-se a ocorrência de acidente de trabalho, mesmo sem a emissão da CAT — Comunicação de Acidente de Trabalho, quando houver nexo técnico epidemiológico conforme art. 21-A da Lei n. 8.213/1991.”

A aplicação da presunção de nexo causal pode ser observada em alguns julgados, a exemplo deste, de lavra do Tribunal Superior do Trabalho:

[...] TRABALHADORES NA LAVOURA CANAVIEIRA. TENDINOPATIA. NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO. PRESUNÇÃO LEGAL RELATIVA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE DOENÇA E TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE. 3.1. Com o advento da Lei n. 11.430/2006, foi inserido o art. 21-A na Lei n. 8.213/1991, dispondo que — a perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças — CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento. A instituição do nexo técnico epidemiológico previdenciário — NTEP constitui medida de proteção à saúde do trabalhador e decorre do reiterado descumprimento, pelos empregadores, da emissão de CAT e das dificuldades de fiscalização. Trata-se de método de associação estatística, em que se compara a recorrência do surgimento de patologias, em grupos de trabalhadores, a determinada atividade,

estabelecendo-se nexo de causalidade presumido. 3.2. A atividade na lavoura canavieira está inserida nesse quadro, gerando presunção relativa de causalidade entre a entidade mórbida e a atividade laboral (arts. 21-A da Lei n. 8.213/1991, 337, § 3º, e Anexos do Decreto n. 3.048/1999). Em tal caso, o afastamento da presunção recai, no ambiente processual, sobre o empregador. Recurso de revista não conhecido. [...] (TST, RR – 154800-57.2009.5.18.0191, rel. Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 14.12.2011, 3ª Turma, Data de Publicação: 19.12.2011.)

Faz-se necessário notar que a presunção a que se refere o Enunciado n. 42, assim como ocorre no âmbito previdenciário, é relativa, podendo o empregador se elidir do dever de indenizar caso comprove alguma das hipóteses de excludente de responsabilidade civil<sup>(36)</sup> ou consiga desconstituir o liame causal.

Para a maioria da doutrina e da jurisprudência, a presunção de nexo causal entre a enfermidade e a atividade laborativa instituída pelo NTEP na esfera previdenciária aplica-se também na fase judicial, de forma relativa, invertendo o ônus da prova quanto a este pressuposto da responsabilidade civil, transferindo ao empregador a incumbência de afastar sua incidência. Esta tem sido, até o presente momento, o principal efeito que se tem observado da aplicação do NTEP nas ações trabalhistas de reparação civil.

## 5.2. Presunção de culpa e inversão do ônus da prova

Uma vez que o sistema previdenciário pátrio adota a responsabilidade objetiva, com fulcro na teoria do risco integral, para a concessão de seus benefícios de cunho acidentário, o pressuposto da culpa não é matéria de debate na instância administrativa.

Quando se passa à esfera judicial, por sua vez, a análise desse pressuposto torna-se primordial, pois ainda há muito debate acerca

(35) 1ª JORNADA BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL E MATERIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO. *Enunciados aprovados*. Disponível em: <<http://brasil.indymedia.org/media/2010/03/467445.pdf>> Acesso em: 18 mar. 2014.

(36) AGUIAR, Maria Rita Manzarra Garcia de. Nexo técnico epidemiológico. *Juris Plenum: Trabalhista e Previdenciária*, p. 83.

da adoção da responsabilidade objetiva nas ações de reparação civil de danos decorrentes de acidentes laborais e, mesmo quando admitida, costuma ser tratada pela jurisprudência como exceção.

No campo da reparação civil, entende Dallegrave Neto<sup>(37)</sup> que a culpa patronal em matéria acidentária será sempre presumida, em decorrência do simples descumprimento da legislação infortunística, pautando-se na responsabilidade civil contratual, onde toda inexecução implica culpa presumida. Como consequência desta presunção, o ônus da prova seria sempre deslocado ao empregador, a quem cumpriria demonstrar em juízo que cumpriu integralmente as normas de saúde e segurança do trabalho e seu dever geral de cautela.

Sebastião Geraldo Oliveira<sup>(38)</sup>, por sua vez, é mais cauteloso com o tema. Apesar de trazer diversos argumentos que corroboram com a inversão do ônus probatório, define esta corrente como um avanço doutrinário, que está apenas começando a produzir repercussões jurisprudenciais.

Dentre os argumentos por ele apontados, destaca-se que, nas atividades de risco, quando o acidente ou doença ocorre no ambiente laboral, há uma tendência natural a se presumir a culpa do empregador, em razão do que ordinariamente acontece. Ademais, pondera o autor que, no processo trabalhista, nem sempre o reclamante consegue desincumbir-se satisfatoriamente do seu ônus, uma vez que é o empregador que possui maior disponibilidade dos meios de prova, ou seja, é a parte mais apta a demonstrar em juízo os fatos controvertidos.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, a 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada em 2007, adotou o Enunciado n. 41, que consagra a inversão do ônus da prova em favor da vítima das ações reparatórias por

acidente laboral. Este entendimento também foi adotado no XIV Congresso Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho, ocorrido em 2008, com o seguinte teor: “Nas ações indenizatórias por acidente de trabalho, cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima. Presume-se a culpa do empregador, admitindo-se, no entanto, prova em sentido contrário.”<sup>(39)</sup>

Esta presunção de culpa passou a ser mais evidente com a implementação do NTEP, uma vez que o instituto, por meio de dados epidemiológicos, traduz os riscos que a atividade econômica apresenta para a ocorrência de determinadas enfermidades, cabendo ao empregador, por sua vez, apresentar provas robustas de que tomou todas as medidas para neutralizar estes riscos. Neste sentido, já se posicionou a Corte Superior Trabalhista:

[...] 3. ENFERMAGEM. DOENÇA OCUPACIONAL. HEPATITE C. O Regional concluiu que constituía ônus do empregador comprovar a culpa exclusiva do empregado, em face da presunção legal de nexo de causalidade entre a atividade exercida pelo reclamante e a moléstia acometida por ele. Ressaltou que a exposição ao risco de contágio é inerente à própria atividade profissional — enfermagem —, ficando assim caracterizado o nexo técnico epidemiológico previdenciário (art. 21-A da Lei n. 8213/91). Nesse contexto, o quadro fático-jurídico retratado evidencia que a própria atividade e as circunstâncias em que é desenvolvida autorizam a conclusão de que existe presunção de culpa do empregador, invertendo-se, assim, o ônus da prova, devendo este demonstrar que não agiu com culpa no evento, ônus do qual não se desincumbiu, já que não demonstrou a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro ou força maior. Logo, intactos os arts. 7º, XXVIII, da CF e 186 do CC. [...] (TST, AIRR – 350-76.2010.5.15.0104, relª Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 4.9.2013, 8ª Turma, Data de Publicação: 6.9.2013.)

(37) DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*, p. 408.

(38) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenização por acidente de trabalho ou doença ocupacional*, p. 225.

(39) *Apud* OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenização por acidente de trabalho ou doença ocupacional*, p. 224.

A grande parte dos julgadores já acolheu a presunção de culpa, que, para alguns doutrinadores<sup>(40)</sup>, é uma solução transacional ou uma escala intermediária entre a responsabilidade subjetiva, com a necessidade de prova da culpa pela vítima, e a adoção da corrente objetiva.

Pondera-se, por fim, a utilização do FAP para presunção da culpa do empregador. Apesar de ser uma matéria que não tem sido o foco dos estudos doutrinários sobre o tema, importa ressaltar que o Fator Acidentário de Prevenção, por demonstrar que a empresa apresenta risco maior, menor ou na média das demais do mesmo segmento econômico, é instituto apto a ensejar presunção de culpa.

Isto porque, se um determinado empregador apresenta um FAP acima das demais empresas que exercem a mesma atividade, configura-se provável que este seja negligente no cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho, não empenhando esforços na prevenção de acidentes do trabalho. A negligência, como modalidade de culpa, é facilmente presumível no âmbito coletivo de uma empresa que possui FAP superior às demais, sendo prudente utilizar a presunção de culpa no caso concreto, invertendo o ônus da prova e imputando ao empregador o dever de comprovar que quanto àquele trabalhador específico, reclamante da demanda acidentária, não há culpa da empresa.

## 6. Caracterização da atividade de risco e a responsabilidade objetiva do empregador

A coleta de dados referentes à ocorrência de acidentes laborais e seu processamento estatístico — feito pela Previdência Social e que culminou na positivação do Nexo Técnico Epidemiológico — revelaram que o Brasil possui um elevado índice de desgaste laboral, o que significa que, no País, os acidentes do trabalho ocorrem numa intensidade superior à

(40) PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. *Acidente do Trabalho: críticas e tendências*, p. 98-99.

esperada quando comparada à média mundial. E, em determinadas atividades econômicas, o nível de degradação do exercício laboral é ainda maior<sup>(41)</sup>.

É prudente considerar que o empregador que possui, no âmbito de suas atividades econômicas, fatores que fazem adoecer os trabalhadores, em números acima da média, deve arcar com os danos decorrentes de seu processo produtivo pernicioso — onde o empregado estava inserido como mero insumo — sob pena de que o empregado arque com os riscos da atividade de seu empregador e com o risco à sua própria integridade física e psíquica.

Fazer com que o empregador arque com os riscos a que expõe seu empregado quando visa apenas sua produtividade é uma forma de desestimular o exercício de atividades sem as devidas proteções que garantam o meio ambiente de trabalho saudável, de modo a evitar danos temporários e permanentes aos trabalhadores<sup>(42)</sup>.

Ao tentar combater estas degradações ambientais e responsabilizar o empregador pelos danos causados por sua atividade, passou-se a utilizar o NTEP nas ações de responsabilidade civil do empregador por acidente de trabalho, conforme já visto anteriormente. A partir da introdução do instituto na esfera judicial, o TST vem entendendo que quando há NTEP inverte-se o ônus da prova — possibilitando ao empregador descaracterizar o nexo causal — e se presume a culpa do demandado.

Não obstante o posicionamento atual da jurisprudência, deve-se ponderar que a introdução de uma cláusula geral de responsabilidade objetiva no CC — parágrafo único do art. 927 — teve por finalidade possibilitar que seja analisada a aplicação da teoria objetiva pelo

(41) MARINHO FILHO, Luciano. O nexo técnico epidemiológico previdenciário — NTEP como elemento de defesa do trabalhador e da sociedade. *Justica do Trabalho*. Porto Alegre, n. 323, p. 78, nov. 2010.

(42) *Ibidem*, p. 80.

magistrado, ponderando as especificidades do caso concreto<sup>(43)</sup>, com base na teoria do risco.

No caso das ações acidentárias, é possível configurar a ocorrência de atividade de risco com fulcro na teoria do risco proveito, que consagra que o agente tem o dever de suportar todos os danos causados por sua atividade, uma vez que obtém proveito dela<sup>(44)</sup>. Por meio desta teoria, tem-se que o dano deve ser reparado por quem retira proveito ou vantagem do fato lesivo, pois quem colhe os frutos da prática de atividades com potencial nocivo, deve arcar com as consequências que dela decorrerem<sup>(45)</sup>.

É importante notar que o proveito não necessita ter natureza econômica, podendo ser qualquer outra espécie de vantagem<sup>(46)</sup>, o que permitiria a aplicação desta teoria mesmo nos casos em que o empregador não obtém proveito econômico, como entidades sem fins lucrativos, pois estas também se beneficiam com o trabalho do obreiro que, de alguma forma, gera proveito para este empregador.

Ademais, conforme se denota do art. 2º da CLT, do próprio conceito de empregador se pode extrair que este agente assume os riscos de sua atividade econômica. Deste modo, a teoria do risco proveito se mostra adequada para caracterizar a atividade de risco do empregador, com base no NTEP.

Diante das considerações tecidas — ressaltando ainda a possibilidade de irradiação dos efeitos do NTEP para a esfera judicial e compatibilidade da aplicação da responsabilidade objetiva por acidente de trabalho com o texto

constitucional<sup>(47)</sup> —, deve-se notar que a elevada incidência estatística de uma doença em determinada atividade econômica demonstra que tal atividade apresenta um risco maior de ocorrência de acidentes laborais entre seus trabalhadores, de modo que pode ser considerada uma atividade de risco.

Assim, configurado o NTEP, torna-se incontroverso o risco anormal gerado pela atividade em relação àquela moléstia — uma vez que está reconhecida estatisticamente a elevada incidência da patologia na atividade empresarial —, impondo-se, portanto, a adoção da responsabilidade objetiva do empregador, com base na teoria do risco<sup>(48)</sup>.

Trata-se de método objetivo, científico e com guarida legal (art. 21-A da Lei n. 8.213/1991). Logo, pode-se dizer que nos casos em que se presumir que a doença seja ocupacional pela adoção do NTEP, estar-se-á diante de “atividade normal de risco”, aplicando-se a responsabilidade civil do empregador independente de investigação de culpa patronal. Entendimento plenamente coerente se levado em consideração que esse critério se fundamenta em estatísticas epidemiológicas, decorrentes de pesquisa científica.

(43) GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, volume III: Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 188.

(44) SILVA, Michael Hideo Atakiama. A responsabilidade civil da empresa por acidentes de trabalho. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (Orgs.). *Responsabilidade civil: volume V — direito fundamental à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 964.

(45) CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 153.

(46) BRANDÃO, Cláudio. *Acidente de trabalho e responsabilidade civil do empregador*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 224.

(47) Apesar de ser um tema que ainda encontra muita divergência doutrinária, este trabalho se filia à corrente que admite a aplicação da responsabilidade objetiva nas ações de responsabilidade civil por acidente de trabalho, conforme entendimento firmado na IV Jornada de Direito Civil promovida em Brasília, em outubro de 2006, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “Enunciado n. 377 — O art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal não é impedimento para a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil quando se tratar de atividade de risco.” Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Coordenador Científico Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>> Acesso em: 10 mar. 2014, p. 55.

(48) ISHII, Sary Yoko. O Nexa Técnico Epidemiológico como fundamento da responsabilidade objetiva do empregador nas doenças relacionadas ao trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região*, Recife, v. 22, n. 39, p. 53, 2012.

Com o acolhimento desta teoria, defendida pelos autores acima citados, o empregador, ainda que cumpra seu dever de zelar pelo meio ambiente de trabalho seguro e respeitar os preceitos de medicina e segurança do trabalho, deve reparar os danos causados ao seu empregado pelos infortúnios decorrentes de acidente laboral. Tal situação se mostra razoável, a uma, porque a configuração do risco está fundamentada em estudo estatístico, realizado pelo método científico, a duas, pois o empregador obtém vantagens com a prestação de serviço do empregado e, a três, porque, depois de catalogados os dados, ficou ainda mais clara a probabilidade de acidentes laborais, devendo o empregador buscar evitá-los<sup>(49)</sup>.

Com os avanços doutrinários e jurisprudenciais no campo acidentário, alguns julgadores começaram a admitir a utilização do NTEP para demonstrar o risco da atividade, aplicando a responsabilidade objetiva:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NEXO TÉCNICO-EPIDEMIOLÓGICO. O Regional condenou a reclamada a indenizar a reclamante, em razão de doença ocupacional, uma vez constatado que prestou serviços em condições que possibilitaram o desenvolvimento das seguintes enfermidades: distúrbios de radiculopatia de C5-C6 e C6-C7 em Coluna Cervical (CID M54.1), Tenossinovite do Ombro Direito (CID M65.9) e Síndrome do Túnel do Carpo Bilateral (CID G56.0). Ressalta também que o Decreto n. 3.048/91 prevê expressamente o nexo técnico epidemiológico entre as patologias desenvolvidas e as atividades desempenhadas. Logo, considerando que a própria legislação elege a atividade relativa ao abate de bovinos como de risco ambiental grave, para a eclosão das moléstias, correto o e. Regional ao adotar a teoria da responsabilidade objetiva, disciplinada no art. 927, parágrafo único, do

(49) MELO, Raimundo Simão de. Responsabilidade objetiva e inversão da prova nos acidentes de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 01, p. 23, jan. 2006.

Código Civil de 2002, como fundamento para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, decorrentes de acidente de trabalho. Agravo de instrumento não provido. (TST, AIRR – 229100-73.2008.5.18.0013, rel. Ministro: Milton de Moura França, Data de Julgamento: 30.11.2011, 4ª Turma, Data de Publicação: 9.12.2011.)

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL E MATERIAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. COMPATIBILIDADE. ART. 7º, XXVIII, DA CF E ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. DOENÇA OCUPACIONAL. NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO CARACTERIZADO. ABATE DE AVES. A norma constitucional (art. 7º, XXVIII) prevê a responsabilidade subjetiva, obrigação de o empregador indenizar o dano que causar mediante comprovada culpa ou dolo, e o Código Civil, a responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único), em que não se faz necessária tal comprovação, pois fundada na teoria do risco da atividade econômica. A primeira, norma constitucional, trata de uma garantia mínima do trabalhador, exegese que se extrai do *caput* do referido artigo que, ao elencar os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, faz recepção a — outros que visem à melhoria de sua condição social. Portanto, a primeira norma não exclui a segunda, que em verdade a complementa. No caso, a segunda regra atribui, por sua vez, maior responsabilidade civil ao empregador, aplicável de forma supletiva ao Direito do Trabalho, haja vista o princípio da norma mais favorável e o aspecto de esse ramo do Direito primar pela proteção do trabalhador e pela segurança e medicina do trabalho, institutos destinados a assegurar a dignidade, integridade física e psíquica do empregado no seu ambiente de trabalho. A obrigação de o empregador reparar o dano moral ou material no caso de doença ocupacional equiparada a acidente de trabalho, com supedâneo na responsabilidade civil objetiva, mediante caracterização do nexo epidemiológico, vem sendo acolhida por esta Corte. [...] (TST, RR - 141200-45.2009.5.18.0101, rel. Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de

Julgamento: 5.6.2012, 6ª Turma, Data de Publicação: 15.6.2012.)

A corrente adotada nos excertos acima colacionados ainda é minoritária nos tribunais pátrios. O Judiciário caminha para melhor tutelar a saúde do trabalhador e a utilização do NTEP para configurar a culpa presumida e a inversão do ônus da prova — corrente majoritária — são exemplos disso. A adoção da responsabilidade objetiva por alguns julgadores é um indício de que o tema permanece gerando debates e tende a evoluir ainda mais, em benefício das vítimas de acidentes laborais.

Nesta mesma linha de raciocínio, importa ressaltar o instituto previdenciário do FAP. Criado com base em dados estatísticos dos benefícios previdenciários, ponderando índices de frequência, gravidade e custo, o Fator Acidentário de Prevenção traduz o grau de risco criado no âmbito da empresa, apurando o risco específico daquele empregador em comparação com risco dos demais exercentes da mesma atividade econômica, ponderando ainda o risco para a atividade, previsto no Decreto n. 3.048/99. Neste sentido, destaca Sebastião Geraldo de Oliveira<sup>(50)</sup>:

É possível, portanto, obter duas informações relevantes: a do risco inerente, com base no potencial de risco da atividade, e a do risco criado, apurado a partir da sinistralidade específica daquele empregador, ou seja, quando o FAP da empresa estiver acima da média da respectiva atividade econômica.

O risco inerente à atividade é o previsto no Decreto n. 3.048/99, que classifica as atividades econômicas em graus de risco, que podem ser: leve, médio ou grave. Já o risco criado, apurado por empresa, utiliza os índices de frequência, gravidade e custo para comparar o desempenho de cada empregador aos demais que exercem a mesma atividade econômica.

(50) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenização por acidente de trabalho ou doença ocupacional*, p. 137.

Se um empregador, por exemplo, pertence a uma atividade econômica de risco grave e ainda apresenta um FAP acima da média, não se pode ignorar que os seus trabalhadores estão submetidos a um risco acentuado em relação aos demais.

Outrossim, ressalta-se que FAP, além de ter a vantagem de demonstrar o risco específico de cada empregador, é atualizado anualmente, transparecendo o grau de perigo atual que o ambiente da empresa apresenta para os seus empregados, beneficiando os empregadores que investem em saúde e segurança de seus trabalhadores, e punindo os que não tomam as devidas precauções.

Seguindo este raciocínio, Sebastião Geraldo de Oliveira sugere a utilização do FAP para a mensuração do risco da atividade para fins de responsabilidade objetiva, ressaltando, contudo, que, por se tratar de informação técnica, é mais prudente deixar a apuração do risco a cargo do perito judicial<sup>(51)</sup>.

Este ainda é um tema recente e não encontra muitos adeptos na doutrina, sendo ainda menos expressivo na jurisprudência. Entretanto, as ponderações acima tecidas evidenciam a plausibilidade nos argumentos esboçados por Oliveira, demonstrando que o FAP se apresenta como indicador seguro da existência de risco anormal na atividade.

## 7. Considerações finais

O presente trabalho se dispôs a analisar os efeitos da aplicação do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário e do Fator Acidentário de Prevenção na esfera judicial, no que concerne às ações de responsabilidade civil do empregador por acidente de trabalho.

É importante notar que o NTEP é instituto de Direito Previdenciário, positivado no ordenamento jurídico a fim de facilitar ao INSS a configuração da natureza ocupacional das doenças que acometiam seus segurados. O

(51) *Ibidem*, p. 137.

NTEP teve por base mapeamento de dados que relacionou o CNAE ao CID, verificando as atividades econômicas que apresentavam excesso de risco para determinadas enfermidades laborais.

O FAP, por sua vez, foi trazido ao ordenamento jurídico pátrio com fins de que as contribuições previdenciárias relacionadas a riscos ambientais de trabalho refletissem os esforços do empregador na promoção de um meio ambiente do trabalho mais sadio, majorando ou minorando a alíquota de acordo com fatores de frequência, gravidade e custo.

Analisando o objeto de estudo do presente trabalho sob o enfoque da teoria do risco, positivada no art. 927 do Código Civil e cotejando com o art. 2º da CLT, que consagra que o empregador é quem assume os riscos de sua atividade, deve-se considerar que o NTEP e o FAP medem justamente o excesso de risco que determinadas atividades econômicas e empregadores, respectivamente, apresentam para seus empregados quanto à ocorrência de certas doenças laborais e de um meio ambiente de trabalho adoecido, conclui-se que quando há NTEP ou FAP o empregador está exercendo uma atividade de risco para aparição de doenças ocupacionais.

Configurada a atividade de risco do empregador, depois de considerar a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva nos casos de acidente do trabalho, culmina-se pela reparação do dano suportado pelo obreiro independente de prova de culpa de seu empregador.

Este, contudo, é um entendimento que começa a aparecer na jurisprudência, ainda predominando a corrente que entende que quando caracterizado o NTEP, deve-se inverter o ônus da prova no que tange à caracterização do nexa causal entre a moléstia e o labor e presumir a culpa do empregador, assim como o nexa. O FAP, por sua vez, não tem sido aplicado, por hora, às ações de reparação civil.

Esta presunção de culpa trazida pela aplicação do NTEP às ações reparatórias tem sido entendida por diversos doutrinadores como um estágio intermediário entre a responsabilidade subjetiva com prova da culpa pelo empregado — parte hipossuficiente da relação jurídica — e a responsabilidade objetiva calcada na teoria do risco.

Na prática, os efeitos do sistema atual são extremamente semelhantes ao que ocorreria se fosse adotada a teoria objetiva, pois como normalmente os acidentes laborais decorrem da inobservância das normas de saúde e segurança do trabalho, se torna muito difícil para o empregador descaracterizar a presunção de culpa a seu desfavor.

Apesar disto, a necessidade de culpa, mesmo estando esta presumida, pode inviabilizar a reparação do dano causado ao empregado. Isto porque há quem defenda que elide a culpa a promoção de todos os meios de proteção à saúde do trabalhador e prevenção de riscos ao meio ambiente do trabalho, podendo afastar a culpa do empregador e, conseqüentemente, seu dever de reparar.

Ocorre que, mesmo quando tomadas todas as medidas possíveis, há atividades econômicas que continuam apresentando riscos altíssimos ao trabalhador, sendo as medidas de proteção apenas uma atuação paliativa, não eliminando, por completo, os perigos à saúde de seus empregados. Deste modo, o empregador, ainda que zeloso, não pode se eximir de indenizar os danos causados pela sua atividade e que reverteram em seu proveito econômico, de modo que suas cautelas fundamentariam, quando muito, uma minoração do valor indenizatório.

Um novo sistema reparatório em matéria acidentária, além de proteger o empregado, traz incentivos para que os empregadores sejam mais diligentes e cuidadosos com o meio ambiente laboral, buscando cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, para prevenir a ocorrência de danos aos seus trabalhadores. Este incentivo já é trazido com

a possibilidade de redução ou majoração do RAT, por meio do FAP, mas se restringe apenas a agravar ou minimizar os gastos do empregador com contribuições previdenciárias.

Faz-se necessário, também, um mecanismo que consiga cumular o incentivo ao empregador, para que este melhor proteja o meio ambiente de trabalho, com a proteção do empregado e reparação dos danos que este venha, eventualmente, a sofrer, evitando que este arque com os riscos inerentes à atividade de seu empregador. E a responsabilidade civil pode ser este mecanismo, quando tratada sob o viés objetivo.

## 8. Referências bibliográficas

1ª JORNADA BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL E MATERIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO. *Enunciados aprovados*. Disponível em: <<http://brasil.indymedia.org/media/2010/03/467445.pdf>> Acesso em: 18 mar. 2014.

AGUIAR, Maria Rita Manzarra Garcia de. Nexo técnico epidemiológico. *Juris Plenum: Trabalhista e Previdenciária*, Caxias do Sul, v. 5, n. 24, jun. 2009.

ARAÚJO JÚNIOR, Francisco Milton. *Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP) e Fator Acidentário de Prevenção (FAP) — objetivo apenas prevencionista, apenas arrecadatório, ou prevencionista e arrecadatório?* Disponível em: <<http://online.sintese.com>> Acesso: 9 jan. 2014.

BRANDÃO, Cláudio. *Acidente de trabalho e responsabilidade civil do empregador*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Comitê Gestor Nacional do Programa Trabalho Seguro divulga os resultados do Fórum Virtual sobre Perícias Judiciais. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/inicio/-/asset\\_publisher/9zRx/content/comite-gestor-nacional-do-programa-trabalho-seguro-divulga-os-resultados-do-forum-virtual-sobre-pericias-judiciais?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus](http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/inicio/-/asset_publisher/9zRx/content/comite-gestor-nacional-do-programa-trabalho-seguro-divulga-os-resultados-do-forum-virtual-sobre-pericias-judiciais?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fweb%2Ftrabalhoseguro%2Finicio%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_9zRx%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-3%26p_p_col_count%3D1)

[br%2Fweb%2Ftrabalhoseguro%2Finicio%3Fp\\_p\\_id%3D101\\_INSTANCE\\_9zRx%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dnormal%26p\\_p\\_mode%3Dview%26p\\_p\\_col\\_id%3Dcolumn-3%26p\\_p\\_col\\_count%3D1](http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro%2Finicio%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_9zRx%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-3%26p_p_col_count%3D1)> Acesso em: 17 mar. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 1.488/1998*. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1998/1488\\_1998.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1998/1488_1998.htm)> Acesso em: 17 mar. 2014.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

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

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

ISHII, Sary Yoko. O Nexo Técnico Epidemiológico como fundamento da responsabilidade objetiva do empregador nas doenças relacionadas ao trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região*, Recife, v. 22, n. 39, 2012.

*Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Coordenador Científico Min. Ruy Rosa de Aguiar Jr. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>> Acesso em: 10 mar. 2014.

MARINHO FILHO, Luciano. O nexo técnico epidemiológico previdenciário — NTEP como elemento de defesa do trabalhador e da sociedade. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, n. 323, nov. 2010.

MELO, Raimundo Simão de. Responsabilidade objetiva e inversão da prova nos acidentes de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 01, jan. 2006.

MORAES, Cláudia Valério de. *Novo mecanismo de estímulo à proteção da segurança e da saúde do trabalhador: o Fator Acidentário de Prevenção (FAP)*. Disponível em: <<http://online.sintese.com>> Acesso em 9 jan. 2014.

OLIVEIRA, Paulo Rogério Albuquerque de. *Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário NTEP, Fator Acidentário de Prevenção FAP: um novo olhar sobre a saúde do trabalhador*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2010.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenização por acidente de trabalho ou doença ocupacional*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2013.

PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. *Acidente do Trabalho: críticas e tendências*. São Paulo: LTr, 2012.

SAKAMOTO, Leonardo. *Carne Osso*. Direção de Caio Cavechini e Carlos Juliano Barros, roteiro e montagem de Caio Cavenchini, fotografia de Lucas Barreto, pesquisa de André Campos e Carlos Juliano Barros, Produção Executiva de Maurício Hashizume. São Paulo: Repórter Brasil, 2011. DVD, 65 min. color. som.

SILVA, Michael Hideo Atakiama. A responsabilidade civil da empresa por acidentes de trabalho. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (Orgs.). *Responsabilidade civil: volume V – direito fundamental à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA JUNIOR, Edson da. Nexo Técnico Epidemiológico e sua aplicação perante a justiça do trabalho nas ações de indenização por acidentes do trabalho e doenças ocupacionais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 40, 2012.

# A função revisora dos tribunais: *quid juris?*

Fábio Rodrigues Gomes<sup>(\*)</sup> e Roberta Ferme Sivoiella<sup>(\*\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ O presente artigo pretende aprofundar as reflexões acerca da função revisora dos Tribunais no Brasil e no mundo, em seus aspectos pragmáticos, consequencialistas e principiológicos. A partir da análise do papel do Juiz — de primeiro e segundo grau — faz-se necessário refletir sobre a necessidade de uma mudança de postura, em face das vantagens e desvantagens de um conceito amplo do duplo grau de jurisdição.

## Palavras-chave:

- ▶ Função revisora dos tribunais — Duplo grau de jurisdição — Ponderação de valores — Justiça real e efetividade.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O duplo grau de jurisdição segundo o STF e o TST
- ▶ 3. A delimitação conceitual do duplo grau de jurisdição: as vantagens e desvantagens subjacentes
- ▶ 4. A ponderação recorrente do princípio do duplo grau de jurisdição
- ▶ 5. Conclusão

## 1. Introdução

Instados a refletir sobre a função revisora dos tribunais, a primeira ideia que nos ocorreu foi a daquele lugar-comum: *error in procedendo* ou *error in iudicando*.

Dito de outro modo, enraizou-se na cultura jurídica brasileira o seguinte axioma: as sen-

tenças proferidas pelo juiz monocrático devem submeter-se, real ou potencialmente, ao duplo grau de jurisdição. Isso deve ocorrer por um motivo bastante simples: a inexorabilidade do erro. Seja mediante erro procedimental, seja por meio do erro de conteúdo, o Poder Judiciário no Brasil erra. Mas o juiz singular, segundo opinião reinante, erra ainda mais<sup>(1)</sup>.

(\*) Juiz Titular da 41ª VT/RJ. Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ. Professor da UCAM e do Grupo de Estudos Ratio Juris. Diretor Cultural da Amatra 1 (RJ).

(\*\*) Juíza Substituta do TRT da 1ª Região. Mestre e Doutora em Direitos Sociais pela UCLM-Universidad Castilla La Mancha. Diretora de Imprensa e Comunicação da Amatra 1 (RJ).

(1) Exemplo ilustrativo desta impressão é a chamada Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135, de 04 de junho de 2010), uma vez que foi alterada no seu projeto original a fim de considerar inelegíveis apenas os parlamentares julgados por órgão colegiado, e não por juiz monocrático.

De modo que não é outra a razão principal da sua inclusão em um sistema processual no qual o “controle” é a palavra-chave<sup>(2)</sup>. E tanto é assim, que muitos atribuem natureza constitucional à duplicidade obrigatória de instância<sup>(3)</sup>.

Dito isso, e não obstante a existência de sólidos argumentos contrários à constitucionalização do duplo grau de jurisdição<sup>(4)</sup>, o que pretendemos analisar nestas páginas é menos o seu patamar hierárquico-normativo e mais a sua significação. Afinal de contas, qual deve ser a extensão hermenêutica da revisão recursal, especialmente no contexto de um Estado Democrático de Direito que prima pela “duração razoável do processo” e pela “efetividade da tutela judicial”?

No entanto, isso não é só. Ao discorrermos sobre a função revisora dos tribunais, também devemos levar em conta o seu aspecto pragmático ou consequencialista. Nos dias que correm, o índice de confiança da população no Poder Judiciário não é dos melhores<sup>(5)</sup>. Entretanto, paradoxalmente, este mesmo Judiciário está abarrotado de antigos processos e submetido a avalanches de novos processos oriundos desta mesma população. Por que isso acontece? Será que a gigantesca quantidade de recursos e de possibilidade (quase certa) de modificação da decisão judicial de primeiro grau contribui para este fenômeno?

Estas são algumas questões que pretendemos abordar ao longo deste ensaio, na tentativa de construir algumas soluções e, quiçá, angariar alguns adeptos a elas, ou, ao menos, impelir os mais críticos a reverem suas opiniões.

(2) Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V: arts. 476 a 565. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 235-238.

(3) Cf., por todos, WAMBIER.

(4) Cf., por todos, MARINONI, Luis Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 185-186.

(5) SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*. Introdução a uma leitura externa do direito. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 182-184.

## 2. O duplo grau de jurisdição segundo o STF e o TST

O acesso à justiça foi positivado como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da CRFB/88. Mais precisamente, a Constituição de 1988 apresentou o seu art. 5º, XXXV, como resposta aos anseios por um Estado realmente democrático, diante de um contexto histórico de “inacesso” quase absoluto ao Poder Judiciário.

É necessário se ter em mente a realidade política e social brasileira para que se possa compreender porque este princípio foi consagrado e influenciou toda uma hermenêutica voltada à ratificação da emancipação do Poder Judiciário. O mote agora seria a minoração das desigualdades sociais, ao menos no que tange à possibilidade de apreciação dos conflitos de interesses por uma autoridade supostamente legítima. E nem poderia ser diferente, em se considerando que a ciência jurídica é permeada de valores e modulada pelas experiências daqueles que o vivenciam. Fruto de uma atividade intersubjetiva ou discursiva, voltada para a solução racional dos problemas práticos que afligem a sociedade, o direito oscila entre duas forças contrapostas: a necessidade de segurança/estabilidade/previsibilidade e a premência da aceitação/legitimidade/sentimento de justiça dos seus destinatários. Conforme bem salientou o jurista Miguel Reale:

A vida dos modelos jurídicos se desenvolve entre dois fatores operantes, um visando a sua preservação e permanência, outro reclamando a sua reforma ou substituição, o que assegura à experiência dos modelos jurídicos uma autocorreção, num processo de marcado *feedback*, isto é, de contínua regeneração ou realimentação, que se dá em função de mutações operadas no plano dos fatos, dos valores e do próprio ordenamento normativo global, repercutindo imediatamente nos domínios cambiantes da Hermenêutica jurídica.<sup>(6)</sup>

(6) REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

Não há como negar que as decisões judiciais têm um importante papel neste processo evolutivo. E, justamente por isso, deve-se garantir que “erros” atribuíveis ao julgador primário não inviabilizem a garantia de efetivação do direito postulado pelo cidadão. Em tese, esta garantia se desdobraria no duplo grau de jurisdição (e no conseqüente poder revisional dos Tribunais) sob o aspecto material do princípio do acesso à justiça. Dito de outro modo: não só declarar o direito, mas satisfazê-lo, no sentido de desenvolver ferramentas para viabilizar tal satisfação de maneira mais justa.

No entanto, isso não é só. Aproximar a normatividade da efetividade, ou, em outras palavras, buscar a melhor adequação dos acontecimentos do mundo empírico às prescrições normativas oficiais passa a ser a tônica do julgamento. Desta forma, o juiz não mais se apresenta como um ator “contemplativo”<sup>(7)</sup> ou mero descobridor passivo da *mens legislatoris*, mas, sim, como um partícipe do mundo da vida, testemunha das mazelas sociais, um sujeito consciente do papel “garantista” de suas decisões<sup>(8)</sup>. Este novo paradigma “faz do Estado instrumento a serviço da proteção de direitos, que, derivados da dignidade da pessoa humana, surgem como valores exteriores à ordem jurídica, desempenhando em face dela uma permanente função crítica”<sup>(9)</sup>.

(7) “Os ‘contemplativos’ são cem vezes piores — não sei de nada que suscite tanto desânimo como este gênero de ‘poltrona objetiva’.” (NIETZCHE, Friedrich. *A genealogia da moral*. 2. ed. São Paulo: Escala, 2007. p. 149.)

(8) Conforme o “garantista jurídico” de Luigi Ferrajoli, o sistema jurídico reveste-se em uma “forma de direito” que se preocupa com aspectos formais e substanciais que devem existir para que o direito seja válido. Essa junção de aspectos formais e substanciais teria a função de resgatar a possibilidade de se garantir, efetivamente, aos sujeitos de direito, todos os direitos fundamentais existentes, como se tal categoria de direitos fosse um dado ontológico para que se pudesse aferir a existência ou não de um direito; a validade ou não de uma norma (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón — Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1998. p. 851).

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

Portanto, o viés material do duplo grau de jurisdição (busca da melhor solução), somado à nova inserção do Judiciário dentro do chamado “constitucionalismo democrático” ou “neoconstitucionalismo”, transformou a possibilidade de revisão das decisões de primeiro grau em verdadeira exigência institucional. Indo além, ao privilegiar-se a suposição de ocorrência de “*error in judicando*” ou “*error in procedendo*”, acrescentou-se a previsão de uma terceira instância para verificação de ocorrência de violação de lei federal ou dispositivo consuetudinário, e de interpretação de lei federal, estadual ou norma coletiva diversa da “jurisprudência consolidada” (art. 896 da CLT).

E, para culminar, depois de ultrapassados todos os degraus da Justiça Federal especializada, temos, também, a possibilidade de submissão da demanda à análise do Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário, nas hipóteses de análise de violação à Constituição ou à Lei Federal (art. 102 da CRFB/88). Isso sem esquecer da previsão de outros recursos de diversas naturezas, inclusive de ordem regimental, hábeis a corrigir os “erros” da instância *a quo*, bem como da rotineira formalização de Súmulas como meio de conter o impulso criativo (e supostamente equivocado) dos juízes singulares.

A bem de ver, o Poder Legislativo seguiu este mesmo ideário ao trazer a previsão da Súmula vinculante, mediante inserção do art. 103-A na Constituição. Com a EC n. 45/2004, permitiu-se ao STF “*de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*”. A mesma Emenda trouxe, ainda, a alteração do art. 102 da CRFB/88<sup>(10)</sup>, afirmando que a existência da

(10) Cf. Art. 102, § 3º, da CRFB/88: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão

repercussão geral da questão constitucional suscitada é requisito necessário para o conhecimento de todos os recursos extraordinários, inclusive em matéria penal, sendo “preliminar formal” de admissibilidade recursal<sup>(11)</sup>. Segundo o texto do diploma processual civil, haverá repercussão geral “sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”, sendo que sua análise depende da “existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”<sup>(12)</sup>.

Sob raciocínio similar, e mesmo antes de uma reforma constitucional de tamanha envergadura, o art. 896-A da CLT já determinava o exame prévio e necessário ao conhecimento do recurso, a fim de que fosse verificado “se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica”<sup>(13)</sup>. O conteúdo demasiadamente subjetivo trazido por este preceito represou a sua autoaplicabilidade e, assim, estimulou a visão de necessidade de regulamentação<sup>(14)</sup>. Logo, apesar de ter constituído uma resposta ao desmesurado número de recursos que tramitam nas Cortes superiores, a interpretação sedimentada pelo TST acabou por esvaziar o objetivo primário desta inovação: a efetividade e celeridade do provimento jurisdicional.

---

geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

- (11) A preliminar formal de repercussão geral é exigida em todos os recursos extraordinários interpostos de acórdãos publicados a partir de 3 de maio de 2007, quando do estabelecimento das normas necessárias à execução das disposições legais e constitucionais sobre o dito instituto, quando da entrada em vigor da Emenda Regimental n. 21/07 ao RISTF (QO-AI 664.567, Min. Sepúlveda Pertence).
- (12) Cf. art. 543-A, §§ 1º e 3º do CPC.
- (13) Cf. art. 896-A da CLT.
- (14) Cf. o acórdão proferido no julgamento do processo n. TST-RR-1071-16.2011.5.06.0016, relator Min. Aloysio Correa da Veiga, publicado no DOU de 21.2.2013.

De fato, a construção desenvolvida pela jurisprudência acabou por confundir a *discricionariade judicial* com a *arbitrariedade*. Decerto, determinado grau de discricionariade faz-se ínsito a toda e qualquer atividade judicante, eis que a abertura semântica dos enunciados normativos acarreta uma escolha inexorável do magistrado. Uma deverá ser a sua opção, dentre as várias alternativas possíveis. Entretanto, esta liberdade de escolha não é absoluta. Longe disso, ela é altamente limitada, tanto pelos *parâmetros linguísticos pré-fixados pelo ordenamento jurídico-processual, como também pelo imperativo constitucional de fundamentação, previsto no art. 93, IX da CF/88. O dever de justificar sua decisão coloca um severo obstáculo às opções hermenêuticas movidas por idiosincrasias ou frivolidades do juiz desavisado.*

*Dito isso, caberia ao Judiciário dar o passo adiante e, de modo vanguardista, manusear o conceito de transcendência social, isto é, o da “existência de situação extraordinária de discriminação, de comprometimento do mercado de trabalho ou de perturbação notável à harmonia entre capital e trabalho”, tendo como mote, ainda, o caráter estimulador de conflituosidade entre patrões e empregados, pela possibilidade de recurso contínuo ao Judiciário*<sup>(15)</sup>. Como já asseverava o Ministro Ives Gandra da Silva Martins, existem diversos argumentos legitimadores da concretização imediata da regra da transcendência, dentre os quais<sup>(16)</sup>:

“(…) a) o TST goza da mesma natureza do STF, de instância extraordinária, atuando por delegação na interpretação final do ordenamento jurídico-trabalhista infraconstitucional, razão pela qual o tratamento a ser dado, em termos de mecanismos redutores de recursos ao STF, deve ser adotado também para o TST (e STJ); b) o STF adotou mecanismo de seleção de recursos (arguição de relevância) durante a vigência da Constituição Federal de 1967/69

---

(15) Cf. o PL n. 3.267/2000.

(16) Cf. “O critério de transcendência no recurso de revista”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_20/artigos/ivesGandra\\_rev20.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_20/artigos/ivesGandra_rev20.htm)>.

(à qual se cogita de retorno, sob o rótulo de “repercussão geral” da questão constitucional), seguindo o modelo da Suprema Corte Americana, que pode servir de parâmetro para o TST e STJ; c) a quantidade astronômica de recursos que desembocam atualmente nos Tribunais Superiores não tem permitido uma apreciação minimamente satisfatória das causas submetidas ao crivo final das instâncias superiores, a par de se acumularem processos sem perspectiva de julgamento a médio ou até a longo prazo, exige uma rápida solução para o problema, no sentido de se criar mecanismo de redução do quantitativo de processos a ser efetivamente examinado por essas Cortes. (...).”

Ademais, o Tribunal Superior do Trabalho tem-se mostrado preocupado com o maremoto recursal a que é submetido. Neste passo, persevera na tentativa de refrear a interposição de recursos inadequados ou protelatórios, seja no momento do seu exame de admissibilidade (e o exemplo a ser citado é o da necessidade de pré-questionamento para a interposição de recursos de revista, em âmbito trabalhista<sup>(17)</sup>), seja já na primeira instância, facultando ao Juiz a aplicação das penalidades pecuniárias

(17) Cf. explicitam a Súmula n. 297 do C. TST e a OJ n. 62 da SDI-1 do C. TST, *in verbis*:

**SÚMULA N. 297: PREQUESTIONAMENTO. OPOR-TUNIDADE. CONFIGURAÇÃO (nova redação) – Res. n. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003**

I. Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito.

II. Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão.

III. Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração.

**OJ N. 62. PREQUESTIONAMENTO. PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE EM APELO DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA. NECESSIDADE, AINDA QUE SE TRATE DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA (república em decorrência de erro material) – DEJT divulgado em 23, 24 e 25.11.2010**

É necessário o prequestionamento como pressuposto de admissibilidade em recurso de natureza extraordinária, ainda que se trate de incompetência absoluta.

previstas em lei. E o mesmo se pode dizer do Supremo Tribunal Federal. Atento a este problema, a Suprema Corte, por intermédio de seu então presidente, o Min. Cesar Peluzo, redigiu a PEC n. 15/2011, na qual propôs a alteração do recurso extraordinário para uma ação rescisória extraordinária, e o recurso especial para uma ação rescisória especial, a fim de permitir o trânsito em julgado das decisões antes da revisão permitida pelos arts. 102 e 105 da Constituição Federal.

O chamado “abuso de recursos”<sup>(18)</sup> ou o mau vezo do exercício do devido processo legal propicia a aplicação de medidas coercitivas, tais como a aplicação das multas previstas arts. 14, V, 17, VII, 18, § 2º e 538, parágrafo único do CPC. Tais medidas possuem caráter não só punitivo, mas especialmente pedagógico, refletindo, assim, uma postura almejada e requerida do Poder Judiciário, pois trata-se de meios legítimos de efetivação dos direitos do cidadão. A distorção do exercício do direito ao acesso à justiça traz prejuízos inarredáveis à sua própria efetividade, na medida em que dificulta sobremaneira a solução dos conflitos de interesses daqueles que dele fazem uso.

O paradoxo exposto leva à reflexão acerca da necessidade de criação de novos mecanismos a serem disponibilizados ao Poder Judiciário, com o fim de, se não eliminá-lo, ao menos reduzi-lo, mesmo que em momento posterior à interposição dos recursos. O que importa é frisar a importância dos Tribunais Superiores neste desiderato.

(18) O chamado “abuso de recursos” tem sido matéria invocada por diversos juristas, como chama atenção o professor Canotilho, ao alertar que tais recursos protelatórios acabam levando à dilação dos prazos e negativa de cumprimento do provimento jurisdicional, através da interposição de medidas que visam, em verdade, à nova análise do direito ordinário (conforme seminário internacional promovido em Luanda, capital de Angola, sobre o tema “O Direito de Acesso à Justiça Constitucional” nos Estados-membros da Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP), em notícia disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=183528>>.

Não obstante todo o esforço demonstrado pelo TST e pelo STF na efetivação dos direitos que lhes são demandados, caberá a eles, agora mais do que antes, o protagonismo institucional de não se deixar levar pela falsa premissa do erro latente à atuação do magistrado de primeira instância, pois, se não for assim, o desnaturar do real e inafastável núcleo essencial do direito ao duplo grau recursal será uma consequência inevitável: ao invés de garantirem a possibilidade de a parte ouvir uma segunda opinião e, quiçá, retificar erros (de procedimento ou de julgamento) eventualmente cometidos, estarão abrindo as portas de um dantesco inferno processual, cujos círculos ou instâncias de sofrimento mostrar-se-ão infinitos.

### 3. A delimitação conceitual do duplo grau de jurisdição: as vantagens e desvantagens subjacentes

Apesar de não ser o objetivo deste ensaio afirmar a estatura jurídica do duplo grau de jurisdição, imaginemos, apenas como hipótese de trabalho, que a Constituição brasileira tenha abraçado o duplo grau de jurisdição no seu art. 5º, LV.

A partir daí, a primeira discussão vislumbrada deve ser a atinente à sua natureza normativa. Neste sentido, podemos reconduzi-la à estrutura de *regra*, mais exatamente a de organização judiciária, nos moldes do art. 92 da CRFB/88 e da interpretação explicitada na Súmula n. 356 do C. TST<sup>(19)</sup>, como também a de *princípio*<sup>(20)</sup>, na esteira da parte final do inciso constitucional aludido. E, aqui, neste ponto, surgem as maiores dúvidas. Não propriamente de natureza normativa, pois pode-se afirmar com relativa tranquilidade que o estado de coisas implícito a este valor institucionalizado

está bem consolidado. A rigor, as questões tormentosas surgem de outra linha de raciocínio, o de natureza pragmática ou consequencialista. Basta pensar na seguinte pergunta: quais as vantagens e desvantagens da interpretação atual do princípio do duplo grau de jurisdição?

As vantagens do duplo grau de jurisdição são, talvez, as mais aparentes. A amplitude do acesso à justiça como garantia constitucional; a revisão (ou reforma) da decisão de primeiro grau como meio de corrigir eventuais erros que impossibilitem o exercício do direito legítimo pela parte; o guarnecimento da Constituição e sua observância contra possível violação mediante decisão judicial. Todos estes papéis da função revisora dos Tribunais são de fácil visualização quando da análise da importância de submissão da demanda a “todos os meios e recursos” inerentes ao contraditório e à ampla defesa.

De fato, não há como se considerar que o Magistrado de primeiro grau, por mais apto e dedicado que seja aos seus misteres, não seja passível de equívoco, mormente porque o elemento humano somado ao isolamento do Juízo *a quo* acentuam as imperfeições do julgado. Conforme bem salienta Eduardo Couture:

*(...) o juiz é uma partícula de substância humana que vive e se move dentro do Direito; (...) A sentença poderá ser justa ou injusta, porque os homens necessariamente se equivocam. Não se inventara ainda uma máquina de fazer sentenças. No dia em que for possível decidir os casos judiciais, como decidem as carreiras de cavalos, mediante um olho eletrônico que registra fisicamente o triunfo ou a derrota, a concepção constitutiva do processo carecerá de sentido, e a sentença será uma pura declaração, como queria Montesquieu. Enquanto não se fabrica essa máquina de fazer sentenças, o conteúdo humano, profundo e entranhável do Direito não pode ser desatendido nem desobecido (...).*<sup>(21)</sup>

(19) O rito de alçada, que não permite a interposição de recursos à decisão de 1º grau foi entendido como recepcionado pela Constituição.

(20) Cf. o conceito de DWORKIN, Ronald. In: *I diritti presi sul serio*. Bologna: il Mulino, 1982. p. 90.

(21) COUTURE, Eduardo Juan. *Introducción al Estudio del Proceso Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1988. p. 75.

Por outro lado, a certeza de submissão da sua demanda à revisão por órgão Colegiado (e não apenas um Magistrado) traslada maior segurança ao cidadão e responde aos anseios de uma sociedade que se viu imersa em um histórico de desigualdade social e ditadura política.

A visão crítica, contudo, permite vislumbrar algumas notas capazes de desafiar a harmonia das “vantagens” aludidas.

A contradita mais imediata à duplicidade de instância é a constatação de que o Juiz de primeiro grau seja o agente mais apto a identificar o que é relevante, além de mais capacitado a valorar e conferir coerência ao conjunto probatório apresentado na fase instrutória, haja vista sua identidade (e proximidade) física com o desenvolvimento dos meios de prova manejados pelas partes. Neste sentido, a banalização dos recursos, numa sucessão inesgotável de caminhos aptos a anular ou reformar as decisões de primeiro grau, sugere uma falha irremediável e grotesca do sistema de julgamento ou, por assim dizer, do próprio Poder Judiciário como expressão do Poder Estatal, deslegitimando-o. Em tempos de exacerbada descrença popular na efetividade da Justiça, tal componente mostra-se altamente explosivo para a manutenção do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

No entanto, se esta é uma posição atraente para os que anseiam por um julgamento rápido e desburocratizado, ela também carrega consigo o risco de fragmentação do sistema. Com efeito, a pulverização do controle social exercido sobre o juiz singular, deixando-o à vontade para decidir, independentemente da opinião dos seus pares, acarretaria uma profusão de opiniões conflitantes que dificilmente pacificariam a sociedade. Trocar-se-ia a demora pelo caos, aprofundando o sentimento de injustiça.

Este perigo de deslegitimação às avessas foi contornado pelo sistema judicial norte-americano, no qual se atribui o devido peso aos precedentes (*stare decisis*). De acordo com este desenho institucional, o respeito

aos precedentes no âmbito *horizontal* (dentro do próprio Tribunal que proferiu a decisão) ou no *vertical* (por seus Tribunais inferiores) coloca-se como principal meio de garantia da segurança jurídica da ordem normativa, da igualdade de tratamento do jurisdicionado e da legitimidade do sistema como um todo, na medida em que estimula a coerência entre o pensamento dos juizes (com destaque especial para a Corte Suprema)<sup>(22)</sup>. A bem da verdade, a observância de precedentes não pode e não deve ser considerada uma invasão à autonomia judicial. Neste diapasão, podemos pontuar, juntamente com o Professor Marinoni, que:

*o juiz ou o tribunal não decidem para si, mas para o jurisdicionado. Por isso, pouco deve importar, para o sistema, se o juiz tem posição pessoal, acerca de questão de direito, que difere da dos tribunais que lhe são superiores. O que realmente deve ter significado é a contradição de o juiz decidir questões iguais de forma diferente ou decidir de forma distinta da do tribunal que lhe é superior. O juiz que contraria a sua própria decisão, sem a devida justificativa, está muito longe do exercício de qualquer liberdade, estando muito mais perto da prática de um ato de insanidade. Enquanto isto, o juiz que contraria a posição do tribunal, ciente de que a este cabe a última palavra, pratica ato que, ao atentar contra a lógica do sistema, significa desprezo ao Poder Judiciário e desconsideração para com os usuários do serviço jurisdicional.*<sup>(23)</sup>

E acrescenta-se ainda mais um detalhe que faz toda a diferença. No sistema pautado no *stare decisis*, a observância da *ratio decidendi* (elemento da decisão que é efetivamente vinculante) não é um caminho de ferro infenso

(22) Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

(23) MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n. 49, p. 36, 2009.

a desvios e/ou aperfeiçoamentos. O Juiz não é obrigado a portar-se como um autômato e seguir cegamente as diretrizes já sedimentadas. A teoria da argumentação é utilizada de maneira sofisticada o bastante para permitir o afastamento de precedentes em virtude das peculiaridades do caso concreto (*restrictive distinguishing*) ou para permitir a aplicação do precedente ao caso concreto, a despeito de suas peculiaridades (*ampliative distinguishing*). Em suma, no sistema norte-americano apresenta-se uma discricionariedade judicial tão ou mais intensa do que a exercida por aqui, com a possibilidade, inclusive, de revogação do precedente indicado (*overruling*)<sup>(24)</sup>, ou seja, lá, como aqui, está mantida a nossa boa e velha conhecida: a independência do Juiz na formação do seu “livre convencimento motivado”.

Seja qual for o modelo priorizado, o que se busca é a simbiose entre o *iter* processual e o comprometimento pessoal e institucional do magistrado, com vistas à produção de uma decisão razoável<sup>(25)</sup>. Desde a mais vetusta época, não foi outro o objetivo almejado pela sociedade e pela evolução da função revisora dos Tribunais. Conceitos do século XX podem ser utilizados aqui como denotação de contemporaneidade, ao considerar que “o *escopo da Jurisprudência e, em particular, da decisão judicial dos casos concretos, é a satisfação de necessidades da vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal, existentes*

(24) TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, ano 61, n. 3, p. 800-808, 2007. Sobre o estudo dos precedentes, cf., também, por todos, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

(25) Sobre a maturação do conceito de decisão razoável, com especial destaque para a sua atribuição às sentenças produzidas pelos juízes de primeiro grau, cf. “A função revisora dos tribunais — a confirmação da sentença razoável como ponto de partida para a necessária construção de uma nova concepção de recorribilidade no julgamento dos recursos de natureza ordinária”. *Revista LTr*, São Paulo, ano 77, n. 10, São Paulo, p. 1.187 e seq., out. 2013.

na sociedade”<sup>(26)</sup>. Sob tal concepção mediana, o papel da função revisora dos tribunais ganha contornos que, ao fim e ao cabo, garantem a satisfação das necessidades da mesma sociedade que recorre aos Tribunais, garantindo-lhe a análise democrática dos conflitos de interesse, porquanto respaldada em entendimentos preteritos geradores de um mínimo de segurança e estabilidade jurídica ao cidadão.

Trata-se de entender que o acesso à justiça não é a mera provocação do Poder Judiciário, mas, fundamentalmente, é o “direito de acesso à ordem jurídica justa”, assim considerada aquela que se sustenta no direito à informação, na preocupação da adequação/repercussão entre a interpretação da ordem jurídica e consonância com a realidade socioeconômica do país, no direito a uma função estatal racionalmente organizada e formada por juízes comprometidos com a realização da ordem jurídica justa, no direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a participação efetiva das partes na construção da solução a ser aplicada e, finalmente, no direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem à concretização destes pressupostos<sup>(27)</sup>.

#### 4. A ponderação recorrente do princípio do duplo grau de jurisdição

Depois de tudo o que foi referido em torno da importância normativa e pragmática do princípio do duplo grau de jurisdição, com ênfase na influência por ele exercida sobre o desenho institucional do Poder Judiciário brasileiro, devemos destacar, nesta etapa final do nosso ensaio, como ele vem sendo modulado na prática. A ideia agora é ilustrar o que dele vem sendo feito e, portanto, tornar mais palpável a sua dimensão empírica<sup>(28)</sup>.

(26) Tal era o conceito da denominada “Jurisprudência dos Interesses” alemã, preconizada por Phillip Heck. In: PESSÔA, Leonel Cesarino. *A teoria da interpretação jurídica em Emilio Betti*. São Paulo: Sérgio Fabris, 2002.

(27) Cf. Kazuo Watanabe, *Acesso à Justiça e sociedade Moderna*. In: *Participação e Processo*, São Paulo, RT, 1988.

(28) ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 32-34.

No entanto, antes que façamos isso, volta a ser relevante sublinhar a sua maleabilidade normativa. Não que esta característica traduza algo de muito novo na jurisprudência ou na teoria, especialmente em virtude daquilo que há muito nos ensinou o jusfilósofo alemão Robert Alexy. Nos dias de hoje, a necessária imbricação entre a estrutura normativa dos princípios e possibilidade de sua ponderação/relativização/flexibilização no caso em particular são tidos como lugar-comum<sup>(29)</sup>.

Entretanto, a par desta sua peculiar natureza dúplice (estrutural e metodológica) para a resolução dos problemas concretos submetidos ao julgador, os princípios também podem ser ponderados em abstrato, pelo legislador<sup>(30)</sup>. E isso vem sendo feito com certa regularidade pelo legislador brasileiro, como se verá a seguir.

Com efeito, ao lançarmos mão do direito processual comum encontramos, com facilidade, exemplos nos quais o princípio do duplo grau de jurisdição cedeu lugar a outros princípios de igual *status* normativo. Vejam a hipótese da antecipação de tutela, positivada nos arts. 273 e 461 do CPC. A partir da leitura destes dispositivos, percebe-se facilmente que o Poder Legislativo conferiu maior peso ao princípio da efetividade da prestação jurisdicional em detrimento do duplo grau de jurisdição. E o mesmo se pode entrever no art. 515, § 3º, do CPC, na medida em que autoriza ao Tribunal apreciar o mérito da causa, ainda que este não sido julgado pelo primeiro grau. Novamente, efetividade prevalecendo sobre o duplo grau. Mas os exemplos não encerram aqui.

Na esfera processual trabalhista, encontramos uma das ponderações em abstrato mais acachapantes do sistema jurídico brasileiro. Falamos da supressão explícita do duplo grau para os processos cujo valor da causa coincida com o valor de alçada previsto no art. 2º, §§ 3º e 4º da Lei n. 5.584/70. Deveras, nestes enunciados normativos encontramos a permissão

(29) *Ibidem*, p. 85 et seq.

(30) *Idem*.

para o encerramento do processo em primeira instância quando a estimativa econômica da controvérsia não ultrapassar dois salários mínimos. Logo, vê-se que não só o princípio do duplo grau de jurisdição foi sopesado como, mais do que isso, foi circunstancialmente anulado. Uma opção que, apesar de legislativa, foi, referendada pelo TST, por meio das suas Súmulas ns. 71 e 356.

Além disso, vale salientar também a atribuição da qualidade de coisa julgada formal e material para os acordos homologados pelo juiz de primeiro grau, por força do art. 831, parágrafo único da CLT. Mais uma vez, percebemos uma drástica restrição genérica (em tese) do princípio do duplo grau de jurisdição em prol de outros princípios, tais como o da cooperação processual e da duração razoável do processo.

Já, no campo da concretude, várias são as decisões judiciais que deram ensejo ao sopesamento do princípio do duplo grau de jurisdição. Mencionamos rapidamente a Súmula n. 100, inciso VII do TST, segundo a qual “Não ofende o princípio do duplo grau de jurisdição a decisão do TST que, após afastar a decadência em sede de recurso ordinário, aprecia desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”, e a OJ n. 70 da SDI-1 do TST, proibindo o recurso ordinário em face de decisão em agravo regimental interposto em reclamação correicional.

Poder-se-ia argumentar, ainda, com as Súmulas ns. 259 (permitindo a impugnação de acordo judicial apenas por meio de ação rescisória), 285 e 393 (atribuindo efeito devolutivo aprofundado a recursos parciais) do TST, todas com o mesmo pano de fundo: a possibilidade de restrição ou promoção pontual e justificada do princípio do duplo grau de jurisdição sempre que os contornos fáticos e jurídicos da casuística analisada assim autorizem.

Vê-se, portanto, que a despeito de sua indiscutível relevância no desenvolvimento institucional e normativo do sistema judicial

brasileiro, o princípio do duplo grau de jurisdição sofre de frequentes modulações na sua extensão.

É certo que os exemplos coligidos dão a impressão de que a opção hermenêutica é, via de regra, pela sua redução normativa. Mas há hipóteses, sim, em que a ampliação também é uma alternativa escolhida pelo intérprete, como no caso de permitir-se judicialmente a recorribilidade de decisão interlocutória, não obstante o disposto no art. 893, § 1º da CLT (*vide* Súmula n. 214 do TST).

Em síntese, o que importa destacar por ora é a via de mão dupla embutida na estrutura principiológica do duplo grau de jurisdição. Para o bem ou para o mal, ela vem sendo percorrida diuturnamente pelo Legislativo e pelo Judiciário, quando as circunstâncias práticas os impulsionam numa ou noutra direção. E, por estas e outras, a existência do poder revisional dos tribunais não deve ser considerado um axioma para a busca da melhor solução judicial. Pode até vir a sê-lo no momento atual, mas nada impede que no futuro e *de lege ferenda* espaços institucionais infensos à duplicidade de instância sejam criados ou, como no caso do processo do trabalho, ampliados.

## 5. Conclusão

É tempo de abreviar o debate acerca da função revisora dos tribunais. Mas desejamos deixar aqui uma mensagem final, especialmente ao juiz de primeiro grau que nos lê. Relembra-lo, agora e sempre, do papel crucial que lhe cabe nesta mudança de paradigma por que passa o direito como um todo.

De plano, deve o magistrado, solitário que é, a todo momento repisar que o poder que lhe é confiado não é um poder em si mesmo, ou, caso contrário, correrá o sério risco de tornar-se uma força bruta alheia ao tempo e ao espaço que ocupa. Para tornar-se uma autoridade legítima e, assim, agregar valor, respeito e credibilidade às suas decisões, deve o juiz singular levar a sério a sua atribuição maior de pacificador social, sabedor de que o processo deve ser lido como um instrumento dialético voltado para a cooperação e de que a sua palavra é mais uma a ser ouvida, e não a última ou a única que importa.

Auscultar cuidadosamente as partes envolvidas no problema a ser dirimido é imprescindível, de modo a transformar-se num facilitador, num catalizador ou num indutor de uma solução construída a várias mãos. Não é à toa que o art. 764 da CLT insiste na fórmula da conciliação como mecanismo a ser estimulado no início, meio e fim do processo do trabalho, pois a deliberação autônoma sobre como conduzir as nossas vidas é a noção mais comezinha que se atribui ao tão propalado princípio da dignidade humana<sup>(31)</sup>.

Todavia, se isso não for possível, que a sua sentença seja vista como fruto de um diálogo direto com os demandantes e, simultaneamente, de uma interlocução indireta com os seus colegas de jurisdição, pois, assim, de um jeito ou de outro, será vista como o produto bem acabado do respeito e consideração devidos a todos os que estão no mesmo barco institucional.

---

(31) Por todos, cf. BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Forum, 2013.

# Economia de mercado e a promoção do bem de todos no estado democrático de direito

Dinaura Godinho Pimentel Gomes<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ O presente trabalho evidencia a crise contemporânea do Estado Democrático de Direito ao enfrentar graves desafios decorrentes dos impactos da lógica do mercado global. No desempenho de suas funções de coordenação da ordem econômica, de integração e modernização do sistema capitalista, sujeita-se às imposições externas de organismos multilaterais e entidades internacionais. Com isso, torna-se enfraquecida sua atuação de agente de implementação de políticas públicas no sentido de concretizar seus objetivos fundamentais. De qualquer forma, cumpre-lhe manter sua soberania e assegurar a força normativa da Constituição. Nesse contexto, diversos estudos estratégicos têm sido apresentados por notáveis juristas, a envolver inclusive outras nações do mundo, de forma compartilhada e interdependente, para a salvaguarda dos ditames da Justiça social, fonte inspiradora para se construir uma sociedade livre, justa e solidária.

## Palavras-chave:

- ▶ Sistema de produção capitalista — Crises do Estado — Justiça Social.

## Abstract:

- ▶ This paper highlights the contemporary crisis of the Democratic State of Law in facing the serious challenges arising from the impact of the logic of the global market. In carrying out its functions of coordinating the capitalist system, integration and modernization of the economic order, it submits to external impositions of multilateral organizations and international bodies. Thus, it weakens its performance as an agent of implementation of public policies in order to achieve its fundamental objectives. In any case, it must maintain its sovereignty and ensure the normative power of the Constitution. In this context, several strategic studies have been indicated by outstanding jurists, such as engaging other nations

(\*) Doutora em Direito do Trabalho e Sindical pela Universidade *Degli Studi di Roma – LA SAPIENZA*, Itália, com revalidação pela Universidade de São Paulo – USP. Pós-doutora em Direito junto à Pontifícia Universidade Católica – PUC-SP. Juíza do Trabalho aposentada (TRT-PR). Membro Permanente da Academia Paranaense de Direito do Trabalho. Professora Universitária.

in the world, in a shared and interdependent manner, to safeguard the dictates of social justice, the inspiring source to build a free, just and solidary society.

**Keywords:**

- ▶ Capitalist production system — Crises of the State — Social Justice.

**Índice dos Temas:**

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Transformações socioeconômicas de âmbito internacional a partir da *Era dos Anos Dourados*: avanços e retrocessos
- ▶ 3. Crescimento sustentável e observância dos ditames da Justiça Social
- ▶ 4. A difícil, mas não impossível concretização das finalidades do Estado Democrático de Direito e da ordem econômica
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

**1. Introdução**

Sob o impacto da globalização e do domínio da ideia de liberdade sem limites do mercado, gigantescas empresas multinacionais transformaram-se em protagonistas privilegiadas tendentes a enfraquecer a democracia dos Estados, mormente na América Latina. Provocam radicais transformações nas economias nacionais, a envolver o mundo do trabalho e a própria capacidade produtiva das empresas, tal como se verifica nas últimas décadas.

Em busca de seus próprios objetivos, esses grandes grupos provocam incessantemente a modificação das condições de produção e, com isso, geram sérios desequilíbrios econômicos nos países em desenvolvimento, inclusive sem a eles oferecer alternativas. Suas principais tendências têm sido voltadas a minimizar o Estado-nação, forçando-o a favorecer fortemente e sem limites os interesses de tais conglomerados transnacionais, sob a hegemonia dos Estados Unidos e de sua liderança no comando do paradigma tecnológico.

É, assim, que a dominação da economia neoliberal provoca, hodiernamente, forte dispersão geográfica de empresas em quaisquer pontos do planeta, cada vez mais obrigadas

a acompanhar elevado nível de competição na indústria, no comércio e na prestação de serviços sem fronteiras. Desse modo, ficam inviabilizados, muitas vezes, projetos nacionais de investimento sobretudo das indústrias.

No entanto, tal realidade aponta, como sempre, a manifesta incapacidade do *livre mercado* de resolver suas próprias crises financeiras e, mais ainda, os problemas sociais. E a quem cabe solução?

Justamente para a salvaguarda do próprio modelo capitalista, deriva dos poderes do Estado Democrático de Direito a eficaz capacidade de impor limitações para evitar abusos e assegurar a livre-concorrência. Tudo no sentido de fortalecer e ajustar o crescimento econômico direcionado ao alcance do progresso de toda sociedade e da promoção do bem de todos.

**2. Transformações socioeconômicas de âmbito internacional a partir da *Era dos Anos Dourados*: avanços e retrocessos**

É sabido que, depois da Grande Depressão de 1929<sup>(1)</sup>, seguida da Segunda Grande Guerra,

(1) A crise econômica de 1929 culminou com o *crash* da Bolsa de Valores de Nova York, em outubro de 1929.

novas tendências surgiram em prol da formação de uma sociedade guiada por políticas keynesianas que formaram as bases do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*).

O Estado passa a intervir mais na economia, não no sentido de enfraquecer, mas, sim, de aperfeiçoar o sistema capitalista, ao dar respaldo à livre-iniciativa mediante mecanismos de incentivos voltados ao crescimento econômico, o que possibilita aumento da demanda necessária à manutenção de pleno emprego.

Trata-se, pois, de um modelo de Estado “conhecido por sua ênfase à justiça redistributiva, por seus programas de inclusão social e pelo seu tradicional sistema de financiamento previdenciário intergeracional baseado no princípio da solidariedade...”<sup>(2)</sup> A própria capacidade de crescimento, movida pela adoção do sistema capitalista, fomenta a introdução de novos métodos produtivos por meio de novas tecnologias e de novos mercados. Advém daí

---

“Consistiu, acima de tudo, numa queda generalizada da produção em quase todo o mundo industrializado (com exceção da URSS e do Japão)... Os jornais londrinos parecem ter sido os primeiros a evocar a famosa imagem de capitalistas arruinados, despencando das janelas dos prédios de Manhattan. O economista americano J. K. Galbraith deitou por terra essa lenda, constatando que ela não tem base estatística que a comprove. Houve suicídios, sem dúvida, em 1929, mas em média menos do que durante os anos entre 1930 e 1933... Havia 29 mil bancos nos Estados Unidos, em 1921, e apenas 12 mil em fins de março de 1933, resultado de um pânico nacional que levara o novo presidente, Roosevelt, a fechar temporariamente todos os estabelecimentos bancários”, nas palavras de GAZIER, Bernard. *Crise de 1929*. Trad. Júlia da Rosa Simões. Porto Alegre, RS: L&PM Pocket, 2009. p. 9, 30 e 41.

O citado autor, John Kenneth Galbraith, bem elucida que “a depressão tinha três características visíveis. A primeira, a implacável deflação dos preços gerando falências no setor industrial e na agricultura. A segunda, o desemprego. A terceira, as privações que trazia para grupos particularmente vulneráveis: os velhos, os jovens, os doentes e os mal abrigados, para não falar nos desempregados” (GALBRAITH, John Kenneth. A força primordial da grande depressão. In: *O pensamento econômico em perspectiva: uma história crítica*. Trad. Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Pioneira, Editora da Universidade de São Paulo, 1989. p. 176).

(2) Nas palavras de Faria, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da Crise*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 17.

substancial redução dos níveis de pobreza e, por consequência, das crises financeiras e de crédito. Tudo isso sob o comando do Estado de *Bem-Estar Social*.

Segundo José Eduardo Faria, trata-se, portanto, de um “tipo-ideal de Estado capaz de criar as condições para o investimento, controlar o curso da economia e dar às famílias a proteção necessária nas ‘contingências sociais’”. Ou seja, de um Estado capaz de regular a demanda global, valorizando uma combinatória entre políticas fiscais, políticas monetárias de natureza expansionista, programas anticíclicos de gastos públicos e elevação de despesas com seguridade social (como é o caso de seguro-desemprego, aposentadorias e pensões, por exemplo), com o objetivo de viabilizar uma demanda efetiva próxima ao pleno emprego e, com isso garantir a segurança socioeconômica.<sup>(3)</sup>

Nesse contexto, assim transcorre a *Era dos “anos dourados”*, marcada por um capitalismo guiado por princípios democráticos de modo a propiciar avanço tecnológico e prosperidades sociais.

Eis o que António José Avelãs Nunes, Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, preleciona a respeito:

Os trinta anos imediatamente posteriores a 1945 proporcionaram, em especial na Europa e nos EUA, taxas de crescimento econômico relativamente elevadas e níveis aceitáveis de desemprego sem pressões inflacionistas preocupantes. Estes resultados, associados às políticas de inspiração keynesiana, convenceram alguns de que a ciência econômica tinha descoberto a ‘cura’ para os vícios que Keynes atribuíra ao capitalismo (a possibilidade de desemprego involuntário e as desigualdades muito acentuadas). Falou-se da ‘obsolescência dos ciclos econômicos’ e celebrou-se a mirífica

(3) *Idem*.

conquista do *capitalismo post-cíclico ou capitalismo sem crises*.<sup>(4)</sup>

A par disso, vem definida a polarização do planeta entre o bloco capitalista liderado pelos Estados Unidos da América e o bloco socialista liderado pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Trata-se de uma divisão geopolítica no que concerne à ordem militar, política, ideológica, econômica e social em disputa pelo poder de influência perante o mundo. De qualquer forma, naqueles denominados “*trinta anos da era de ouro*” ou “*trinta anos gloriosos*”, nos países mais desenvolvidos busca-se e se obtém uma qualidade de vida estável, favorecida pelas altas taxas de crescimento, por sua vez aliadas aos crescentes aumentos salariais e à atuação positiva do Estado em prol da expansão e realização dos direitos sociais. Verifica-se um grande avanço na incorporação dos trabalhadores nas sociedades capitalistas, o que possibilita a adoção de mecanismos de integração social pela eficaz atuação sindical. Dá-se a formação de uma nova classe social afastada da antiga divisão conflituosa. E tudo isso fortalece uma política de proteção do Estado assegurada pelos fundos de contribuição previdenciária.

(4) NUNES, Antônio José Avelãs. *A crise atual do capitalismo: capital financeiro, neoliberalismo, globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 19.

O citado autor, em outra obra, a respeito do Estado de perfil keynesiano do *welfare state* bem realça e conclui o seguinte: “Um dos méritos de Keynes foi ter compreendido e enquadrado teoricamente esta problemática. Para assegurar mais estabilidade às economias capitalistas, de modo a evitar sobressaltos como a da Grande Depressão, é necessário que os desempregados não percam todo o seu poder de compra (daí o subsídio de desemprego), que os doentes e os inválidos recebam algum dinheiro para gastar (subsídios de doença e de invalidez), que os velhos não percam o seu rendimento quando deixam de trabalhar (daí o regime de aposentação, com a correspondente pensão de reforma). As bases (keynesianas) do *welfare state* são, pois, essencialmente, de natureza econômica, ligadas à necessidade de reduzir a intensidade e duração das crises cíclicas próprias do capitalismo, e motivadas pelo objetivo de salvar o próprio capitalismo.” In: NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 32.

Robert Castel, sociólogo francês, considera que tal período transcorrido até 1975 se destaca como a “apoteose da sociedade salarial”. Salienta que “a transformação decisiva que amadureceu ao longo dos anos 50 e 60 não é, pois, nem a homogeneização completa da sociedade, nem o deslocamento da alternativa revolucionária sobre um novo operador, a ‘nova classe operária’. O que se deu foi, sobretudo, a dissolução dessa alternativa revolucionária e a redistribuição da conflitualidade social conforme um modelo diferente daquele da sociedade de classes: a sociedade salarial”<sup>(5)</sup>.

Forma-se um círculo virtuoso entre crescimento econômico e correção das desigualdades sociais, o qual se rompe com o afastamento das regras de gerenciamento das relações econômicas e financeiras entre os países mais industrializados, estabelecidas por ocasião dos acordos de Bretton Woods, firmados em 1944. Por consequência, a ordem econômica entra em colapso na década de setenta, sob o domínio da alta inflação, mantendo orçamentos deficitários e estagnação econômica.

A propósito, John Mackey, um dos fundadores do movimento do *Capitalismo Consciente*, ao relatar as transformações ocorridas em grande parte do século XX, menciona que o período pode ser visto “como uma guerra intelectual travada entre duas filosofias sociais e econômicas opostas: o capitalismo de livre-iniciativa, baseado em mercados e pessoas livres, e o comunismo marcado pela ditadura e pelo controle econômico por parte do Estado”.

Por todos indicadores mensuráveis, o capitalismo ganhou a batalha. Social e economicamente, os Estados Unidos evoluíram bem mais do que a União Soviética, principal rival comunista. O mesmo aconteceu entre as duas Alemanhas, as duas Coreias, e com Taiwan, Hong Kong e Cingapura em relação à China<sup>(6)</sup>.

(5) CASTEL, Robert. *As Metamorfozes na Questão Social*. Trad. Iraci D. Poleti. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 452-463.

(6) MACKEY, John. *Capitalismo Consciente: como libertar o espírito heroico dos negócios*. Trad. Rosemarie Ziegelmaier. São Paulo: HSM Editora, 2013. p. 12.

Mais precisamente com a crise petrolífera — de 1973/74 e de 1978/79, que provoca a inflação e a estagnação — a ordem econômica até então estabelecida revela-se insustentável, aprofundados os problemas de financiamento estatal, diante da menor receita fiscal, o que inviabiliza a manutenção do gasto social nos moldes anteriormente estabelecidos. Ademais, diante de novos direcionamentos voltados à expansão do comércio internacional, aumenta a competição entre as empresas, que ainda são estimuladas à financeirização do capital. Para os trabalhadores em geral resulta o aumento dos índices de desemprego e, com isso, o desequilíbrio social, mormente em face da redução das prestações sociais devidas pelo governo dos Estados.

Na sequência, expressivas mudanças no âmbito político, econômico e social provocam a destruição do muro de Berlim, em 9 de novembro de 1989, e a dissolução da União Soviética em 1991. A propósito, Anthony Giddens<sup>(7)</sup>,

---

Nessa senda, Jeffrey A. Frieden aduz que “O socialismo ao estilo soviético parecia oferecer um crescimento rápido, igualdade e melhorias sociais. Os resultados incomodaram muitos esquerdistas. O conceito de ‘socialismo verdadeiro’ utilizado por grande parte da esquerda ocidental considerava as economias planificadas do comunismo a única forma remanescente de socialismo e, ao mesmo tempo, a distinguia de um tipo mais desejável, porém, inexistente. No entanto, para milhões de pessoas, o surgimento e a consolidação de um mundo socialista formado por países comunistas trouxeram a esperança de que havia mesmo uma forma de evitar a impessoalidade do capitalismo de mercado e a tendência dele em atuar contra os interesses dos pobres e pouco poderosos” (FRIEDEN, Jeffrey A. *Capitalismo Global: história econômica e política do século XX*. Trad. Viviam Mannheim. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 298).

(7) GIDDENS, Anthony. *A Terceira Via: Reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Trad. Maria Luísa X. de A. Borges. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 14. Dando sequência, assim preleciona John MACKAY: “Com a queda do muro de Berlim, em 1989, vários países começaram a se voltar para a liberalização política e econômica nas décadas de 1990 e 2000, conforme ficaram mais conhecidos os sombrios resultados das experiências socialistas do século 20. À medida que ganhava força essa transição para uma maior liberdade, muitas nações viveram um

avalia que “a União Soviética, longe de superar os EUA, caiu a níveis drasticamente inferiores aos americanos, e por que a social-democracia defrontou suas próprias crises”. Para ele:

a teoria econômica do socialismo sempre foi inadequada, subestimando a capacidade do capitalismo inovar, adaptar e gerar uma produtividade crescente. O socialismo foi também incapaz de compreender o significado dos mercados como fontes de informação, que fornecem dados essenciais a compradores e vendedores. Essas inadequações só se revelaram plenamente com a intensificação dos processos de globalização e de mudança tecnológica a partir da década de 1970.

Ao final da década de 1990, a economia capitalista passa a enfrentar outra grande crise econômica. A partir de 1997, apresenta-se seu foco inicial na Tailândia para, depois, atingir a Coreia, Hong Kong, China e Japão, deixando, assim, de ser uma crise localizada apenas na Ásia, para se tornar mundial. É o que expõe François Chesnais, Professor da Economia da Universidade Paris XIII:

a gravidade da crise em curso provém do fato de que, a despeito deste aspecto, ela não é ‘financeira’. Ela mergulha suas raízes nas relações de produção e de distribuição que regem cada economia e que comandam o caráter hierarquizado da economia mundial tomada no seu conjunto. Ela leva a marca de um regime de acumulação que superexplora os trabalhadores, que pressiona as camadas mais amplas da sociedade pelo viés dos impostos e dos juros sobre os créditos, mas que não chega, entretanto, a se apropriar e a centralizar a quantidade de riquezas que o capital necessita.

O citado autor igualmente realça o fato de que, apesar do grau de exploração dos trabalhadores, submetido a longas jornadas com

---

rápido crescimento econômico, e centenas de milhões de pessoas conseguiram escapar da pobreza.” (*op. cit.*, p. 12.)

redução de salário, em muitos países, o sistema capitalista deixa de produzir mais valor. Isso “porque o investimento caiu a níveis muito baixos (...) de modo que, globalmente, a acumulação não produz suficiente capital novo criador de valor e de mais-valia”<sup>(8)</sup>.

Com o fim da bipolaridade do planeta, emerge o capitalismo global de forma poderosa com a integração da maioria dos países aos mercados financeiros internacionais, sob o domínio das ideias neoliberais<sup>(9)</sup>. Com isso, há submissão crescente das políticas econômicas e sociais, no âmbito dos governos nacionais, às normas ditadas pelo ‘deus’ mercado.

Inaugura-se uma nova fase, na sua origem denominada globalização ou mundialização econômica que reflete cada vez mais o lado perverso e desagregador das adotadas políticas neoliberais que mais disseminam a desigualdade e as injustiças sociais. Faz desencadear um crescimento profundo da divisão da sociedade com nefastos efeitos no âmbito social a abalar sobremaneira a longa e difícil conquista de direitos trabalhistas.

O jogo liberal novamente evidencia que a dinâmica dos mercados sem a participação e intervenção do Estado, por meio de leis, não tem como englobar todos os cidadãos no sistema por ele gerado e dominado, de modo a assegurar bem-estar social. Ao contrário, o “individualismo agressivo e a ética intolerante

dos vencedores não deixam ao desamparado, ao inferiorizado, senão a alternativa de massacrar a própria auto-estima. A ‘individualização’ do fracasso não permite ao derrotado compartilhar com os outros um destino comum provocado pela desordem social...<sup>(10)</sup>.

As crises cíclicas do capitalismo, como sempre, resultam, para os trabalhadores em geral a perda de direitos pela desregulamentação ou flexibilização, além do aumento de dispensas em massa sem justa causa, acompanhado da redução de contratações. É o que se deu, recentemente, no Brasil, em época recente da crise financeira deflagrada entre junho e agosto de 2007, quando 14,3 milhões de trabalhadores foram desligados das empresas. Do total de empregados de desligados, 59,4%, ou 7,6 milhões foram dispensados por meio de demissões sem justa causa ou imotivadas<sup>(11)</sup>.

A aludida crise atingiu “o nível mais crítico em setembro de 2008, com a quebra de um dos principais bancos norte-americanos, e foi a maior desde a Grande Depressão da década de 1920 e do colapso da Bolsa de Nova York, em 1929”, nas palavras de José Eduardo Faria<sup>(12)</sup>.

A experiência vivenciada no decorrer do século XX e início do século XXI, portanto, leva à conclusão de que as crises econômicas ocorrentes nos sistemas de produção capitalista — além de causar sérios desequilíbrios econômicos — provocam considerável desarticulação social, com sérios e negativos reflexos nas relações sociais e de trabalho, a configurar até mesmo violações de direitos humanos.

### 3. Crescimento sustentável e observância dos ditames da Justiça Social

Tal como já se destacou, têm sido relevantes e muito significativas as mudanças

(8) CHESNAIS, François. *Rumo a uma mudança total dos parâmetros econômicos mundiais dos enfrentamentos políticos e sociais*. Disponível em: <[http://www.revista-outubro.com.br/edicoes/01/out01\\_01.pdf](http://www.revista-outubro.com.br/edicoes/01/out01_01.pdf)> Acesso em: 17 abr. 2014.

(9) A propósito, bem aponta Luiz Gonzaga de Mello Belluso: “a política americana de reafirmar a supremacia do dólar acabou estimulando a expansão dos mercados financeiros internacionais, primeiro por meio do crédito bancário — euromercados e *off shores* — e mais recentemente por meio do crescimento da finança direta. Paradoxalmente, as tentativas de assegurar a centralidade do dólar nas transações internacionais ensejaram o surgimento de um instável e problemático sistema plurimonetário com paridades cambiais flutuantes.” (BELLUSO, Luiz Gonzaga de Mello. *Globalização e inserção nacional*. In: *Ensaios sobre o capitalismo no século XX*. CEDPC/IE/UNICAMP, UNESP Editora, 2004. p. 86).

(10) Também nas palavras de BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. *A Globalização da estupidez*. In: *Ensaios sobre o capitalismo no século XX*. SciELO - Ed. UNESP, 2004. p. 94-95.

(11) Cf. Estudos do DIEESE. In: *Nota Técnica*, n. 61, mar. 2008. Disponível em: <<http://www.fup.org.br/2012/images/dieese/dieese9.pdf>> Acesso em: 22 abr. 2014.

(12) FARIA, José Eduardo, *op. cit.*, p. 18.

introduzidas, no mercado de trabalho, nessas três últimas décadas, decorrentes da aplicação da ideologia do neoliberalismo a promover a expansão do mercado global e de seus valores, porém, distanciados da ética e da Justiça Social.

Na esfera dessa economia de mercado<sup>(13)</sup>, a competição torna-se cada vez mais impiedosa, principalmente em face da difusão de inovações tecnológicas, da microeletrônica, biotecnologia, aceleração da velocidade de rotação do capital, automação, entre outros avanços, o que impõe a permanente reestruturação das empresas, favorecendo a forte exclusão social de grande parte da população.

No entanto, toda e qualquer sociedade regida pelo Estado Democrático de Direito deve ser includente e não o contrário. É que bem sustenta Mauricio Godinho Delgado<sup>(14)</sup>, ao aduzir que “a incorporação de todas as pessoas à estrutura e à dinâmica do sistema político, econômico, social e cultural é nuclear à ideia e à prática da Democracia”.

Para ele, “essa incorporação tem de se materializar por meio de políticas públicas e normas jurídicas, em face de ser o capitalismo incapaz, pelo exercício e dinâmica de suas meras forças de mercado, de realizar semelhante processo inclusivo”.

Desse modo, segundo o notável jurista e ministro do Tribunal Superior do Trabalho,

---

(13) Michael J. Sendel, com clareza, distingue sinteticamente *economia de mercado de sociedade de mercado*. No tocante à primeira, trata-se de “uma ferramenta — valiosa e eficaz — de organização de uma atividade produtiva”. Em contraposição, “uma sociedade de mercado é um modo de vida em que os valores de mercado permeiam cada aspecto da vida humana. É um lugar em que as relações sociais são reformatadas à imagem do mercado”. (SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p.16.)

(14) DELGADO, Mauricio Godinho. Relação de Emprego e Relações de Trabalho: a retomada do expansionismo do Direito Trabalhista. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Orgs.). *Dignidade Humana e inclusão social: caminho para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010. p. 17.

incumbe à ordem jurídica trabalhista de cada sociedade e a cada Estado “a função decisiva de realizar social e economicamente a Democracia, concretizando, em boa medida, seu objetivo de permanente de inclusão das correspondentes populações”.

Nesse sentido, a vigente Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, inspira-se nos cânones democráticos do século XX, especificamente nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Volta-se para a plena realização da cidadania, elegendo o valor da dignidade humana como um dos fundamentos do regime político democrático que instaurou e institucionalizou (art. 1º, inciso III). Para tanto, proclama a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II) e a exequibilidade plena dos direitos fundamentais (em seu preâmbulo). Alarga a dimensão desses direitos para alcançar os direitos sociais (arts. 6º, 7º e 8º), dentre os quais os direitos dos trabalhadores, garantidos de forma progressiva e amparados contra qualquer retrocesso social.

Em tal dimensão, a Lei Maior proclama que a livre-iniciativa não pode estar dissociada da valorização do trabalho humano, ao qual se reporta, igualmente, como princípio supremo da ordem constitucional e fundamento da ordem econômica (art. 1º, inciso IV, c/c art. 170). Amplia as condições de igualdade, quando realça a necessária observância dos “ditames da justiça social”. Mesmo assim, o problema da incomensurável desigualdade social encontra-se presente nos *quatro cantos* do País, à espera de soluções consentâneas com a redemocratização social.

Isso porque ainda não se cumpriu a meta de se formar uma sociedade brasileira efetivamente democrática e, por conseguinte, regida pelos princípios de justiça, assim bem explicitados por John Rawls<sup>(15)</sup> — um dos mais influentes pensadores políticos do pós-guerra:

---

(15) RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p. 345.

a) toda pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdade para todos;

b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. A primeira é que devem estar vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e a segunda é que devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade.

Acrescenta que são os princípios da justiça social que “fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social”<sup>(16)</sup>.

O ilustre filósofo John Rawls, enfaticamente, assevera que:

uma sociedade é bem-ordenada não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros, mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça. Isto é, trata-se de uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e (2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem, esses princípios.

Com clareza, ele ainda salienta que, apesar de os homens discordarem sobre *quais princípios deveriam definir os termos básicos de sua associação, cada um deles tem sua concepção de justiça*. “Isto é, eles entendem que necessitam, e estão dispostos a defender, a necessidade de um conjunto de princípios para atribuir direitos e deveres básicos e para determinar o que eles consideram como a distribuição adequada de

benefícios e encargos da cooperação social”<sup>(17)</sup>. E, ao tratar do *princípio da diferença*, destaca que “a sociedade deve dar mais atenção àqueles com menos dotes inatos e aos oriundos de posições sociais menos favoráveis. A ideia é de reparar o desvio das contingências na direção da igualdade”<sup>(18)</sup>.

Diante desses ensinamentos, convém argumentar que apenas a ação estatal, no âmbito de uma sociedade capitalista — ao garantir a livre-iniciativa, o direito de propriedade e a liberdade de competição democrática — tem como equilibrar a distribuição da riqueza nacional, de modo a possibilitar a igualdade de oportunidades, o mesmo ponto de partida. Ao impor real observância de direitos e obrigações por normas cogentes que não admitem negociação, assegura o respeito à dignidade de todos, principalmente dos trabalhadores.

Vale dizer, como detentor da soberania, o Estado Democrático de Direito reúne condições para coordenar a ordem econômica e social, promovendo, assim, a participação ativa da sociedade civil, cada vez mais pluralista e, de certa forma, individualista. Ao arrecadar tributos, adquire as condições necessárias para propiciar, como meta primeira, o desenvolvimento eficaz do sistema educacional, dos programas de saúde pública e da seguridade social. De toda essa interação, certamente, poderá advir maior efetividade dos direitos individuais e coletivos, calcados no postulado da dignidade da pessoa humana, princípio supremo e fundamento da ordem constitucional.

No sentido de concretizar objetivos fundamentais elencados no art. 3º da vigente Constituição da República Federativa do Brasil, os poderes constituídos vêm desenvolvendo — embora timidamente — projetos voltados à reestruturação da sociedade em busca da efetiva promoção do bem-estar de todos, por meio de programas sociais, dentre os quais o “*Bolsa Família*” e “*Minha Casa Minha Vida*”.

(16) RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça (Theory of Justice)*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 5.

(17) *Ibidem*, p. 5-6.

(18) *Ibidem*, p. 107.

Com isso, o governo federal se volta a beneficiar famílias que se encontram em situação de pobreza ou extrema pobreza, como forma de distribuição de renda, facilitando também o acesso a serviços públicos<sup>(19)</sup>. De certo modo, são políticas públicas direcionadas à prática de uma justiça distributiva, eis que visam a assegurar a cada cidadão, em condições humanas desfavoráveis, uma parte do bem comum de forma proporcional e, portanto, a própria inserção como membro do corpo social.

Nesse contexto, são cabíveis as doulas lições deixadas por André Franco Montoro, ao tratar do tema da Justiça Social, realçando que “as exigências do bem comum não podem ser deixadas ao livre jogo dos interesses, nem à boa vontade dos indivíduos.

Devem ser exigidos por lei, e para constituir para os cidadãos uma obrigação estrita e exigível (*debitum legale*). É a lição da Encíclica *Populorum Progressio*: “uma economia de intercâmbio não pode apoiar-se apenas sobre a lei da livre concorrência, que frequentes vezes leva à ditadura econômica. A diversidade das transações só é equitativa quando sujeita às exigências da justiça social...”<sup>(20)</sup>

Assim, sob a égide do Estado Democrático de Direito, todo e qualquer agente econômico deve se posicionar como membro integrante da sociedade, voltado a alcançar um desenvolvimento econômico verdadeiramente humano e justo. É nessa direção que a Lei Maior brasileira adota o sistema econômico fundado na iniciativa privada e estabelece princípios da ordem econômica preordenados à realização de um fim: assegurar a todos a existência digna, segundo ditames da justiça social (art. 170,

*caput*). Provém daí a assertiva de que toda propriedade privada — aí incluída a empresa, titular dos meios de produção — deve bem exercer sua função social, conforme preleciona José Afonso da Silva<sup>(21)</sup>:

... a iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e esta se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica. Essas considerações são ainda importantes para a compreensão do princípio da necessidade que informa a participação do Estado brasileiro na economia (art. 173), pois a preferência da empresa privada cede sempre à atuação do Poder Público, quando não cumpre a função social que a Constituição lhe impõe.

Mesmo em face de fortes impactos provocados pela atuação dos mercados internacionais — que impõem novas exigências de governança e responsabilidades globais em várias direções, inclusive a envolver a política social — persiste a relevância da ação estatal, para se obter a combinação do desenvolvimento econômico com a efetivação, cada vez mais plena, dos direitos fundamentais sociais, pois não seria: “uma insensatez adotar um modelo econômico cuja incompatibilidade com a democracia salta à vista, sacrificando valores essenciais como a dignidade da pessoa humana e deteriorando sensivelmente a qualidade da vida social?”<sup>(22)</sup>

(19) O *Bolsa Família* é um programa do Governo Federal que auxilia famílias que se encontram em situação de pobreza ou extrema pobreza. Trata-se de famílias com renda de até R\$ 140, por pessoa (que tenha de 0 a 15 anos de idade ou gestantes), e o valor do benefício varia de R\$ 22 a R\$ 200, dependendo da renda e do número de membros da família. Disponível em: <www.bolsafamilia2013.net/> Acesso em: 23 abr. 2014.

(20) MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 265.

(21) SILVA, José Afonso da. Das propriedades na Ordem Econômica. In: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 820-821.

(22) BARON, Atilio A., Os novos Leviatãs e a *polis* democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América Latina. In: *Pós-neoliberalismo II — Que Estado para que democracia?* BORON, Atilio A. et al. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 56.

Para tanto, urge a intervenção do Estado na ordem econômica para coibir abusos, sendo certo que a Constituição o regime de mercado organizado. Ademais, a história tem demonstrado, desde a primeira Revolução Industrial, que não há trabalho sem capital e não há capital sem trabalho. Portanto, sob o manto do Estado Democrático de Direito, é o diálogo e a postura ética dos agentes econômicos e protagonistas sociais, no seio das relações de trabalho, que, ao final, podem possibilitar a adaptação das garantias e direitos dos trabalhadores às exigências técnico-produtivas das empresas, no sentido de melhor salvaguardar os postos de trabalho e as melhores condições de trabalho conquistadas, em sintonia com o aumento dos índices de produtividade e lucratividade buscados. É o que reflete o pensamento de Miguel Reale:

Estou convencido de que a superação da crise capitalista depende tanto de providências econômicas quanto de determinações éticas e políticas, a fim de que não se assista ao drama de um mundo no qual cada progresso tecnológico importa em redução de postos de trabalho, como fria e inexorável consequência da redução do número de máquinas indispensáveis à produção. É possível que tais desequilíbrios possam vir a ser superados graças apenas às leis competitivas do mercado, mas as necessidades vitais dos trabalhadores e de suas famílias não podem aguardar indefinidamente os reajustes espontâneos pregados por mentores do neoliberalismo. A bem ver, o que está em jogo não é apenas o bem-estar de milhares e milhares de pessoas, expulsas dos quadros produtivos, mas é o próprio destino da economia capitalista, exigindo sua revisão.<sup>(23)</sup>

Assim sendo, a intervenção do Estado no sistema econômico do País visa justamente assegurar o exercício da livre-iniciativa na

(23) REALE, Miguel. *Crise do Capitalismo e Crise do Estado*. São Paulo: Editora SENAC, 2000. p. 15.

obtenção do êxito econômico, para afastar as distorções abusivas decorrentes da competição selvagem como prática lesiva do livre mercado. É o que tem sido demonstrado, desde a passagem do Estado Liberal ao Estado Social, para se reconhecer — e aceitar — que não há livre-concorrência — indispensável ao desenvolvimento de uma sociedade capitalista — sem a tutela e intervenção do Estado, para salvaguardar a plena liberdade individual de escolha dos meios e dos fins visados à produção de bens e serviços, proporcionando a decorrente circulação de riquezas, geradora de mais riquezas. Portanto, mediante tal intervenção, abusos são coibidos e afastados no sentido de possibilitar a livre disputa, o mesmo ponto de partida de todos os agentes econômicos.

A respeito, Bernardo Kliksberg<sup>(24)</sup>, ao se fundamentar em Rudiger Dornbusch, ressalta ser legítima a interferência do Estado como exigência de eficiência econômica, porque “o mercado não facilita uma distribuição que seja socialmente aceitável”.

Sob tal enfoque, a Constituição Federal brasileira, em seu art. 173, § 4º, assim dispõe de forma imperativa:

Art. 173...

IV – a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros...

Nessa senda, é a vigente Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011 — Lei Antitruste e de Infrações à Ordem Econômica — que visa a tutelar a própria organização e atuação do livre mercado, impondo limites para assegurar e proteger a livre-iniciativa e a livre-concorrência<sup>(25)</sup>, contra os malefícios de monopólios que atentam contra a própria Ordem Econômica.

(24) KLIKSBURG, Bernardo. *Repensando o Estado para o desenvolvimento social: superando dogmas e convencionalismos*. Trad. Joaquim Osório Pires da Silva. São Paulo: Cortez, 1998. p. 43.

(25) Para André Ramos Tavares, “livre-concorrência significa a possibilidade de agir com liberdade e consagra-se em determinado negócio, o que só é possível se não

Vale dizer, essa Lei n. 12.529/11 — que altera a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal, e a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, revogando dispositivos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n. 9.781, de 19 de janeiro de 1999 — estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispondo sobre a prevenção e repressão às infrações contra a Ordem Econômica, tudo em sintonia com os princípios e regras da CRFB em vigência.

#### 4. A difícil, mas não impossível concretização das finalidades do Estado Democrático de Direito e da ordem econômica

Conforme já destacado, compete ao Estado, no exercício de sua soberania, vincular suas políticas públicas às potencialidades do mercado, para daí extrair os meios necessários a fim de obter crescimento econômico e desenvolvimento social de forma sustentável, consagrando, assim, um esquema de cooperação, cujos resultados possam reverter em benefício de todos, ou seja, vincula a *livre-iniciativa* à responsabilidade social. Daí por que, a Constituição de República Federativa do Brasil<sup>(26)</sup>, ao eleger a livre-iniciativa como um

---

houver monopólio e, também, na inexistência de privilégios para certas empresas”. In: *Direito Constitucional da Empresa*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 40-41.

(26) CRFB, Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa;
- V – o pluralismo político...

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II – garantir o desenvolvimento nacional;
- III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso IV), delinea os limites da atividade estatal na esfera econômica, favorecendo o funcionamento do livre mercado, além de proteger interesses dos agentes econômicos, dos consumidores e dos trabalhadores. E, ao garantir a geração da riqueza resultante, promove a satisfação da própria sociedade. Por consequência, é o Estado que reúne todas as possibilidades de como melhor arrecadar impostos e, assim, como agente de redistribuição da riqueza, satisfazer uma de suas finalidades fundamentais de “promover o bem de todos”, conforme dispõe o art. 3º, inciso IV da mesma Lei Maior.

Nessa esteira, no seu art. 1º, a Constituição elege, como fundamentos do Estado Democrático de Direito, a dignidade humana — viga mestra dos direitos fundamentais (inciso III) — e os valores sociais do trabalho bem como a livre-iniciativa no mesmo nível estruturante da vida social (inciso IV).

Dessa análise, emerge, igualmente, o imprescindível reconhecimento de que sem o trabalho humano, o capital não se sustenta, razão pela qual o desenvolvimento econômico deve ser voltado ao alcance do progresso social. A prevalência da valorização do trabalho humano, em face da ordem econômica capitalista, vem associada à garantia da livre-iniciativa e da livre-concorrência, aliadas à estabilidade das operações do mercado<sup>(27)</sup>. Enfim, o Estado tem

---

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação...

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...

(27) “Weber afirmava que o capitalismo requer uma organização normativa altamente calculável. O legalismo auxiliou a desenvolvimento do capitalismo ao prover uma atmosfera estável e previsível... O legalismo é o único meio de prover o grau de certeza necessária para a operação do sistema capitalista”, nas palavras de TRUBEK M. DAVID. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo. Trad. José Rafael Zullo. In: *O novo Direito e Desenvolvimento*: presente, passado

como satisfazer suas finalidades fundamentais (CRFB, art. 3º), por meio de ações governamentais direcionadas, por exemplo, a traçar políticas públicas voltadas à redução da taxa do desemprego estrutural, em consonância com a qualificação da mão de obra; à justa distribuição da riqueza; à criação de novas tecnologias, bem como à diminuição das taxas de juros, entre outras.

Instrumentos legais e instituições jurídicas não faltam à luz de uma Constituição Federal, como a brasileira em vigência, que legitimou o capitalismo ao propiciar condições efetivas à livre-iniciativa e à livre-concorrência, orientando, porém, a ordem econômica estabelecida à finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (CRFB, art. 170).

Em síntese, a intervenção do Estado na ordem econômica e financeira tem por objetivo fundamental vincular suas ações governamentais às potencialidades do mercado, para daí extrair meios necessários a fim de se obter o crescimento econômico e social de forma sustentável. Consagra-se, assim, um esquema de cooperação, cujos resultados podem reverter em proveito de todos, além da salvaguarda dos direitos sociais, dentre os quais os direitos dos trabalhadores.

Entretanto, mesmo sob a égide de um Estado Democrático de Direito, fatores externos, como a atuação desenfreada dos mercados financeiros internacionais, vêm causando o colapso da ordem econômica com sérias repercussões na adoção e concretização de políticas públicas voltadas à garantia de um progressivo desenvolvimento mais justo e mais humano. É o que notoriamente ocorre inclusive nos países de capitalismo mais avançado da Europa, em que empresários e trabalhadores em geral — estes mais vulneráveis — sofrem com o domínio de grandes conglomerados internacionais, os

quais buscam predominantemente a maximização de lucros em detrimento de direitos humanos e de direitos fundamentais.

Vale dizer, as investidas e limitações do capitalismo global forjam a diminuição de postos de trabalho, a desregulamentação ou flexibilização de direitos trabalhistas e, por consequência, substancial perda do poder aquisitivo dos trabalhadores em geral. Essa realidade que, não raro, espelha a falta de valorização do trabalho humano — aliada à inexistência de postos de trabalho — inviabiliza a circulação da renda com geração de riquezas. E, assim, todas essas circunstâncias somadas concorrem para o estabelecimento de forte crise econômica, a exemplo do que ocorre na Europa, com grande visibilidade na Grécia, em Portugal e na Espanha<sup>(28)</sup>.

A propósito, Lori Wallach, Diretora da Public Citizen's Global Trade Watch (Washington), em seu artigo intitulado "Um tratado para estabelecer o governo das multinacionais", faz

(28) Em total sintonia, o professor Antonio Baylos, Catedrático de Direito do Trabalho da Universidade de Castilla-la Mancha, ao tratar do tema "Reformas Trabalhistas", faz menção à reforma da legislação trabalhista espanhola pela Lei n. 3/2012. Destaca que essa lei "debilita até à irrelevância a intervenção sindical, elimina qualquer responsabilidade pública na direção dos processos de destruição do emprego — salvo a que se deriva das prestações de desemprego como consequência de decisões empresariais nas quais não interfere — e considera, com manifesta vulnerabilidade do marco constitucional, que a liberdade de empresa goza de uma consideração política e jurídica de supremacia plena sobre qualquer direito ou bem constitucionalmente protegido e, em especial, sobre o direito ao trabalho". Trad. Daniela Kern. Disponível em: [AntonioBaylos <www.baylos.blogspot.com>](http://www.baylos.blogspot.com) Acesso em: 21 maio 2014. Nesse mesmo sentido, Eros Roberto Grau sustenta que "o capitalismo é essencialmente conformado pela *microrracionalidade* da empresa, não pela *macrorracionalidade* reclamada pela sociedade. Mais do que apenas isso, no entanto, o neoliberalismo é fundamentalmente antissocial, gerando consequências que unicamente as unanimidades cegas não reconhecem. O desemprego estrutural na Comunidade Europeia alcança cifras elevadíssimas. Os países avançados suportam a estagnação econômica, com o empobrecimento dos assalariados". (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 47-48.)

e futuro: textos selecionados de David M. Trubek, organizador José Rodrigo Rodríguez. Traduções Pedro Maia Soares... São Paulo: Saraiva, 2009. p. 31.

uma abordagem estarrecedora sobre o Tratado TTIP — *Transatlantic Trade and Investment Partnership*, a envolver sérias possibilidades de dismantelo dos fundamentos e objetivos do paradigma de Estado Democrático de Direito, em países da Europa. Diz respeito a Tratado de livre-comércio entre Estados Unidos da América e União Europeia, ainda em fase de negociação desde julho de 2013. Segundo a autora, por meio do TTIP, multinacionais poderão ser privilegiadas perante Estados por força de lei cogente. Estes, assim submetidos, correm o risco de serem acionados por qualquer uma delas perante Tribunais Privados de Arbitragem (especialmente criados para tanto e fora da organização judiciária), quando a política interna adotada tiver um efeito restritivo sobre sua exploração comercial.

Vale dizer, tal pretendido acordo, ao facilitar o livre-comércio transatlântico, certamente, atingirá negativamente os conquistados direitos sociais, direitos ambientais e direitos do consumidor, dentre outros direitos fundamentais. Isso porque prevê que:

as legislações em vigor em ambos os lados do Atlântico estejam em conformidade com as normas de livre-comércio estabelecidas pelas — e para as — principais empresas europeias e norte-americanas, sob pena de sanções comerciais ao país transgressor ou de uma reparação de vários milhões de euros em favor dos queixosos... Essa negociação tem sido realizada a portas fechadas...<sup>(29)</sup>

(29) Para a Diretora da Public Citizen's Global Trade Watch (Washington), "o imperioso desejo de ocultar a preparação do tratado EUA-UE da atenção do público é facilmente compreensível. É melhor usar o tempo para anunciar ao país os efeitos que o tratado vai produzir em todos os níveis: desde o topo do governo federal até os conselhos municipais, passando pelos governos e pelas assembleias locais, as autoridades eleitas devem redefinir de alto a baixo suas políticas públicas, de maneira a satisfazer os apetites do setor privado (...), nas seguintes áreas: segurança alimentar, normas de toxidade, seguros-saúde, preço dos medicamentos, liberdade na internet, proteção de privacidade, energia, cultura, direitos de autor, recursos naturais, formação

profissional, equipamentos públicos, imigração: não há um campo de interesse geral que não passe pelo jugo do livre-comércio institucionalizado...". (destacamos).

Salienta a autora que já está "estipulado que os países signatários deverão assegurar a "colocação em conformidade das suas leis, regulamentos e procedimentos" com as disposições do tratado. Ninguém duvida que procurarão honrar escrupulosamente este compromisso. No caso contrário, poderiam ser alvo de processos judiciais num dos tribunais especialmente criados para arbitrar os litígios entre os investidores e os Estados, que serão dotados do poder de sentenciar sanções comerciais contra estes últimos". In: *Le Monde Diplomatique Brasil*, nov. 2013, p. 4.

Contra a finalização desse Tratado, surgem movimentos sociais na Europa, tal como o "STOP TTIP ITALIA", que nasceu em fevereiro de 2014, no sentido de coordenar organizações que se opõem a esse Tratado. Seus promotores (Arci Associazione Bottegue del Mondo, A Sud, Attac Italia, Cobas, Fondazione Cercare Ancora, Forum Italiano dei Movimenti per l'accqua, Medici Senza Camice, entre outros) protestam e salientam desde logo os gravíssimos malefícios daí resultantes para os cidadãos italianos. Destacam que tal negociação — sob o *âlibi de uma homogeneização das normativas e falsa ilusão de fortalecer a economia da Europa* — "desenha um quadro de forte desregulamentação em que o objetivo principal não se trata de liberação comercial, mas de um novo ataque contra o que resta dos direitos do trabalhador, da pessoa, do ambiente e da cidadania após anos de crise econômica e financeira, na mais cruel tentativa de desarticular as políticas de anos de lutas sociais contra as políticas de austeridade...". Ressaltam que poderão ser condenadas como "barreiras comerciais ilegais", normas de segurança alimentar. Os setores de Água e Energia correm o risco de privatização, sendo certo que poderão ser acusadas de distorção de mercado todas as comunidade que se opuserem a esse acordo. A legislação trabalhista, já desregulada drasticamente pelas políticas de austeridade da União Europeia, pode ser considerada "barreira não tarifada" a ser removida. Reiteram que "o tratado impediria qualquer possibilidade de escolha autônoma dos Estados nos campos econômico, social e ambiental, provocando a total esautoração (ato de privar alguém da autoridade que tinha) por parte das empresas privadas". O TTIP, através da harmonização das normativas europeias em âmbito energético, incentivaria a importação de biomassas americanas que não respeitam os limites mínimos de emissão de gás e outros critérios de sustentabilidade ambiental". Disponível em: <www.stop-ttip-italia.net> Tradução livre.

Vide também: <[http://resistir.info/europa/ttip\\_08mai14.html](http://resistir.info/europa/ttip_08mai14.html); <http://www.resistance-politique.fr/article-ttip-le-traite-qui-signera-la-capitulation-de-leurope-123565458.html>> Acesso em: 2 jun. 2014.

Independentemente da realização desse (malévolo) Tratado, bem se constata que pequenas e médias empresas industriais, muitas vezes, são as que mais sofrem com as permanentes transformações decorrentes da internacionalização do sistema produtivo e dos serviços. Notadamente, resulta, para elas, a imposição de permanecerem competitivas, também sob pena exclusão, no âmbito das progressivas investidas do mercado dominado por multinacionais, sempre em busca da maximização dos lucros, em qualquer lugar do planeta. Assim, os efeitos nefastos dessa economia de mercado global repercutem seriamente no exercício da livre-iniciativa com responsabilidade, em prol da promoção do bem de todos os membros da sociedade civil de um determinado Estado-nação.

Por sua vez, os próprios Governos, em sua atuação interna, enfrentam sérios obstáculos para a superação de tais imperativos econômicos que manipulam os fluxos internacionais, em total contraposição à busca pelo desenvolvimento humanista e mais justo.

Pior tem sido no mundo do trabalho, nas últimas décadas, onde largamente vem adotada a flexibilização de normas trabalhistas ditada pelos ideólogos do neoliberalismo, como forma de se obter a pretendida adaptação das normas de proteção dos trabalhadores às imposições da globalização econômica. Todavia, a flexibilização não gera novos postos de trabalho. Em verdade, provoca forte erosão dos direitos dos trabalhadores, além de deflagrar a deterioração da qualidade de empregos que restam e a acentuada exclusão. Com isso, formam-se bolsões de desempregados que recorrem cada vez mais à informalidade como integrantes de um *exército de reserva de mão de obra*.

Para José Dari Krein<sup>(30)</sup>, professor da Unicamp, a flexibilização é uma agenda imposta

(30) KREIN, José Dari. *Debates contemporâneos economia social e do trabalho: as relações do trabalho na era do neoliberalismo no Brasil*. São Paulo: LTr, 2013. p. 19-21.

pela lógica das transformações no capitalismo, no contexto da globalização econômica, contrapondo-se a um padrão de proteção social do trabalho vigente.

Esclarece ainda o renomado mestre que:

A flexibilidade apresenta dois sentidos bem definidos. Primeiro, possibilitar maior liberdade às empresas na determinação das condições de uso, de contratação e de remuneração do trabalho. Em segundo lugar, possibilitar ajustes no volume e no preço da força de trabalho na perspectiva de reduzir seu custo no cenário descrito acima. Essas duas finalidades concretizam-se, por um lado, por meio da supressão de benefícios e de direitos advindos da legislação e/ou de normas coletivas, o que significa a eliminação, a diminuição ou afrouxamento da proteção trabalhista e social vigente em cada país. Por outro lado, pela introdução de novas legislações ou normas coletivas que permitam adaptar os direitos trabalhistas à lógica apontada acima, especialmente em relação a quatro temas bastante comuns em diversas experiências nacionais: remuneração, jornada, formas de contratação e alocação de trabalho.

Neste cenário e mesmo sob o amparo do Estado Democrático de Direito, a progressiva *transnacionalização* da economia, principalmente pelo poder desmedido de grandes conglomerados multinacionais, provoca a redução de possibilidades de o Estado-nação, isoladamente, promover o bem de todos e satisfazer outras exigências sociais. A ação governamental e as políticas públicas tendem a perder sua efetividade com sérios prejuízos no âmbito da ordem social e, até mesmo, na ordem econômica e financeira, tudo em total afronta aos princípios e regras constitucionais em vigência.

Isso tudo tende a diminuir o próprio valor da Constituição, tanto como norma fundamental a reger a ordem econômica e social, quanto como “elemento articulador da iden-

tidade política reflexiva e da cultura jurídica”, nas palavras de Alfonso de Julios-Campuzano,<sup>(31)</sup> da Universidade de Sevilha, aduzindo ainda o seguinte:

A crise do Estado moderno traduz-se em crise de um sistema jurídico-político, de sorte que a crise do constitucionalismo no contexto da globalização encobre outra mais profunda, a do próprio Estado como modelo articulador das relações jurídicas e políticas: uma crise que revela, portanto, a insuficiência do modelo estatal para responder as urgências do momento presente. Por isso, a invocação de um constitucionalismo cosmopolita não é um mero exercício de utopismo, mas sim a consequência de uma constatação. Salvar a Constituição e o direito como elementos racionalizadores da vida social, política e econômica exige superar os estreitos limites do modelo estatal.

É o que tem sido objeto de pesquisa por parte de eminentes juristas, diante das relevantes e permanentes transformações que refogem ao controle do Estado-nação. Destacam ser necessária a busca por uma coordenada atuação de diversos governos de grandes economias.

Vale dizer, uma ação conjunta de governos de Estados, lastreada no princípio da solidariedade, para manter o sistema capitalista de produção, possibilitando a obtenção do lucro com sustentabilidade, porém, mediante a salvaguarda da Constituição. Isso tudo, em vista da manutenção da garantia dos direitos fundamentais, dentre os quais os direitos dos trabalhadores, os direitos dos consumidores. Dessa forma, torna-se viável a efetiva redistribuição da renda e riqueza provenientes da arrecadação de impostos.

Harmonizando-se com esses ideais, eis o que reconhece, desde logo em um de seus considerandos, a Declaração sobre o Direito

(31) JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Trad. José Luis Bolsan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 106-107.

ao Desenvolvimento, adotada pela Resolução n. 41/128, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 4 de dezembro de 1986:

o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes.<sup>(32)</sup>

Nesse sentido, assim dispõe seu art. 3º:

Os Estados têm a responsabilidade primária pela criação das condições nacionais e internacionais favoráveis à realização do direito ao desenvolvimento.

A realização do direito ao desenvolvimento requer pleno respeito aos princípios do direito internacional relativos às relações amistosas de cooperação entre os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas. *Os Estados têm o dever de cooperar uns com os outros para assegurar o desenvolvimento e eliminar os obstáculos ao desenvolvimento*. Os Estados deveriam realizar seus direitos e cumprir suas obrigações, de modo tal a promover uma nova ordem econômica internacional, baseada na igualdade soberana, interdependência, interesse mútuo e cooperação entre todos os Estados, assim como a encorajar a observância e a realização dos direitos humanos.<sup>(33)</sup> (destacamos)

(32) VILHENA, Oscar Vieira (Org.). *Direitos Humanos. Normativa Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 171.

(33) *Ibidem*, p. 174. Ao tratar do Segundo Decênio das Nações Unidas para a erradicação da Pobreza (2008-2017), por meio da Resolução n. 60/423/Add.1, de 19 de dezembro de 2008, a Assembleia Geral proclama a continuidade de ação eficiente e coordenada para o alcance de objetivos de desenvolvimento ajustados no âmbito internacional. Reconhece a importância da geração de recursos financeiros para o desenvolvimento em nível nacional e internacional. Para tanto, reconhece, também, que o crescimento econômico sustentado por uma produtividade crescente, favorecida pela capacidade empresarial, é fundamental para o aumento dos níveis de qualidade de vida. Disponível em: <<http://www.un.org/es/events/povertyday/decade.shtml>> Acesso em: 29 abr. 2014.

Esta tem sido uma das diretivas de membros da ONU, partindo do pressuposto de que, sem desenvolvimento econômico, não há condições de se realizar os objetivos de ordem social. Para tanto, exaltam a cooperação internacional e a união de forças em prol do relevante objetivo de humanizar a economia de mercado global. Ademais, essa interdependência dos Estados-nação torna-se necessária, inclusive para a sustentação do próprio sistema de produção capitalista, no âmbito global.

Peter Häberle, ilustre jurista alemão, vem trabalhando com essa temática, em seus estudos bem apropriados, e defende o valor integrador da Constituição a inspirar as relações entre Estados, no sentido da formação do “Estado Constitucional Cooperativo”<sup>(34)</sup>. Para ele, a soberania vem relativizada, pela própria Constituição, de forma que a interpretação de seu texto passa a exigir a observância de outros textos constitucionais de Estados integrados em um amplo sistema global, que, assim, cooperam para garantir a democracia pluralista, assecuratória de políticas de paz no sentido geral, aliadas à estabilidade econômica. E, ao tratar da “cooperação privada além dos Estados: a sociedade internacional, ponto de partida de um Direito Internacional humanitário e social”, com clareza assim propõe:

A cooperação internacional não se limita apenas à cooperação entre Estados. A modernização dos veículos e meios de comunicação é, também, em nível societário, motivo de uma superação das fronteiras nacionais e da construção da sociedade internacional. O Estado Constitucional

cooperativo colocou o desafio da cooperação internacional também no plano ‘social’ privado. A transferência (e, ocasionalmente, também, o comprometimento) de políticas estatais econômicas e de desenvolvimento para outras políticas voltadas para o comércio de empresas multinacionais somente pode ser vinculada, socialmente, pela cooperação internacional dos Estados e ser obrigada ao cumprimento de objetivo de segurança econômica coletiva. Os esforços por um ‘Código de comportamento para empresas multinacionais’, no âmbito da OECD, são um primeiro passo para a realização desse postulado. Desde que estejam preparadas a assumir sua responsabilidade social correspondente à sua influência no plano internacional, elas deveriam, como fatores da integração econômica privada, não mais ser combatidas como fatores prejudiciais da vida econômica internacional, e sim, serem promovidas como complemento da cooperação estatal no plano societário.<sup>(35)</sup>

Nessa ótica de Peter Häberle, poderá haver, por intermédio de um Estado constitucional cooperativo, a possibilidade de eficaz imposição de medidas eficientes direcionadas à abertura e à realização conjunta dos direitos humanos. Para isso, ele realça o objetivo da concretização de “solidariedade estatal de prestação, disposição de cooperação para além das fronteiras: assistência ao desenvolvimento, proteção ao meio ambiente, combate aos terroristas, fomento à cooperação internacional também em nível jurídico privado...”. Por fim, ele conclui que:

a ciência do Estado constitucional livre e democrático tem sua própria tarefa: ela somente pode subsistir se perceber, de forma conceitual-dogmática, responsabilidade regional e global para além do Estado — esta é a sua missão ético-constitucional. A ideia do Estado constitucional cooperativo e do direito comum de cooperação procuram lhe fazer jus.<sup>(36)</sup>

(34) O Estado Constitucional Cooperativo vem conceituado por Peter Häberle como “o Estado que justamente encontra a sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim como no campo da solidariedade. Ele corresponde, com isso, à necessidade internacional de políticas de paz”. In: HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2007. p. 4.

(35) *Ibidem*, p. 44-45.

(36) *Ibidem*, p. 71-72.

Em face das sérias consequências da exploração econômica em escala mundial, as preciosas lições de Peter Häberle servem para corroborar a assertiva de que a luta pela igualdade e pela defesa dos direitos fundamentais exige um permanente e progressivo combate coletivo, a envolver a participação de Estados democráticos.

Imperioso se torna resguardar a efetividade da força normativa da Constituição, mediante o fortalecimento das estruturas jurídicas e institucionais. A possível perda dessa efetividade “é um sólido aliado para os líderes do capitalismo global, que encontram um caminho perfeito para redesenhar a ordem social de acordo com as exigências técnicas do sistema econômico, à margem de todo controle democrático”<sup>(37)</sup>.

No que concerne ao Estado brasileiro, o art. 4º, inciso IX, da CRFB, assim dispõe:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: ...

IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Tal disposição constitucional reflete expressamente a vontade popular, conforme consta do Preâmbulo da mesma Lei Maior, de instituição de um Estado Democrático de Direito que se compromete também, no âmbito da Ordem Internacional, para assegurar, como valores supremos, *o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça*<sup>(38)</sup>.

(37) Nas palavras de JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de, *op. cit.*, p. 108.

(38) PREÂMBULO: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de

## 5. Considerações finais

O modelo de Estado Democrático de Direito sustenta-se no respeito e defesa da dignidade da pessoa humana e dos decorrentes direitos fundamentais civis, políticos, sociais econômicos e culturais. Assegura a promoção do desenvolvimento econômico em vista da inclusão social, ao salvaguardar a livre-iniciativa centralizada na valorização do trabalho humano.

Inquestionavelmente, são grandes os desafios enfrentados pelos Estados que seguem esse paradigma, no âmbito de sua ordem econômica e financeira, diante dos desdobramentos e imposições da economia global. Mesmo assim, a firme atuação do Estado tem sido essencial e relevante, para a garantia da estabilidade das relações comerciais e industriais cada vez mais dependentes do capital internacional, sob o domínio do neoliberalismo, como se dá seio da Nação brasileira.

Não existe um receituário pronto para o exercício da ação estatal. Por isso, no âmbito nacional, torna-se indispensável fazer valer os princípios e regras estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil. Conforme está proclamado em seu Preâmbulo, o Estado Democrático, ao se comprometer com a ordem internacional, tem como agir conjuntamente com os demais Estados do mundo, para o alcance de um desenvolvimento sustentável de forma a concretizar, substancialmente, o direito à vida com dignidade, em vista do princípio da prevalência dos direitos humanos (CRFB, art. 4º, inciso II), mesmo sem a formação de um Estado global.

Nesse contexto, é preciso agir, fazendo valer a Constituição da República Federativa do Brasil em qualquer situação de manifesta injustiça social, em vista do alcance do progresso econômico diretamente comprometido com a promoção do bem-estar de todos (CRFB, art. 3º,

Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL:

inciso IV, e art. 170). Para tanto, urge afastar a passividade do povo brasileiro, pois “*basta de tolerância em sentido negativo, de tolerância no sentido de deixar as coisas como estão, de não interferir, de não se escandalizar nem se indignar com mais nada*” (Norberto Bobbio).

## 6. Referências bibliográficas

BARON, Atílio A. Os novos Leviatãs e a polis democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América Latina. In: *Pós-neoliberalismo II – Que Estado para que democracia?* BORON, Atílio A. et al. Petrópolis: Vozes, 1999.

BAYLOS, Antonio. *Reforma Trabalhista*. Disponível em: <[www.baylos.blogspot.com](http://www.baylos.blogspot.com)> Acesso em: 21 maio 2014.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. A Globalização da estupidez. In: *Ensaios sobre o capitalismo no século XX*. SciELO – Ed. UNESP, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CASTEL, Robert. *As Metamorfoses na Questão Social*. Trad. Iraci D. Poleti. Petrópolis: Vozes, 1998.

CHESNAIS, François. *Rumo a uma mudança total dos parâmetros econômicos mundiais dos enfrentamentos políticos e sociais*. Disponível em: <[http://www.revistaoutubro.com.br/edicoes/01/out01\\_01.pdf](http://www.revistaoutubro.com.br/edicoes/01/out01_01.pdf)>.

DELGADO, Mauricio Godinho. Relação de Emprego e Relações de Trabalho: a retomada do expansionismo do Direito Trabalhista. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Orgs.). *Dignidade Humana e inclusão social: caminho para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010.

DIEESE. In: *Nota Técnica n. 61*, mar. 2008. Disponível em: <<http://www.fup.org.br/2012/images/dieese/dieese9.pdf>>.

FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da Crise*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRIEDEN, Jeffrey A. *Capitalismo Global: história econômica e política do século XX*. Trad. Viviam Mannheimer. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

GALBRAITH, John Kenneth. *O pensamento econômico em perspectiva: uma história crítica*. Trad. Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Pioneira, Editora da Universidade de São Paulo, 1989.

GAZIER, Bernard. *Crise de 1929*. Trad. Júlia da Rosa Simões. Porto Alegre: L & PM Pocket, 2009.

GIDDENS, Anthony. *A Terceira Via: Reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Trad. Maria Luisa X. de A. Borges. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2008.

HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2007.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Trad. José Luis Bolsan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KLIKSBERG, Bernardo. *Repensando o Estado para o desenvolvimento social: superando dogmas e convencionalismos*. Trad. Joaquim Osório Pires da Silva. São Paulo: Cortez, 1998.

KREIN, José Dari. *Debates contemporâneos: economia social e do trabalho: as relações do trabalho na era do neoliberalismo no Brasil*. São Paulo: LTr, 2013.

MACKEY, John. *Capitalismo Consciente: como libertar o espírito heroico dos negócios*. Trad. Rosemarie Ziegelmaier. São Paulo: HSM Editora, 2013.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 30. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Antônio José Avelãs. *A crise atual do capitalismo: capital financeiro, neoliberalismo, globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2000.

\_\_\_\_\_. *Uma Teoria da Justiça (Theory of Justice)*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. *Crise do Capitalismo e Crise do Estado*. São Paulo: Editora SENAC, 2000.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional da Empresa*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

TRUBEK M. DAVID. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo. Trad. José Rafael Zullo. In: *O novo Direito e Desenvolvimento: presente, passado e futuro: textos selecionados de David M. Trubek*, organizador José Rodrigo Rodriguez. Traduções Pedro Maia Soares... São Paulo: Saraiva, 2009.

WALLACH, Lori. Um tratado para estabelecer o governo das multinacionais. In: *Le Monde Diplomatic Brasil*, ano 7, novembro de 2013.

VILHENA, Oscar Vieira (Org.). *Direitos Humanos. Normativa Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

### **Sites visitados:**

<[www.stop-tti-italia.net](http://www.stop-tti-italia.net); [www.bolsafamilia2013.net/](http://www.bolsafamilia2013.net/)>;

<<http://www.un.org/es/events/povertyday/decade.shtml>>;

<[http://resistir.info/europa/ttip\\_08mai14.html](http://resistir.info/europa/ttip_08mai14.html)>;

<<http://www.resistance-politique.fr/article-ttip>>.

# A colisão entre normas coletivas e direitos fundamentais

---

Maurício Matsushima Teixeira<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ As normas coletivas como instrumentos que são dotados de natureza jurídica mista de contrato e lei devem passar a ser interpretadas em consonância com as normas constitucionais de Direitos Fundamentais, não se podendo mais admitir que a autonomia privada coletiva sirva de escudo para a derrogação daqueles direitos dos trabalhadores ou que estes instrumentos sejam considerados meros contratos entre particulares, afastando-se sua interpretação pela Corte Constitucional nacional. O estudo de casos concretos demonstra que são recorrentes as hipóteses em que as Normas Coletivas ignoram as regras de proteção previstas na Constituição Federal, sendo necessária uma interpretação reflexiva acerca da colisão entre direitos constitucionalmente tutelados.

## Palavras-chave:

- ▶ Normas coletivas — Direitos fundamentais — Colisão — Interpretação.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A norma coletiva, sua natureza jurídica e interpretação
- ▶ 3. A participação nos lucros
- ▶ 4. Dos turnos ininterruptos de revezamento
- ▶ 5. Outras hipóteses
- ▶ 6. Conclusões
- ▶ 7. Referências bibliográficas

---

(\*) Bacharel em Direito pela USP; Especialista em Direito do Trabalho (pós-graduação *lato sensu*) pela USP. Mestrando em Direito do Trabalho pela USP. Advogado (1995-2001). Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 2ª Região (2001-2006). Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 15ª Região (2006-atual).

## 1. Introdução

Se o direito não passa da vontade da classe burguesa erigida em lei, vontade cujo conteúdo é determinado pelas condições materiais de existência da própria burguesia<sup>(1)</sup> e que “o Direito surge para camuflar, ocultar os conflitos, visa conter a classe trabalhadora da revolução”<sup>(2)</sup>, aparentemente essa face do direito seria contida pela aplicação integral dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, com o intuito de igualizar oportunidades, amparando os desfavorecidos<sup>(3)</sup>. Entretanto, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho parece frustrar os interesses dos trabalhadores ao interpretar as normas coletivas e sua colisão com princípios e normas constitucionais, permitindo a derrogação de direitos assegurados pelo texto constitucional pela via da negociação coletiva, servindo o Direito, como previu Marx, como mero biombo da classe dominante.

## 2. A norma coletiva, sua natureza jurídica e interpretação

Quando se pretende discutir a hierarquia e o conflito de normas, a primeira questão que deve ser respondida é o que é norma ou enunciado normativo<sup>(4)</sup>? Tercio Sampaio

Ferraz Júnior indica que a questão não é, nem nunca foi de fácil solução, diante de seu caráter zetético<sup>(5)</sup>, tratando-se de uma questão aberta que se renova ao longo do tempo<sup>(6)</sup>. Positivistas afirmarão que as normas são o fundamento do qual outras normas retiram sua validade e força coercitiva, ou seja, o Direito nada mais seria que “uma ordem normativa da conduta humana, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”<sup>(7)</sup>.

Para Alf Ross, uma norma é “uma diretiva que corresponde a certos fatos sociais de forma tal que o modelo de conduta expresso na norma (1) é geralmente seguido pelos membros da sociedade, e (2) é encarado por eles como vinculante (válido)”. Segundo este entendimento, somente normas válidas ou existentes seriam consideradas normas, sofrendo críticas de Alexy<sup>(8)</sup>, já que deveria ser possível distinguir o sentido da norma de sua validade, optando por uma conceituação semântica de norma.

Miguel Reale define norma como “uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória”, ou seja, seu conteúdo pode ser enunciado de mais de uma forma, de acordo com a integração da norma no sistema jurídico, ainda que contra a vontade dos obrigados, aproximando-se da ideia de Alexy que entende a norma como o significado de um enunciado normativo, que expressa algo que deve ser<sup>(9)</sup>, como no conceito de Reale.

- (1) ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*. Edição eletrônica Kindle, baixada de: <www.amazon.com.br>.
- (2) FERREIRA, Éder; CELESTINO, Lauren de Miranda. O Direito nos manuscritos do jovem Marx. In: POZZOLI, Lafayette, 1956 (Coord.). *Matrizes dos conceitos de justiça*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. p. 242.
- (3) FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito — técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1990. p. 33.
- (4) BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 217: “enunciado normativo corresponde a uma proposição jurídica no papel, a uma expressão linguística, a um discurso prescritivo que se extrai de um ou mais dispositivos. Enunciado normativo é o texto ainda por interpretar. Já a norma é o produto da incidência do enunciado normativo sobre os fatos da causa, fruto da interação entre texto e realidade”. Para os fins do presente estudo, não se adotará a diferenciação entre enunciado normativo e norma, considerando-se esta como texto com força abstrata vinculante.

- (5) Antônio Houaiss. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. Zetético é aquele que por desconfiar de dogmas, verdades definitivas ou afirmações peremptórias, mantém-se em constante estado de incerteza e investigação intelectual.
- (6) FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito — Técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988. p. 99.
- (7) KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes: 1987. p. 4.
- (8) ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros: 2011. p. 58.
- (9) *Op. cit.*, p. 54 e 58.

A definição legal<sup>(10)</sup> de Convenções e Acordos Coletivos parece não deixar dúvida sobre seu caráter normativo<sup>(11)</sup>, entretanto, o Supremo Tribunal Federal segue aplicando a Súmula n. 454<sup>(12)</sup> para negar seguimento a Recursos Extraordinários que tentam discutir a constitucionalidade de cláusulas normativas<sup>(13)</sup>, considerando estes instrumentos

(10) Art. 611 da Consolidação das Leis do Trabalho. Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

(11) Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 279: “Nossa opinião é que, independentemente da natureza contratual ou regulamentar, a convenção coletiva é norma, desde que se dissocie o conceito de norma do conceito de lei ou ato estatal. (...) De outro lado, o pluralismo jurídico demonstra que há produção do direito positivo não estatal, do qual as convenções coletivas são uma forma.”

(12) Súmula n. 454 do Supremo Tribunal Federal: “Simple interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a Recurso Extraordinário.”

(13) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Trabalhista. Extensão a inativos, a título de complementação de aposentadoria, de vantagens concedidas por normas previstas em acordo coletivo. Matéria infraconstitucional. Precedentes. RE-RG 659.109 3. Agravo regimental a que se nega provimento. Publicação DJe de 21 de março de 2013. Na decisão monocrática, que originou o Agravo Regimental, o Ministro relator destacou: “No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, aponta-se violação ao art. 7º, XXVI, do texto constitucional. (...) O entendimento desta Corte é no sentido de que a discussão acerca da extensão a inativos, a título de complementação de aposentadoria, de vantagens concedidas por normas coletivas aos empregados em atividade é de índole infraconstitucional, bem como demanda o reexame das cláusulas do acordo coletivo aplicável ao caso (Enunciado n. 454 da Súmula do STF). Desse modo, eventual ofensa à Constituição Federal, acaso existente, dar-se-ia de maneira indireta ou reflexa, o que inviabiliza o processamento do recurso extraordinário. Decisão monocrática em Recurso Extraordinário com Agravo ARE 703.695/PR – Paraná, relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicação DJe de 22 de agosto de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. Trabalhista. Recurso de Revista. Súmula n. 333/TST e art. 896, § 4º,

normativos meros contratos, posicionamento que é seguido também pela Procuradoria-Geral da República<sup>(14)</sup>.

Ao decidir neste sentido, o Supremo Tribunal Federal ignora a definição legal de convenção ou acordo coletivo prevista no art. 611 da Consolidação das Leis do Trabalho e toda a construção científica que, ao longo de anos, tratou da natureza jurídica das normas coletivas. Remontam ao início do século XX as teorias que tentaram explicar as normas

da CLT. Jornada de trabalho. Compensação. Dissídio e Acordo Coletivo. CONTEC. Legitimidade. Alegação de afronta aos arts. 7º, XIII e XXVI, e 8º, III e VI, da Constituição Federal. Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa. Análise de cláusulas de Acordo Coletivo. Incidência da Súmula n. 454/STF. Decisão que se mantém por seus próprios fundamentos. 1. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes: AI 775.275-AgR, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 25.10.2011 e AI 595.651-AgR, rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ 25.10.2011. 2. Súmula n. 454: simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário. Acórdão em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo ARE 697.561 AgR/DF, relator Ministro Luiz Fux. Publicação DJe de 11 de abril de 2013. Destaco trecho do Acórdão: “Demais disso, o Tribunal a quo pronunciou-se quanto à questão *sub examine* ante a análise das normas coletivas de trabalho firmadas entre as partes. Destarte, para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido necessário seria o reexame das cláusulas do acordo coletivo, o que inviabiliza o extraordinário, a teor do Enunciado da Súmula n. 454 do Supremo Tribunal Federal, que interdita a esta Corte, em sede de recurso extraordinário, a interpretação de cláusulas contratuais.”

(14) BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Parecer em Recurso Extraordinário com Agravo n. 742.178/CE. A controvérsia relativa à possibilidade de redução proporcional do adicional de periculosidade por meio de acordos coletivos de trabalho, além de implicar o reexame de cláusulas contratuais (Súmula n. 454 do STF), ainda dependeria da prévia interpretação de legislação infraconstitucional de regência, de modo que a violação ao texto constitucional, se acaso ocorrente, somente se daria de maneira indireta ou reflexa, não autorizando o recurso extraordinário. Subprocurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4387880>> Acesso em: 24 nov. 2013.

coletivas sob o enfoque civilista adotado pela Corte Constitucional brasileira, já que naquele momento vigorava um modelo jurídico típico do estado liberal em que o direito positivo era elevado a uma condição sacra, já que a regra deveria necessariamente ser derivada de outra regra sempre decorrente da produção estatal, vivia-se um momento em que se sustentava o mito do controle social exercido pelo Direito. O modelo de interpretação vigente era o da hermenêutica de bloqueio, atrelada à teoria da norma jurídica, entendendo a lei como ferramenta de tutela da liberdade individual, ou seja, tutelava-se o indivíduo contra o autoritarismo das maiorias, do indivíduo contra as coletividades, contra os movimentos sociais, não havia espaço para se reconhecer os pactos firmados entre patrões e empregados como verdadeiras normas. Partia-se da ideia de que há uma completude do ordenamento jurídico, não era possível alargar o campo de atuação do direito, que era a arena de tutela de direitos individuais. Seria razoável, conseqüentemente, que as teorias que tentassem explicar o fenômeno das normas coletivas as atrelassem a uma concepção contratual.

Todavia, esse modelo baseado no monismo jurídico não consegue explicar toda a complexidade das normas coletivas, já que se socorre de modelos consagrados pelo Direito Civil para tentar determinar sua natureza jurídica. A principal crítica que pode ser atribuída a esta corrente é o fato de não conseguir explicar o caráter obrigatório das normas coletivas àqueles que não são associados aos sindicatos que firmaram os pactos, ou seja, “intentaram conceder formas velhas a um fenômeno novo”<sup>(15)</sup>. Dentre as teorias que seguiram a corrente contratualista, destacam-se a teoria do mandato; a teoria da gestão de negócios; a teoria da estipulação em favor de terceiros; a teoria da personalidade moral fictícia; e a teoria da representação legal, cada qual apresentando

(15) SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das Normas Coletivas*. São Paulo: LTR, 2007. p. 156

um defeito específico em sua formulação, além daquele comum a todas as teorias.

Diante da inconsistência da teoria contratualista, surgem outras teorias para tentar determinar a natureza jurídica das normas coletivas, dentre as quais a corrente extracontratual e a corrente normativa, mas aparentemente a que melhor explica a questão é aquela baseada na célebre frase de Francesco Carnelutti segundo a qual a norma coletiva tem “*il corpo del contratto e l'anima della legge*”<sup>(16)</sup>, ou seja “o contrato coletivo é um híbrido, que tem corpo de contrato e alma de lei; mediante o mecanismo contratual desempenha uma força, que transcende o direito subjetivo, e desencadeia um movimento, que vai além da relação jurídica entre as partes”<sup>(17)</sup>, que ficou conhecida como teoria mista.

Se tem alma de lei, a norma coletiva, uma vez ultrapassados os requisitos para seu ingresso no mundo jurídico — discussão que não cabe no âmbito restrito do presente estudo —, deve ser tratada como lei, interpretada como tal, e, caso viole alguma disposição de proteção ao trabalhador, deve ser afastada.

No direito comparado, é possível citar a experiência do Direito Francês, como salientado por Frédéric Géa<sup>(18)</sup>, citando um acórdão da Corte de Cassação<sup>(19)</sup> que concluiu pela nulidade de

(16) CARNELUTTI, Francesco. Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro. In: RUSCIANO, Mario. *La metamorfosi del contratto collettivo. Rivista trimestriale di diritto e procedura civile*, Milano, a. 63 n.1, p. 29, 2009.

(17) SANTOS, Ronaldo Lima dos, *op. cit.*, p. 167.

(18) GÉA, Frédéric; MAZARS, Marie-France. *Contrat de travail et norme collective. Bulletin d'information de la Cour de cassation*, Paris, n. 768, 2012. Disponível em: <[http://www.courdecassation.fr/publications\\_cour\\_26/bulletin\\_information\\_cour\\_cassation\\_27/bulletins\\_information\\_2012\\_4139/n\\_768\\_4390/theme\\_n\\_3\\_4397/#sdfnote138sym](http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2012_4139/n_768_4390/theme_n_3_4397/#sdfnote138sym)> Acesso em: 26 nov. 2013.

(19) “La Cour de cassation est la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français”; “La Cour ne tranche que des questions de droit ou d'application du droit, elle ne juge pas les faits. Elle assure ainsi par sa jurisprudence une application harmonieuse des lois. Depuis 1991, la Cour, à la demande des juridictions, leur donne son

uma norma coletiva de não concorrência que não previa qualquer contrapartida pecuniária ao trabalhador<sup>(20)</sup>, além disso, em eventual colisão entre as normas coletivas e aquelas mais favoráveis ao trabalhador, as últimas devem prevalecer<sup>(21)</sup>. As duas questões foram solucionadas pela mais alta corte de Justiça da França que não trata de questões de fato e tem como incumbência harmonizar a aplicação das leis daquele país.

No Direito português, J. J. Gomes Canotilho informa que “os contratos e acordos colectivos de trabalho têm um valor normativo pelo menos equivalente ao das portarias regulamentares (cf. art. 57º/4 da CRP). Como actos normativos, e na parte em que têm valor normativo, estão sujeitos ao controlo

---

avis sur des questions de droit nouvelles et complexes se posant dans de nombreux litiges.”

- (20) “Pour s’en tenir aux plus récents, l’on mentionnera l’arrêt du 9 février 2011, où il a été jugé que la clause de non-concurrence qui ne prévoit pas de contrepartie pécuniaire est illicite, quand bien même la convention collective comporterait une telle contrepartie, si le contrat de travail ne se réfère pas à ladite convention collective ni à aucune autre convention collective applicable”. Soc., 9 février 2011, pourvoi n. 09-41.585.
- (21) “Selon quelle méthode convient-il, en ce cas, de comparer les dispositions du contrat de travail et celles de la convention ou de l’accord collectif de travail? Convient-il, en fait, de se référer à l’intérêt collectif de l’ensemble de la collectivité de travailleurs concernés ou uniquement à la situation individuelle du salarié afin d’apprécier si les stipulations du contrat de travail sont considérées comme plus favorables? Paul Durand répondait à cette question de façon claire: la dérogation intéressante les relations *individuelles* du travail, le jugement sur la clause doit, affirmait-il, être porté en tenant compte de l’intérêt individuel du salarié, sans que soit pris en considération l’intérêt collectif que le personnel pourrait avoir à ce que la clause soit, ou non, insérée dans un contrat de travail. En autorisant le contrat à prévoir des dispositions plus favorables que la convention collective, la loi aurait, en somme, institué, au plan des rapports (*inter-*)individuels de travail, une “sphère d’affirmation”. Telle est l’interprétation, en tout cas, que retient la chambre sociale de la Cour de cassation, confortant, ainsi, une forme de *primat de l’intérêt individuel* par rapport à ce qu’un auteur, critique à l’égard de cette solution, désigne comme “l’intérêt propre qui s’attache au caractère collectif et uniforme de la règle conventionnelle”. Une primauté de l’intérêt individuel sur l’intérêt collectif.”

de constitucionalidade”<sup>(22)</sup>. Portanto, para o renomado estudioso do Direito Constitucional as normas coletivas devem passar pelo crivo do exame de sua constitucionalidade.

A conclusão não poderia ser outra no Direito brasileiro ante os termos expressos do art. 611 da Consolidação das Leis do Trabalho e diante do caráter abstrato das normas coletivas que abrangem a totalidade da categoria, conforme ensinam Amauri Mascaro Nascimento e José Afonso da Silva<sup>(23)</sup>. Portanto, a interpretação da validade das normas coletivas pode e deve passar pelo controle de sua constitucionalidade diante de sua natureza normativa, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, “c”, da Constituição Federal.

Há algum tempo as normas atinentes aos direitos sociais têm sido incluídas no rol das normas constitucionais de direitos fundamentais. O legislador constitucional brasileiro de 1988 não se afastou desta tendência e inseriu os direitos dos trabalhadores no capítulo dos direitos sociais, que foram alocados no capítulo que trata dos direitos fundamentais. Não remanesce dúvida, conseqüentemente, que todo o rol do art. 7º da Constituição Federal trata de direitos fundamentais que devem ser protegidos contra a abusividade de leis restritivas<sup>(24)</sup>, ou no caso em exame, de normas coletivas que pretendam restringir sua abrangência. É importante salientar que esses direitos fundamentais se inserem dentre os direitos, liberdades e garantias que são dotados

---

(22) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 937.

(23) SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. Segundo o autor “A importância dos sindicatos se revela ainda na possibilidade de celebrarem convenções coletivas de trabalho e conseqüentemente, na legitimação que têm para suscitar dissídio coletivo de trabalho. Isso significa que se dá às decisões judiciais em tais casos extensão normativa que alcança toda a categoria profissional representada pelo sindicato”.

(24) BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 359.

de uma força vinculante<sup>(25)</sup> que os coloca em patamar superior a outros dispositivos da própria Constituição, até mesmo outras normas de direitos fundamentais.

Superadas estas questões, conclui-se que as normas coletivas são dotadas de carga normativa — com força de lei — e resguardam, ou deveriam resguardar, direitos fundamentais, sendo possível se cogitar na análise de sua constitucionalidade. Contudo, emerge uma nova dúvida que deve ser solucionada antes de se tentar discutir o caso concreto: o que são normas de direito fundamental?

Para Alexy, todas as normas expressamente mencionadas no corpo do texto constitucional como normas de direitos fundamentais assim devem ser consideradas, porém não só estas, mas também todas aquelas cuja fundamentação se refira a direitos fundamentais, em decorrência daquilo que chama *abertura estrutural* das disposições de direitos fundamentais que é operacionalizada pela *relação de refinamento* para a aplicação aos casos concretos e pela “*relação de fundamentação* entre a norma a ser refinada e a norma que refina”<sup>(26)</sup>.

Além disso, é importante salientar que o modelo jurídico adotado nos dias atuais abandonou o modelo jurídico tradicional que se restringia à interpretação de regras, passando para um modelo de ponderação, que exige uma solução pontual, caso a caso, em que se discute o conflito de direitos, ingressa-se na época da hermenêutica reflexiva em que os princípios passam a ter importância capital para a solução dos casos concretos, já que as regras — ainda válidas, não se pode abandonar completamente a teoria da norma — devem ser aplicadas abstratamente. Neste contexto, os princípios se aproximam das regras, gozando de status de norma jurídica.

Partindo-se destas premissas iniciais é que será possível verificar se, no caso concreto,

(25) Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 398.

(26) ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 72.

as normas coletivas merecem uma nova interpretação baseada na afronta aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

### 3. A participação nos lucros

O Tribunal Superior do Trabalho, por meio de sua Subseção Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1), decidiu pela validação da norma coletiva que prevê o pagamento mensal de participação nos lucros (PLR) aos empregados de uma grande montadora do ABC paulista<sup>(27)</sup>, contra os expressos termos do art. 2º da Lei n. 10.101/2000 que proíbe o fracionamento deste título nos moldes previstos na norma coletiva.

Sustentou-se que, diante da crise econômica financeira de 2008, havia o risco da operação brasileira ser encerrada com a perda definitiva de empregos, o que teria motivado a assinatura dos acordos coletivos de trabalho prevendo o pagamento mensal da participação nos lucros. Não parece, entretanto, que este argumento se sustente a uma singela análise do mercado automobilístico brasileiro. Dados da Anfavea revelam que desde o ano 2002 o número de veículos licenciados no mercado nacional vem sofrendo incrementos anuais, passando em 2007 de 2.248.857 para 2.546.352 no ano 2008, auge da crise econômico-financeira,

(27) BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. EMBARGOS SUJEITOS À SISTEMÁTICA DA LEI N. 11.496/2007 — PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS — NATUREZA JURÍDICA — PARCELAMENTO PREVISTO EM NORMA COLETIVA 1. A questão relativa ao pagamento da participação nos lucros e resultados deve ser decidida à luz dos princípios constitucionais da autonomia coletiva e valorização da negociação coletiva, inscritos nos arts. 7º, XXVI, e 8º. 2. A cláusula que institui verba indenizatória e estipula o seu pagamento parcelado consubstancia exercício válido da prerrogativa conferida pela Constituição a trabalhadores e empregadores, com o fim de estabelecer as normas aplicáveis às suas relações, visando à melhoria de condições e composição de conflitos. Note-se que o acordo coletivo é instrumento hábil à concretização do direito previsto no art. 7º, XI, da Carta Magna. Precedente da SBDI-1. Embargos conhecidos e providos. Acórdão em Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista n. TST-E-ED-RR 2.182/2003-465-02-40.6, relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, *DJe* 13.11.2009.

não havendo qualquer retração no mercado interno de veículos. O encerramento das atividades da filial brasileira, da mesma forma, não é minimamente razoável, já que a operação brasileira já é a segunda mais importante da marca, em número de veículos comercializados, superando inclusive mercados como o norte-americano e o alemão, somente sendo superado pelo chinês<sup>(28)</sup>. Acrescente-se a isso o fato de o Brasil ter sido o primeiro país a receber uma fábrica da montadora, estimando-se em US\$ 26 bilhões o valor das remessas de lucros enviadas para as matrizes destas companhias desde o ano de 2006, sendo que somente no primeiro semestre deste ano de 2013 o valor foi de US\$ 2,2 bilhões, conforme dados divulgados pelo Banco Central<sup>(29)</sup>. Olvidam-se, ainda, os defensores desta modalidade de fracionamento que, em 2006, em contrapartida à garantia de produção na unidade de São Bernardo do Campo, os operários desta planta aceitaram a redução de salários para novas contratações, ainda que a operação brasileira tenha sido considerada pelo então presidente da montadora Hans Christian Maergner, “tão saudável que não precisará mais recorrer a empréstimos bancários”<sup>(30)</sup>. Difícil acreditar que em pouco menos de dois anos fosse cogitado o encerramento da operação brasileira da montadora.

Deve ser salientado, ainda, que em decorrência dos acordos coletivos de 2006 as montadoras

de veículos adotaram um processo de desligamento seletivo, em que os trabalhadores com os salários mais elevados eram demitidos, dando lugar a novos empregados já enquadrados na nova realidade salarial, de forma que os salários pagos ao longo do período não acompanharam o ritmo de crescimento da produção, passando a PLR a ser importante componente da contraprestação percebida pelos operários.

Dados coletados nos diversos acordos coletivos firmados entre o Sindicato dos Metalúrgicos do ABC e as montadoras de veículos da região apontaram que as variáveis de *produção, qualidade, absenteísmo e segurança do trabalho* estiveram presentes predominantemente nestes documentos. Especificamente no caso da Volkswagen, o indicador *volume de produção* passou a ter participação de 35% na composição da PLR, a *qualidade* e o *absenteísmo* 40% e 20% respectivamente no ano de 2008, quando se incluiu um novo parâmetro de aferição, *as horas efetivamente trabalhadas por empregado EWH/U*. Não parece remanescer qualquer indagação de que este sistema é perverso aos interesses dos trabalhadores, já que acarreta a subnotificação de doenças ocupacionais; o trabalho ainda que o trabalhador esteja acometido por patologias não relacionadas ao trabalho; a degradação do ambiente do trabalho com a formação de pequenos núcleos de vigilância para reduzir as ausências ao trabalho; a diminuição da representação sindical, com a fragmentação dos interesses coletivos; o incremento do ritmo de trabalho, diante da necessidade de aumento da produção para que as metas sejam atingidas, somente para serem citadas as principais consequências deste regime.

Importante destacar que o Acórdão da SBDI-1 estabeleceu que as normas coletivas devem se pautar na finalidade de melhoria das condições de trabalho, mas entendeu que os arts. 7º, XXVI e 8º, da Constituição Federal deram uma espécie de “carta branca” aos sindicatos para a criação de normas e estipulação

(28) Conforme entrevista do Presidente da companhia para a emissora alemã DW: “A cada 25 segundos sai um novo Volkswagen das linhas de produção.” Disponível em: <<http://www.dw.de/a-cada-25-segundos-sai-um-novo-volkswagen-das-linhas-de-producao/a-16694941>> Acesso em: 17 nov. 2013.

(29) Conforme relatórios de inflação do Banco Central do Brasil. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral,bc-montadoras-elevam-remessas-de-lucro-ao-exterior,162748,0.htm>> Acesso em: 17 nov. 2013.

(30) Fonte: *Revista Valor Econômico*. Disponível em: <[http://g1.globo.com/Noticias/Economia\\_Negocios/0,,AA1387400-9356,00-VOLKSWAGEN+REDUZ+ATIVIDADE+E+GARANTE+LUCRO+NO+BRASIL.html](http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,AA1387400-9356,00-VOLKSWAGEN+REDUZ+ATIVIDADE+E+GARANTE+LUCRO+NO+BRASIL.html)> Acesso em: 17 nov. 2013.

de condições de trabalho. É o primado da prevalência do negociado sobre o legislado. Trilhando-se o caminho do TST, parecem ser desnecessários os esforços para a aprovação de legislação de cunho neoliberal com tal finalidade<sup>(31)</sup>.

Não parece ser este o caminho a ser seguido quando se realiza uma interpretação reflexiva dos direitos fundamentais assegurados pelo art. 7º da Constituição Federal, uma vez que em seu *caput* está expresso o princípio da melhoria das condições de trabalho, como asseverado pelo Acórdão. Acertou, também, o Acórdão ao sentenciar que “a legislação ordinária não pode ser interpretada de forma a restringir o exercício das garantias/direitos insertos na Constituição, mas, ao revés, deve ser com ela interpretada de forma harmônica e sistemática”.

Ao contrário dos argumentos lançados no voto, não se verifica qualquer restrição a direitos assegurados pela Constituição Federal pela Lei n. 10.101/2000, já que o pagamento semestral deste benefício seria o único meio possível para desvincular a PLR dos salários dos empregados (art. 7º, XI, da CF) já que de forma diversa diante da habitualidade do pagamento tornar-se-ia integrado à remuneração do operário. Trata-se de simples aplicação de normas direitos fundamentais diretamente estabelecidas, consoante art. 7º, *caput*, VI, X e XI, da Constituição Federal. Ignorou o TST toda a nocividade do sistema implementado para pagamento da PLR, a redução do salário médio pago aos operários e a proteção do salário insculpida como norma fundamental pela Constituição Federal.

Portanto, é inconstitucional a previsão em norma coletiva de pagamento de participação nos lucros de forma mensal.

(31) Projeto de Lei n. 134/2001 que alteraria o art. 618 da CLT, estabelecendo “a prevalência da convenção ou acordo coletivo de trabalho sobre a legislação infra-constitucional”. Projeto de criação do Acordo Coletivo Especial (ACE).

#### 4. Dos turnos ininterruptos de revezamento

Admite o Tribunal Superior do Trabalho a fixação de jornadas de trabalho de oito horas para o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento<sup>(32)</sup>, em que pese a expressa previsão do art. 7º, XIV, da Constituição Federal.

Como já salientado, a regra do art. 7º, XIV, da CF é norma de direito fundamental com força vinculante e protegida da abusividade de outros dispositivos legais.

Segundo José Afonso da Silva, os direitos sociais previstos no art. 7º da CF são aqueles que “como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo de direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”<sup>(33)</sup>.

Indaga-se: qual a intenção do legislador constitucional ao reduzir a jornada de trabalho daqueles que laboram em turnos ininterruptos de revezamento? A resposta não parece ser difícil: compensar o maior esforço que essa modalidade de trabalho impõe aos trabalhadores, diante das constantes alterações de horários, não podendo o assalariado se fixar em qualquer um deles, gerando efeitos deletérios à sua saúde, assim com às suas relações sociais

(32) Súmula n. 423 do TST — 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 7ª e 8ª horas como extras.

(33) SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 289.

e familiares, ou seja, a norma constitucional criou um mecanismo para tentar equalizar as condições de vida dos trabalhadores mais fragilizados, buscando condições para os equiparar aos trabalhadores em turnos fixos.

Aqueles que defendem a posição adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho logo irão sustentar que a própria norma constitucional prevê a possibilidade de negociação coletiva. Novamente, a interpretação reflexiva não permite concluir que o legislador constituinte consentiu com a derrogação deste dispositivo por negociação coletiva. O caso concreto somente possibilita ao intérprete aceitar a negociação coletiva para a redução da jornada de trabalho — condição mais benéfica, prevista no *caput* do art. 7º — ou para a fixação de outros módulos semanais, desde que respeitada a jornada máxima de 36 (trinta e seis) horas, já que outra interpretação não seria suportada pela abertura estrutural da norma de direito fundamental.

Portanto, se o legislador constitucional estabeleceu a jornada máxima de seis horas para o turno ininterrupto de revezamento não cabe aos interlocutores sociais simplesmente revogarem este dispositivo para a ampliação singela do horário de trabalho, sob pena de ser ferido o princípio da vedação do retrocesso social, previsto no *caput*, do art. 7º, da Constituição Federal. Consequentemente, são inconstitucionais as disposições de normas coletivas que ampliam a jornada de trabalho para os operários em turnos ininterruptos de revezamento.

## 5. Outras hipóteses

Em boa hora, o Tribunal Superior do Trabalho cancelou a redação original<sup>(34)</sup> da Súmula n.

(34) Súmula n. 364 do TST — Adicional de periculosidade. Exposição eventual, permanente e intermitente. I – Faz jus ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. II – A fixação do

364 que permitia o pagamento proporcional do adicional de periculosidade mediante negociação coletiva, já que esta disposição feria os incisos XXII e XXIII, do art. 7 e o § 3º, do art. 225, da Constituição Federal, este último que recepcionou o princípio do poluidor pagador já previsto na Lei n. 6.938/81. Todavia, a atual redação da mesma Súmula<sup>(35)</sup> ainda apresenta defeito de inconstitucionalidade, já que afronta os mesmos dispositivos citados, já que a legislação que regulamenta o pagamento do adicional de periculosidade não prevê o tempo de exposição como fator para seu não pagamento, uma vez que é sabido que o infortúnio não tem limite de tempo para ocorrer, diversamente da insalubridade, que gera o progressivo comprometimento da saúde do trabalhador, sendo o tempo de exposição fator determinante para seu pagamento. Todavia, a nova redação não se insere no âmbito de discussão do presente estudo.

Há normas coletivas que pretendem alterar a natureza jurídica dos títulos pagos aos empregados, afastando-se a natureza salarial de determinadas verbas<sup>(36)</sup>. Não se insere

---

adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos.

(35) Adicional de periculosidade. Exposição eventual, permanente e intermitente. Tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido.

(36) CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO DO SETOR DE SEGURANÇA PRIVADA 2012/2013. Cláusula 65. Risco de Vida. Fica concedido aos vigilantes patrimoniais em atividade, o pagamento mensal de um adicional a título de risco de vida, no montante de 15% (quinze por cento) sobre o piso salarial do vigilante (...) Parágrafo quarto. O adicional de risco de vida não incidirá para todos os efeitos legais, no cálculo das férias, inteiras ou proporcionais com 1/3, 13ºs salários e verbas rescisórias.

ACORDO COLETIVO DE TRABALHO 2012/2013 DO SINDICATO DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DE SOROCABA E REGIÃO E JUNDIÁ TRANSPORTADORA TURÍSTICA LTDA. Cláusula 4ª. Da

no âmbito da autonomia privada coletiva a determinação da natureza jurídica da verba que está sendo quitada ao trabalhador, já que existe norma legal expressa (art. 458 da CLT) que se sustenta no art. 7º, X, da CF, ditando quais verbas detêm natureza jurídica de salário. Além disso, essa tentativa de malferir a Magna Carta também não pode ser aceita em virtude de acarretar redução no montante a ser recolhido aos cofres públicos para a sustentação do regime de assistência e previdência social e de obras de infraestrutura (FGTS). Portanto, são inconstitucionais tais disposições.

O regime de compensação anual de trabalho, ou banco de horas, previsto no art. 59 da CLT, que deve ser materializado por instrumento normativo, não pode ser aceito já que viola os incisos XIII e XVI, da Constituição Federal, possibilitando ao empregador o estabelecimento de jornadas de trabalho além das oito diárias nos períodos de maior produção sem qualquer contraprestação pecuniária aos trabalhadores, sendo que estas horas serão remuneradas sem qualquer adicional, já que compensadas na proporção de 1:1 em momento que melhor aproveitar ao empreendimento. Além disso, é necessário verificar que mesmo nos momentos de menor produtividade, os empregados que permanecerem em atividade serão obrigados a manter seu ritmo de trabalho para suportarem a redução do número de empregados que estão compensando seu saldo positivo no banco de horas. O prejuízo aos trabalhadores pela adoção deste regime se pode atestar também quando dispensados do trabalho, já que o saldo negativo não representa condição de repouso, descanso ou lazer do operário, uma vez que é mero tempo não trabalhado, sem distanciamento do trabalho, já que as convocações e a possibilidade futura de trabalho extraordinário — sem pagamento adicional — são uma constante preocupação.

---

cesta básica. A empregadora obriga-se a conceder a todos os seus funcionários uma cesta básica (...) Parágrafo quarto. A cesta básica não integrará o salário a qualquer título.

## 6. Conclusões

Observa-se pela análise de somente um pequeno número de normas coletivas que contêm disposições inconstitucionais que é crescente esta prática sob o manto da autonomia privada coletiva, que deve encontrar barreira nos demais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Todavia, o ponto de vista leniente do Tribunal Superior do Trabalho parece incentivar essa postura. Já é passada a hora deste Tribunal rever algumas de suas decisões para dar suporte aos direitos fundamentais dos trabalhadores, afastando-se estes e outros dispositivos prejudiciais previstos em normas coletivas, assim como deveria o Supremo Tribunal Federal rever seu posicionamento passando a encarar as normas coletivas como verdadeiras normas jurídicas e não meros contratos, analisando a constitucionalidade destes dispositivos.

## 7. Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do Direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, Edição Kindle.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Princípios trabalhistas, novas profissões, globalização da economia e flexibilização das normas trabalhistas*. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010.
- CELESTINO, Lauren de Miranda; FERREIRA, Éder. O Direito nos manuscritos do jovem Marx. In: POZZOLI, Lafayette. *Matrizes dos conceitos de justiça*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. p. 235-248.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2010.

- ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. *Manifesto Comunista*. Edição Kindle.
- FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1990.
- GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas. Ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência*. São Paulo: LTr, 2009.
- GUERRA FILHO, Willis S. A contribuição de Karl Marx para o desenvolvimento da ciência do direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a 28, n. 28, p. 69-74, 1994/1995.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 2. ed. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- MARX, Karl. *Sobre a comuna*. Edição Kindle.
- \_\_\_\_\_. *Salário, preço e lucro*. Edição Kindle.
- \_\_\_\_\_. *O capital – Parte I – Capítulo 1: a mercadoria*. Edição Kindle.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- NASCIMENTO, Luciana Vieira. *A teoria dos sistemas e a globalização: a análise dos processos de integração em curso*. 2011. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação de ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2011.
- NEVES, Marcio Bilharinho. Marx e o Direito. *Revista Direito e Política*, Itajaí, vol. 1, p. 15-18, 2004.
- PINA, José Augusto; STOTZ, Eduardo Navarro. Participação nos lucros ou resultados e banco de horas: intensidade do trabalho e desgaste operário. *Revista brasileira de saúde ocupacional*, São Paulo, vol. 36, n. 123, 2011.
- PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. 2. ed. Porto Alegre, 2013, Edição Kindle.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000.
- SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das Normas Coletivas*. São Paulo: LTr, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002.
- \_\_\_\_\_. Sessão solene de abertura do Fórum Internacional sobre flexibilização no Direito do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região*, Florianópolis, n. 17.
- URIARTE, Oscar Ermida. *A flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002. Edição eletrônica.

# Justiça social e princípio da fraternidade na Constituição Federal de 1988

Thania Maria Bastos Lima Ferro<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ O presente trabalho tem por escopo analisar as novas concepções adotadas pela Constituição Federal de 1988 no que concerne à concretização do princípio da fraternidade, vez que, ao ser guindado à categoria constitucional, esse princípio não pode ser visto como mero conceito caritativo, desprovido de qualquer efetividade, mas sim como princípio jurídico inovador, e cuja observância deverá ser exigida por ocasião da elaboração dos regramentos legais, bem como servir de guia no processo de interpretação das normas do nosso sistema jurídico. A seguir, passa-se a discorrer sobre o ideal de justiça social, que tem forte imbricação com o princípio da fraternidade, concluindo-se que a realização da justiça social não poderá prescindir das noções de fraternidade.

## Palavras-chave:

- ▶ Princípio da fraternidade — Justiça social — Estado Democrático de Direito.

## Abstract:

- ▶ The present work has the purpose to analyze new concepts adopted by the Federal Constitution of 1988 regarding the implementation of the principle of fraternity, since to be taken the constitutional category, this principle can not be seen as mere charitable concept, devoid of any effectiveness, but as innovative legal principle, with which compliance should be required during the preparation of legal rules as well as serve as a guide in the interpretation of the rules of our legal system process. Then goes on to talk about the ideal of social justice, which has a strong relationship with the principle of fraternity, concluding that the achievement of social justice can not dispense with notions of brotherhood.

## Keywords:

- ▶ Principle of fraternity — Social justice — Democratic rule of law.

---

(\*) Mestranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Pós-graduada em Direito Processual pela Universidade Federal do Piauí. Juíza do Trabalho, Titular da 1ª Vara do Trabalho de Teresina – Piauí. Membro da Comissão de Direitos Humanos da Arquidiocese de Teresina – Piauí.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Considerações iniciais
- ▶ 2. A Constituição Federal de 1988 e a implantação do Estado Democrático de Direito
- ▶ 3. O princípio da fraternidade
- ▶ 4. A Justiça Social e o princípio da fraternidade
- ▶ 5. A construção de uma nova sociedade
- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências bibliográficas

### 1. Considerações iniciais

A Constituição Federal de 1988 foi um divisor de águas em nossa história porque representa uma ruptura com concepções que não mais condiziam com as aspirações do povo brasileiro. A promulgação da atual Carta acarretou uma mudança de paradigmas que modificou toda a estrutura normativa do país.

O presente trabalho analisa, mesmo que em breves linhas, o princípio da fraternidade como categoria constitucional, a partir da análise de sua concretude para realização da tão almejada justiça social, como vetores para a construção de uma sociedade inclusiva, mas justa e solidária, conforme disposto no art. 3º, inciso III, do Texto Constitucional.

### 2. A Constituição Federal de 1988 e a implantação do Estado Democrático de Direito

O advento da Carta Constitucional de 1988 representa um marco do final do período da Ditadura Militar e início da redemocratização do País. A nova ordem constitucional, de inegável influência das Constituições de Weimar e de Bonn<sup>(1)</sup>, implantou o Estado Democrático de Direito, tendo por consequência inovações profundas no ordenamento jurídico brasileiro,

(1) Paulo Bonavides, ao analisar as raízes da Constituição de 1988, pontifica que esta sofreu profunda influência dos diplomas alemães, seja na técnica, na forma ou na substância, chagando até mesmo a ultrapassá-los em alguns pontos, tal como a matéria pertinente a direitos fundamentais. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 382.

e refletindo a ansiedade por mudanças precognizadas por diversos setores da sociedade<sup>(2)</sup>.

Deveras, a Constituição de 1988 trouxe ao centro do ordenamento jurídico brasileiro a pessoa humana e o direito ao seu pleno desenvolvimento, cuja dignidade deve ser protegida em sua dimensão mais ampla possível. Não mais se concebe uma leitura refratária e eivada de individualismos. Não mais se concebe a propriedade como ponto central do sistema jurídico. A partir de então, busca-se a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, mediante ações afirmativas, em que o pluralismo seja respeitado e as pessoas possam viver mais felizes. Este o fundamento do Estado Democrático de Direito a que estamos submetidos<sup>(3)</sup>.

O Texto Constitucional tem, portanto, um profundo caráter humanitário, e nesse ideal de

(2) Nas palavras de Paulo Bonavides e Paes de Andrade: "A Carta de 1988 vale por este aspecto: é uma salvo-conduto para o País sair do arbítrio e caminhar rumo à legitimidade do futuro. Se ela for eficaz, a Nação estará salva. Em 5 de outubro de 1988, perempto o regime do decreto-lei, o Brasil promulgou a maioria da democracia representativa." (BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991. p. 489.)

(3) Digno de nota as considerações de Ingo Sarlet acerca do Texto Constitucional. Diz ele "... a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como a mais democrática e avançada em nossa história constitucional" e continua mais adiante: "No que diz com o seu conteúdo, cuida-se de documento acentuadamente compromissário, plural e comprometido com a transformação da realidade, assumindo, portanto, um caráter fortemente dirigente..." (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 255.)

construção de uma sociedade melhor espalhar-se por todo o sistema infraconstitucional, de modo a extrair de seus postulados a máxima eficácia para uma hermenêutica jurídica transformadora, de maneira a garantir as condições mínimas para a preservação do indivíduo, vez que, abaixo desse patamar mínimo, não se pode considerar que haja dignidade, mesmo em havendo sobrevivência.

### 3. O princípio da fraternidade

A fraternidade, ao ser guindada à categoria constitucional, não pode e nem deve ser vista como mera noção caritativa e beneficente, desprovida de qualquer efetividade, mas sim como princípio jurídico inovador. O legislador constitucional seguiu a tendência das mais avançadas legislações ao inserir a fraternidade, enquanto categoria política, ao lado da liberdade e da igualdade. Fraternidade que se considera como equivalente ao princípio da solidariedade, visto que ambos os conceitos encontram-se em uma única finalidade: a construção de uma sociedade melhor e mais justa<sup>(4)</sup>.

Assim é que o ideal de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos consta logo no preâmbulo da Carta Constitucional<sup>(5)</sup>, não podendo ser olvidado em qualquer hipótese. É pela noção de fraternidade/solidariedade que se pode estabelecer os padrões de interpretação cuja observância deverá ser exigida por ocasião da elaboração de leis infraconstitucionais, bem como no processo de interpretação para aplicação *in concreto* das normas do nosso sistema jurídico.

(4) Diz José Afonso da Silva, ao comentar o preâmbulo da Constituição de 1988: "Sociedade fraterna, assim, corresponde à sociedade solidária mencionada no art. 3º, I." (SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 24).

(5) No entendimento de José Afonso da Silva, embora existam divergências acerca do valor do preâmbulo das constituições, é inegável que estes servem como orientação para a interpretação e aplicação das normas constitucionais, tendo, portanto, uma eficácia integrativa e interpretativa. Ob. cit., p. 22.

A partir do momento em que o legislador constitucional faz a opção pela construção de uma sociedade fraterna, inclusive elencando-o como um dos objetivos fundamentais da República no art. 3º, inciso I, o faz de forma a dar concretude ao princípio, estabelecendo-o como um dever de natureza jurídica. A maior prova de que a inclusão da fraternidade no Texto Constitucional não foi mero jogo de palavras, mas sim uma mudança paradigmática de valores acerca da concepção de bem comum, são as consequências profundas daí advindas.

Com efeito, abandona-se a concepção individualista que até então era prevalente na Carta Constitucional pretérita, espalhando-se os novos ares sobre todas as áreas do Direito. Doravante, o princípio da fraternidade serve como cimento para o novel entendimento da noção de cidadania e de dignidade da pessoa humana, fundamentos da República que são, a teor do art. 1º, incisos II e III, da Carta Constitucional de 1988<sup>(6)</sup>.

Assim, extrai-se do centro do ordenamento jurídico a concepção patrimonialista, substituindo-a pela concepção humanística. A fraternidade é o apanágio da transformação social que se almeja construir, baseada na valorização da pessoa humana, da implantação de um direito sem violência, onde se busca

(6) Vale transcrever os comentários de José Afonso da Silva acerca do que seria o conceito de cidadania. Diz o mestre: "A cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal." E continua mais adiante: "A cidadania, assim considerada, consiste na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana, da integração participativa no processo do poder, com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro, de contribuir para o aperfeiçoamento de todos. Essa cidadania é que requer providências estatais no sentido da satisfação de todos os direitos fundamentais em igualdade de condições." (grifos nossos) Ob. cit., p. 36.

redimensionar os poderes constituídos e praticar a inclusão de todos, sem discriminação de qualquer espécie<sup>(7)</sup>.

A concepção humanística calcada em direito fraterno pode ser facilmente encontrada no corpo do Texto Constitucional. À guisa de exemplo, elenca-se os seguintes dispositivos: o art. 5º, incisos XXIII e XXIV, que estabelece a função social da propriedade, que é um modo de relativização na maneira de aquisição, gozo e utilização dos bens; o art. 170, que cuida dos princípios da ordem econômica e que estabelece como finalidade maior assegurar a existência digna de todos conforme ditames da justiça social; o art. 227, que consagra várias formas de entidade familiar, agora baseadas na afetividade e não mais na mera formalidade do casamento; o art. 193, que estipula que a ordem social tem como objetivo o bem-estar e justiça social; o art. 195, que estabelece o sistema de financiamento para a seguridade social, somente para citar alguns.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal também tem considerado a fraternidade como dever jurídico em suas decisões, algumas delas de profundo impacto social e político. A Corte tem entendido que o princípio da fraternidade anda de mãos dadas com o princípio da dignidade da pessoa humana e inúmeras de suas decisões têm dado dimensão real a esse valor.

Para ilustrar, pode-se citar as decisões proferidas nos autos das ADIs 3.105, 3.128/DF<sup>(8)</sup> e

- (7) Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes pondera: "Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiosincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores de igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias." (MENDES, Gilmar. *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster\_port.pdf> Acesso em: 29 jan. 2014.)
- (8) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 3.105 e 3.128 Distrito Federal.

3.510/DF<sup>(9)</sup>; da PET n. 3.388-4/RR<sup>(10)</sup>; da ADPF n. 101/DF<sup>(11)</sup>; ADPF n. 132/RJ; e ADI n. 132/

Relatora Ministra Ellen Gracie, publicada em 18 de fevereiro de 2005. Disponível em: <www.stf.jus/portal/geral/VerPdfPaginado.asp?id=36333&tipo=Ac&descricao=inteiro%teor%AD1%20%20> Acesso em: 30 jan. 2014. O STF entendeu ser constitucional a contribuição previdenciária de inativos, sob o fundamento de que a manutenção da Previdência deve ser solidária, contando com a participação de ativos e inativos, para fins de evitar a falência do sistema.

- (9) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/Distrito Federal. Relator Ministro Carlos Ayres de Britto, publicada em 29 de maio de 2008. Disponível em: <www.stf.jus/portal/geral/VerPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=Ac&descricao=inteiro%teor%AD1%20%20> Acesso em: 30 jan. 2014. Trata da questão da autorização para pesquisa em células troncoembrionárias. O fundamento dessa decisão reside no entendimento de que não há violação ao direito à vida, e que para fins terapêuticos é autorizada a pesquisa porque se traduz em assegurar o direito fundamental a uma vida digna que passa pelo direito à saúde. O acórdão reverencia as pessoas que sofrem e se desesperam em razão de doenças ou traumas irreversíveis, que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade e que veem nas pesquisas a última esperança para exercer tais direitos. Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária.
- (10) Brasil. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388-4. Relator Min. Carlos Ayres de Britto, publicada em 10 de março de 2009. Disponível em: <www.stf.jus/portal/geral/VerPdfPaginado.asp?id=612760&tipo=Ac&descricao=inteiro%teor%AD1%20%20>. É o caso da demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol. Aqui o fundamento utilizado reside em que a demarcação se faz com base na realidade sociocultural dos indígenas e não em razão de etnia ou mesmo de natureza político-territorial. Entende-se que os arts. 231 e 232 CF/88 têm cunho fraternal e que é imperativo fazer valer a efetividade civil-moral das minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária, mediante ações afirmativas. A demarcação, assim, tem como fundamento preservar os recursos ambientais dessas tribos que são necessários ao bem-estar delas.
- (11) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 101. Distrito Federal. Relatora Ministra Cármen Lúcia Antunes, publicada em 24 de junho de 2009. Disponível em: <www.stf.jus/portal/geral/VerPdfPaginado.asp?id=629955&tipo=Ac&descricao=inteiro%teor%AD1%20%20> Acesso em: 30 jan. 2014. Impedida a importação de pneus usados, com base na preservação de um meio ambiente equilibrado e direito à saúde da

DF<sup>(12)</sup>; e ADPF n. 186-2/DF<sup>(13)</sup>.

#### 4. A Justiça Social e o princípio da fraternidade

A expressão “Justiça Social” foi utilizada pela primeira vez em documentos oficiais pelo Papa Pio XI na Carta Encíclica *Quadragesimo Anno*, que comemorava os quarenta anos da célebre Encíclica *Rerum Novarum*. A mesma expressão foi repetida na Carta Encíclica *Divini Redemptoris*, do mesmo Papa Pio XI. A partir daí, a expressão passou a ser utilizada rotineiramente pelos demais Papas que o sucederam, como referência das relações sociais na esfera econômica.

---

população e das gerações futuras. Aplicação dos princípios do desenvolvimento sustentável, da equidade e da responsabilidade intergeracional.

- (12) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, Rio de Janeiro e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, Distrito Federal. Relator Ministro Carlos Ayres de Britto, publicada em 16 de maio de 2011. Disponível em: <[www.stf.jus/portal/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872](http://www.stf.jus/portal/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872)> Acesso em: 30 jan. 2014. A decisão reconheceu a união homoafetiva como nova entidade familiar, com todas as regras e consequências daí decorrentes. Centra-se na cláusula geral de não discriminar como emanção direta do princípio da dignidade da pessoa humana. O entendimento é que qualquer tipo de preconceito é ofensivo ao bem comum.
- (13) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, Distrito Federal. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, publicada em 16 de maio de 2011. Disponível em: <[www.stf.jus/portal/acompanhamentoprocessual](http://www.stf.jus/portal/acompanhamentoprocessual)> Acesso em: 30 jan. 2014. Diz respeito à declaração de constitucionalidade do sistema de cotas raciais para ingresso na Universidade de Brasília — UNB. A Corte entende que se trata de preservar o direito das minorias, mediante ação afirmativa, de modo a garantir um ambiente acadêmico plural e diversificado. A decisão também se manifesta no sentido de que há necessidade de superar distorções sociais historicamente consolidadas e que a adoção de políticas compensatórias para erradicação da marginalidade, e da desigualdade, da promoção do bem de todos, sem preconceito de cor é uma delas. Reafirmação do art. 3º, I, da CF/88 como base para a efetivação do conteúdo programático de educação para todos. Aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A Igreja Católica utilizava o termo Justiça Social como uma expressão de reação ao individualismo da justiça comutativa, e propugnava por uma política que viabilizasse a justa distribuição das riquezas de modo a servir a todos, sem quaisquer distinções. Conclamava, também, a estabelecer uma sociedade mais solidária, onde as pessoas cuidassem umas das outras e as relações entre capital e trabalho fossem mais humanas. Enfim, objetivava a busca pelo bem comum, onde os mais fracos seriam alvo de maior proteção de forma a suprir-lhes as necessidades mínimas para uma sobrevivência decente.

A Constituição Federal de 1988 tem na Justiça Social o seu ideal de justiça fundada na dignidade da pessoa humana. Não há lugar para uma visão comutativa ou utilitarista na distribuição dos bens e das oportunidades. Ao elencar no art. 3º, inciso I, como um dos objetivos da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária faz claramente a opção pela busca de uma Justiça Social, em que todos são iguais em dignidade, privilegiando a ideia de comunitarismo, como vetor para concretização do bem-estar geral. Os demais incisos também são voltados para uma política de igualdade substancial. Na nova ordem constitucional, não há lugar para exclusão.

O ideal de Justiça Social encontra-se espraçado em diversos dispositivos do Texto Constitucional, e com maior ênfase nos arts. 170 e 193. O primeiro, que trata dos princípios fundamentais da ordem econômica e o segundo, que diz respeito aos princípios da ordem social. Em ambos os casos, o objetivo é sempre o bem comum. Estabelece-se uma política de alteridade, onde toda sorte de privilégios, no sentido de desigualdade de direitos, é rejeitada. Todas as pessoas são merecedoras de bens que integram a sociedade pela mera condição de sua humanidade.

Dessa forma, pode-se constatar a forte imbricação entre o ideal de Justiça Social e o princípio da fraternidade, este elevado à categoria constitucional no atual Texto Magno, na

medida em que a tônica de ambos é garantir a todos os partícipes da sociedade que possam ter os mesmos direitos garantidos e, por óbvio, os mesmos deveres, de modo a que cada um possa se reconhecer no outro mediante ações afirmativas.

Assim, a consagração da Justiça Social pelo legislador constitui traduz-se nos próprios fins perseguidos pelo Estado Brasileiro. Violar esse princípio, portanto, implica em ofender todo o sistema de comandos constitucionais.

## 5. A construção de uma nova sociedade

A nova configuração do constitucionalismo da atual Carta aponta para a construção de uma sociedade calcada na dignidade da pessoa humana, na igualdade substancial e na solidariedade social. Busca-se, enfim, a construção de uma nova sociedade, mais voltada à consecução de políticas de bem comum.

Nesse diapasão, não há como ignorar que o mundo não sobreviverá sem práticas solidárias. Essa é uma exigência que não se pode mais afastar. Vivemos em um mundo repleto de complexidades onde as exigências para o bem viver se fazem, a cada dia, maiores. Dessa forma, as noções de fraternidade, de solidariedade, de igualdade, da busca por um direito justo são tão correntes em nossos dias que têm que fazer parte de qualquer discurso sério e realista acerca do tipo de sociedade que almejamos construir.

Não se pode olvidar o abismo existente entre as diferentes classes sociais, onde os extremos do consumismo se contrastam com a absoluta miséria de grande parte da população que se vê privada de condições essenciais a qualquer existência digna<sup>(14)</sup>. A fraternidade tem, portanto, papel fundamental para a consecução da Justiça Social, porque evita que as instituições

(14) Veja-se a posição de Emmanuel Lévinas: “A crise do humanismo em nossa época tem, sem dúvida, sua fonte na experiência da ineficácia humana, posta em acusação pela própria abundância de nossos meios de agir e pela extensão de nossas ambições.” (LÉVINAS, Emmanuel. *Humanismo do Outro Homem*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 71.)

adotem uma postura de indiferença ante as desigualdades, contribuindo para minimizar injustiças, sofrimentos e discriminações.

É nesse sentido que o projeto inserto na Constituição Federal de 1988 deve ser observado na sua função promocional, reconhecendo as diferenças multiculturais de uma sociedade pluralista como é a nossa, mas sem perder o foco no respeito a essas diferenças, impedindo toda e qualquer conduta que possa ser obstativa ao diálogo intercultural. É preciso haver mais tolerância entre as pessoas para que a paz social possa prevalecer<sup>(15)</sup>.

Necessário se faz, ainda, a adoção de políticas públicas que possam trazer às camadas menos favorecidas da população o efetivo acesso a condições básicas de saúde e educação, bem como uma melhor distribuição de renda, de modo a se fazer uma política mais inclusiva das diversas camadas da população, permitindo a estas que possam participar do debate acerca dos grandes problemas nacionais com igual dignidade social.

De outro norte, é enorme a responsabilidade dos operadores do direito na construção dessa nova sociedade, pois que devem ir além do direito positivo para melhor explicar o direito posto. É preciso ultrapassar formalismos para chegar-se ao ideal de justiça de “dar a cada um o que é seu”. É urgente a adoção de nova mentalidade acerca do viver justa, do fazer justa<sup>(16)</sup>, se é que queremos fazer deste País um lugar melhor para viver.

(15) Discorrendo sobre humanismo, o Ministro Carlos Ayres de Britto, fala o seguinte: “Sucedem que, ao reconhecer por modo jurídico a inata dignidade da pessoa humana — sobretudo quanto à modelagem de um pluralismo que não desemboque jamais no preconceito como traço cultural, de parilha com a preceituação de uma aproximativa igualdade de acesso às fontes do poder, da riqueza e do saber — a sociedade termina por se autoconferir a credencial de civilizada.” (BRITTO, Carlos Ayres de. *O humanismo como categoria constitucional*. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 27.)

(16) Vale transcrever Ricardo Timm de Souza, ao discorrer sobre dignidade da pessoa humana: “A questão imperiosa da justiça se apresenta à face do tempo

## 6. Considerações finais

Ao se estabelecer um Estado Democrático de Direito, o legislador constitucional fez a opção por impor à ordem estatal a adoção de políticas para a redução das desigualdades e reestruturação das relações em sociedade. Assim, o Estado tem como primordial objetivo gerar o bem de todos, de forma indistinta.

Ora, não se pode atingir tal objetivo dissociado da realização da justiça social que, por sua vez, não poderá prescindir das noções de fraternidade, na medida em que aquela se confunde com a própria finalidade do Estado que, em última análise, se reduz em propiciar felicidade às pessoas.

A tarefa de concretização do princípio da fraternidade não é fácil, contudo, é necessária para o alcance dos objetivos propostos pela Constituição Federal de 1988 e que somente pode ser feito mediante uma nova tomada de consciência. É a chance que teremos para preservação dos ideais de uma sociedade mais justa. O interesse geral não pode ficar sob o poder e sob os interesses de poucos. É preciso uma visão mais abrangente do que somos e do que queremos construir e qual o legado que deixaremos para a nossa descendência.

## 7. Referências bibliográficas

ANDRADE, Fernando Gomes de. *Direitos de Fraternidade como direitos fundamentais de terceira dimensão: aspectos teóricos e aplicabilidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <[www.ruef.net.br/bibliotecapt.php?pagina=3](http://www.ruef.net.br/bibliotecapt.php?pagina=3)> Acesso em: 20 jan. 2014.

ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever*

---

como ansiedade por justiça. É à luz da ansiedade por justiça que a dignidade humana deve ser pensada e concebida, hoje. É essa dimensão ansiosa, incompleta, que descola a questão da dignidade humana do essencialismo em que irremediavelmente recai, quando abandonada a um seu conceito fora do mundo de sentido humano que a constitui." (SOUZA, Ricardo Timm de. *Justiça em Termos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 151.)

*Ser na Dialética dos Opostos de Hegel*. Coimbra: Almedina, 2010.

BAGGIO, Antonio Maria. *A redescoberta da fraternidade na época do "terceiro 1789"*. Disponível em: <[www.ruef.net.br/uploads/.../fa61be49bc5f45e-73ec9af6e8ddef74d.pdf](http://www.ruef.net.br/uploads/.../fa61be49bc5f45e-73ec9af6e8ddef74d.pdf)> Acesso em: 24 jan. 2014.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

BRITTO, Carlos Ayres de. *O humanismo como categoria constitucional*. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 3. reimpr. Almedina: Coimbra, 2003.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição Viva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Estado Social e Princípio da Solidariedade*. Disponível em: <[www.fdv.br/publicacoes/periodicos/.../n3/2.pdf](http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/.../n3/2.pdf)> Acesso em: 31 jan. 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONTANA, Eliane. *O princípio da solidariedade numa perspectiva valorativa dos direitos fundamentais: alguns pressupostos*. Disponível em: <[www.urf.br/seer/index.php/rjd/article/view/2170/1402](http://www.urf.br/seer/index.php/rjd/article/view/2170/1402)> Acesso em: 24 jan. 2014.

LEÃO XIII. *Carta Encíclica "Rerum Novarum"*. 15. ed. São Paulo: Paulinas, 2005.

LÉVINAS, Emmanuel. *Humanismo do Outro Homem*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira; SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva (Coords.). *As Faces da Justiça*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria constitucional*. Disponível em: <[www.ruef.net.br/uploads/.../cbadd4bddf309dafd-986be35076.pdf](http://www.ruef.net.br/uploads/.../cbadd4bddf309dafd-986be35076.pdf)> Acesso em: 24 jan. 2014.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 22. tir. Malheiros: São Paulo, 2013.
- MENDES, Gilmar. *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*. Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster\\_port.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf)> Acesso em: 29 jan. 2014.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NEDEL, José. *Reflexões sobre a Justiça e suas formas*. Disponível em: <[www.idc.org.br/...e.../reflexoes\\_sobre\\_a\\_justica\\_e\\_suas\\_formas.pdf](http://www.idc.org.br/...e.../reflexoes_sobre_a_justica_e_suas_formas.pdf)> Acesso em: 21 jan. 2014.
- NICKNICH, Mônica. *O Direito e o Princípio da Fraternidade*. Disponível em: <[www.univille.edu.br/community/revista\\_rdu/VirtualDisk.html?](http://www.univille.edu.br/community/revista_rdu/VirtualDisk.html?)> Acesso em: 13 jan. 2014.
- PIO XI. *Carta Encíclica “Quadragesimo Anno”*. 5. ed. São Paulo: Paulinas, 2004.
- REIS, Sérgio Cabral dos. Justiça Social e direito à igualdade no Estado Democrático de Direito: a responsabilidade do Estado na consolidação da cidadania. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, São Paulo, LTr, vol. 43, p. 17-35, maio 2013.
- RESTA, Eligio. *O Direito Fraternal*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.
- ROSSETTO, Geralda Magella de Faria. *Apontamentos sobre a fraternidade: por uma racionalidade teórico-prática de sua sistematização jurídica*. Disponível em: <[www.ruef.net.br/bibliotecapt.php?pagina=1](http://www.ruef.net.br/bibliotecapt.php?pagina=1)> Acesso em: 20 jan. 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed, rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- \_\_\_\_\_. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- \_\_\_\_\_. (Org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- \_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atualiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Renato de Almeida Vieira da. Os ideais de igualdade, fraternidade e liberdade na prática democrática: entre Rousseau e Habermas. *Revista Lumen et Virtus*, vol. II, n. 4, maio 2011. Disponível em: <[www.jackbran.com.br](http://www.jackbran.com.br)> Acesso em: 04 jan. 2014.
- SILVA, Vera Lúcia. *O sentido e os limites da categoria fraternidade no contexto de uma Teoria da Justiça de John Rawls*. Disponível em: <[www.ruef.net.br/bibliotecapt.php?pagina=6](http://www.ruef.net.br/bibliotecapt.php?pagina=6)> Acesso em: 20 jan. 2014.
- SOUZA, Ricardo Timm de. *Justiça em Termos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- VERONESE, Josiane Rose Petry; PIERRE, Luiz Antônio Araújo. *Justiça Fraternal e Social: implicações no Direito*. Disponível em: <[www.comunhaoedireito.blogspot.com/.../justica-fraterna-e-social-implicacoes.html](http://www.comunhaoedireito.blogspot.com/.../justica-fraterna-e-social-implicacoes.html)> Acesso em: 26 jan. 2014.
- VITA, Álvaro. *Uma concepção liberal-igualitária de Justiça Distributiva*. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/rbcsoc/ul4n39/1721.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/ul4n39/1721.pdf)> Acesso em: 20 jan. 2014.

# O trabalho na sociedade técnica

Eduardo Souza Braga<sup>(\*)</sup> e João Bosco Penna<sup>(\*\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ As alterações no ambiente de trabalho em decorrência da técnica moderna são de grande intensidade. Seja em decorrência das novas técnicas gerenciais ou das técnicas de produção, o trabalhador se viu inserido em um mundo em que, invariavelmente, sua vida particular é sacrificada em prol da organização. Esse amálgama entre vida particular e profissional é capaz de causar adoecimento físico e mental. Não por acaso que o número de doenças ocupacionais psíquicas tem crescido de modo constante. Como a técnica é o fator preponderante dessas mudanças, que resultaram na exploração desmedida do trabalho humano, é através dela que se deve buscar modos de impedir a instrumentalização crescente do trabalhador. Formas de combate existem, que apenas terão sucesso com a atuação de todos os envolvidos nesse quadro caótico, seja de modo espontâneo ou não. Alterações nas técnicas gerencialistas e mudanças de postura diante das inovações técnicas permitem a desconexão do homem de seu trabalho. Essa desconexão é extremamente necessária para o adequado desenvolvimento das interações sociais do trabalhador fora de seu ambiente de trabalho, com separação de sua vida privada da sua vida profissional. Além disso, há, com a desconexão, a preservação efetiva dos momentos de descanso do trabalhador e respeito ao seu direito ao lazer, o que é primordial para o seu desenvolvimento existencial pleno.

## Palavras-chave:

- ▶ Sociedade técnica — Exploração danosa do trabalhador — Propostas de superação — Direito à desconexão do trabalho — Emancipação do trabalhador.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A técnica moderna. Conceito e características
- ▶ 3. A técnica e o trabalho
- ▶ 4. Controle do trabalhador na sociedade técnica
- ▶ 5. Propostas para restabelecimento da identidade do trabalhador na sociedade técnica
- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências bibliográficas

(\*) Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista. Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

(\*\*) Doutor em Medicina Legal pela Universidade de São Paulo. Professor Titular da Universidade Estadual Paulista.

## 1. Introdução

No mundo do trabalho, como nos outros campos das relações humanas, a técnica vem se constituindo, sobretudo nos dois últimos séculos, como fator propulsor de radicais transformações sociais.

Novas técnicas de gerenciamento, dificuldades de adaptação homem-máquina e controle exacerbado do trabalho são fatores que tornaram o ambiente de trabalho um local propício para o sequestro da subjetividade do ser humano, seja pelo aumento da quantidade de trabalho, com possibilidades de se laborar o tempo todo, ou por sua intensidade crescente.

Essa nova configuração do ambiente de trabalho, indubitavelmente, tem o condão de causar prejuízos vários à higidez física e psíquica do trabalhador.

Há um aprisionamento do trabalhador, que tem sua vida particular invadida por sua vida profissional.

Interações familiares e momentos de lazer, sem preocupações com o trabalho, se tornam cada vez mais raros, em prejuízo à identidade do trabalhador.

Há uma instrumentalização do trabalhador, o que o transforma em uma espécie de escravo técnico.

Ainda que se reconheça a supremacia da técnica, é certo que ela não é específica e deliberadamente direcionada à degradação do homem que trabalha, o que significa que saídas existem dentro da própria técnica, com participação dos atores sociais envolvidos.

Esses são os principais tópicos a serem tratados neste trabalho, sem nenhuma intenção de exaurir o tema, especialmente porque a própria essência transformadora da técnica não permitiria.

## 2. A técnica moderna. Conceito e características

A técnica pode ser conceituada, de modo sintético, como o conhecimento capaz de gerar meios de aprimorar o fazer humano.

Desse modo, conclui-se que a técnica está intrinsecamente ligada ao desenvolvimento do homem.

A técnica possui características próprias que a distingue de todos os outros fenômenos presentes no mundo, além de colocá-la em posição de destaque absoluto na formação das relações sociais, atuando como elemento identificador base e diferenciador das interações entre os indivíduos.

Exemplo típico da influência irradiante da técnica é a própria caracterização da era moderna a partir da revolução industrial, em que o desenvolvimento de novas formas de produção (aprimoramento do fazer humano) possibilitou um novo estágio das interações entre os homens, com repercussões objetivas (interações “homem-homem” e “homem-máquina”) e subjetivas (construção do subjetivismo na modernidade).

Nesse contexto, a técnica moderna representa uma potencialização de suas repercussões no indivíduo, com a criação da figura do “homem moderno”.

Surge, na contemporaneidade, o conceito de “tecnologia”, que nada mais é do que uma mera expressão da evolução da técnica. Por ser uma simples derivação, a opção, neste trabalho, foi pelo termo que identifica o fenômeno em sua essência e inteireza.

Segundo um dos principais estudiosos sobre os efeitos da técnica na formação e identificação da sociedade moderna, o pensador francês Jacques Ellul, são “caracteres novos” da técnica moderna o automatismo, o auto-crescimento, a inseparabilidade (ou unidade), o universalismo, a autonomia, a racionalidade e a artificialidade.

A racionalidade e a artificialidade praticamente não são trabalhadas por Ellul, diante de sua notória evidência, na medida em que não há fenômeno técnico sem processo racional lógico de construção, sendo certo que o mundo construído e transformado progressivamente pela técnica nada tem de natural.

Para Ellul, o automatismo da escolha técnica “consiste em que a orientação e as escolhas técnicas se efetuam por si mesmas”<sup>(1)</sup>.

No interior do campo técnico, “a escolha entre os métodos, o maquinismo, as organizações, as receitas, efetua-se automaticamente. O homem é privado de sua escolha e está satisfeito com isso. Aceita-o, dando razão à técnica”<sup>(2)</sup>.

Sendo determinado método técnico mais eficaz que os demais, é certo que ele tende a se tornar o único a ser utilizado, ao menos até o aparecimento de outro com maior eficácia.

Não há, assim, escolha entre várias técnicas, mas simplesmente aceitação daquela que detém a maior eficácia.

Nesse contexto, busca-se sempre a técnica mais perfeita, entendida como a que melhor resolve os problemas que a ela foram submetidos.

A técnica se desenvolve e se modifica praticamente sem a intervenção do ser humano.

A certeza nos resultados da técnica, na sua superioridade e em seu papel de protagonista na condução do progresso da humanidade, leva o homem a crer na inevitabilidade do progresso técnico e na sua continuidade sem obstáculos.

O crescimento da técnica ocorre pelo princípio da combinação das técnicas, que, segundo Ellul, pode ser formulado em duas leis: a irreversibilidade do progresso técnico e o seu crescimento em progressão geométrica.

Em relação ao crescimento acelerado e desenfreado da técnica, desnecessárias maiores explicações, já que tal característica é deveras evidente neste limiar de século, notadamente pela crescente “obsolescência dos avanços técnicos”.

Pela irreversibilidade do progresso técnico, tem-se que cada invenção técnica provoca outras invenções técnicas em outros domínios,

(1) ELLUL, Jacques. *A técnica e o desafio do século*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968. p. 83.

(2) *Ibidem*, p. 85.

sem retrocessos, limites e condicionantes advindas do ser humano.

Nas palavras do pensador francês:

Não são mais nem as condições econômicas ou sociais, nem a formação intelectual; não é mais o fator humano que é determinante, mas essencialmente a situação técnica anterior. Quando ocorre determinada descoberta técnica, seguem-se quase necessariamente outras descobertas. A intervenção humana nessa sucessão aparece como ocasional e não é mais um homem determinado que sozinho possa realizar esse progresso, mas qualquer pessoa suficientemente a par das técnicas pode fazer uma descoberta válida que sucede racionalmente às precedentes e anuncia racionalmente a seguinte.<sup>(3)</sup>

Enfim, não mais existem grandes e determinantes descobertas e descobridores, mas sucessão de pequenas evoluções, que resultam em um determinado estágio do progresso técnico, que sequer é previsível e controlável, na medida em que o melhoramento técnico em uma área pode causar interferências em outras áreas, conexas ou não, com mudanças de estruturas e comportamentos sociais, além de criar problemas técnicos até então inexistentes.

Aliás, em relação aos problemas técnicos criados, é certo que eles também devem ser considerados como fatores de propulsão do progresso técnico, já que a técnica os cria e os resolve.

Nas palavras de Ellul:

(...) a técnica, desenvolvendo-se, apresenta problemas inicialmente técnicos, os quais, por isso mesmo, só podem ser resolvidos pela técnica. O nível atual reclama um novo progresso e esse progresso aumenta, ao mesmo tempo, os inconvenientes e os problemas técnicos, exigindo em seguida, ainda outros progressos.

(3) ELLUL, Jacques. *A técnica e o desafio do século*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968. p. 93.

Esse fenômeno é particularmente sensível no urbanismo. A grande cidade supõe concentração de meios de transporte, aeração, organização e circulação, condicionamento de ar etc.: cada um desses elementos permite à cidade crescer ainda mais e provoca novos progressos técnicos.

Para facilitar a vida da dona de casa nos Estados Unidos, utiliza-se um novo aparelho que tritura o lixo e permite eliminá-lo pelo ralo da pia. Esse processo provoca imensa poluição em todos os rios norte-americanos. É preciso então procurar um novo meio de purificação dessa água que deve, em definitivo, ser consumida: maior quantidade de oxigênio será necessária para permitir às bactérias destruir as matérias orgânicas. Como oxigenar os rios? Eis como a técnica se engendra a si mesma.<sup>(4)</sup>

Conclui-se, então, que, no atual estágio da técnica, qualquer ser humano pode contribuir para o inevitável progresso técnico, desde que treinado para este fim ou, para ser fiel ao estudioso francês, desde que adestrado para se desincumbir da tarefa.

A evolução da técnica se torna causal e cada vez mais espontânea, sem finalidade precisa e específica.

Nesse contexto, a inteligência humana particular cede espaço para qualidades adquiridas, normalmente mecânicas, voltadas para a operação dos resultados da técnica, o que torna o homem mais um expectador do que um agente de transformação e controle das estruturas da técnica.

Uma vez mais, necessária a transcrição dos sábios ensinamentos de Ellul:

Nessa evolução decisiva, o homem não interfere, mas os elementos técnicos se combinam e tendem cada vez mais a combinar-se espontaneamente, de tal modo que a função do homem se limita ainda uma vez

à de um aparelho registrador, verificando o efeito das técnicas umas sobre as outras e seus resultados.<sup>(5)</sup>

Enfim, a técnica cresce para o homem e, sobretudo, para além dele e sem a sua intervenção determinante.

A unicidade ou inescapabilidade da técnica revela que o fenômeno técnico apresenta essencialmente os mesmos caracteres, formando um todo.

Essa característica é deveras evidente quando se nota como é fácil discernir o que é fenômeno técnico daquilo que não é.

De acordo com Ellul:

A análise dos traços comuns é delicada, mas a percepção de sua evidência é fácil. Ora, sem nenhuma possível dúvida, assim como há princípios comuns entre uma estação de rádio e um motor de explosão, assim também os caracteres são idênticos entre a organização de um escritório e a construção de um avião. Essa identidade em que seria útil insistir, é realmente o primeiro índice dessa unidade profunda que constitui o fenômeno técnico, essencial, sob a extrema diversidade de suas aparências.

Como corolário, é impossível separar este ou aquele elemento: verdade essencial, particularmente ignorada hoje em dia. A principal tendência de todos aqueles que pensam nas técnicas é distinguir: distinguir entre a técnica e o uso que dela se faz. Essas distinções são rigorosamente falsas e provam que nada se compreendeu do fenômeno técnico, cujas partes são antologicamente ligadas e cujo uso é inseparável do ser.<sup>(6)</sup>

A técnica é um todo, sendo que não é possível separá-la do uso que se faz dela, seja esse uso bom ou mau.

(5) *Ibidem*, p. 96.

(6) ELLUL, Jacques. *A técnica e o desafio do século*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968. p. 98.

(4) ELLUL, Jacques. *A técnica e o desafio do século*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968. p. 95.

Não é, a técnica, orientada por ditames morais, religiosos, estéticos, sentimentais ou quaisquer outros, sendo que a sua essência constitui em seu uso, que só pode ser o uso técnico.

Desse modo, o homem apenas pode escolher não utilizar a técnica, mas nunca utilizá-la em desacordo com as suas regras intrínsecas.

Enfim, “o homem está colocado diante de escolha exclusiva, utilizar a técnica como o deve ser, de acordo com as regras técnicas, ou não utilizá-las, de modo algum; mas é impossível utilizá-la a não ser de acordo com as regras técnicas”<sup>(7)</sup>.

No que tange ao universalismo técnico, dois aspectos merecem realce, quais sejam, o aspecto geográfico e o aspecto qualitativo.

Em relação ao primeiro aspecto, é certo que a técnica, progressivamente, alcança todos os países do mundo. Cedo ou tarde, todos são absorvidos pela técnica.

Como vaticina Ellul:

Em todos os países tende-se a aplicar os mesmos processos técnicos, seja qual for o grau de “civilização”. Mesmo quando dos homens não são completamente assimilados, já podem utilizar os instrumentos que a técnica lhe põe nas mãos. Não precisam tornar-se ocidentais: a técnica não precisa, para ser utilizada, de um homem “civilizado”; seja qual for a mão que a utilize, produz seu efeito, mais ou menos totalmente, é claro, conforme o homem estiver mais ou menos absorvido.<sup>(8)</sup>

No momento em que a técnica penetra em um determinado país, há uma crescente desintegração da civilização local, uma vez que apenas a civilização técnica tende a existir, sem concorrência.

As diversidades existentes entre os locais onde a técnica se instala apenas interfere na

velocidade com que a civilização técnica se instalará, não representando, em absoluto, obstáculos intransponíveis.

Quanto ao aspecto qualitativo, pode-se dizer que todos os aspectos da vida humana se reduzem ao fenômeno técnico. O homem tende a ser objeto da técnica.

Verificamos isso em relação a fenômenos considerados, em geral, essenciais a uma civilização: por exemplo, a arte ou a literatura. Essas atividades estão hoje em dia estreitamente subordinadas às necessidades técnicas, de acordo com diferentes meios, pela ingerência direta da técnica (cinema, rádio, televisão).

Esses meios custam muito caro, o que quer dizer: a expressão artística está subordinada a uma censura de dinheiro ou de Estado. A maior parte das vezes à influência indireta que, mesmo ela, pode apresentar diferentes aspectos: a música pessoal expulsa pelo rádio, a pintura ameaçada pela fotografia e obrigada a modificar-se, tornar-se abstrata para não ser um sucedâneo da reprodução.

Tal situação da arte e da literatura manifesta em todos os aspectos uma subordinação com respeito à técnica. Esta ampliou seu poder a todos os domínios de atividade, logo a toda a civilização. Eis então a espantosa reviravolta a qual assistimos: vimos que ao longo de todo o curso da história, sem exceção, a técnica pertenceu a uma civilização; era um elemento da civilização, englobada em uma multidão de atividades não técnicas. Atualmente, a técnica engloba toda a civilização.<sup>(9)</sup>

A técnica, primordialmente totalitária, passa a ser o ponto de ligação entre os homens, sendo que é por meio dela que eles se comunicam.

O mundo se torna uma grande aldeia técnica, de modo que as particularidades culturais de cada povo vão, aos poucos, deixando de existir,

(7) *Ibidem*, p. 101.

(8) *Ibidem*, p. 119.

(9) ELLUL, Jacques. *A técnica e o desafio do século*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968. p. 130.

ou melhor, elas se transformam em particularidades do fenômeno técnico, dotadas de um eixo comum e necessário diante do poder irresistível da técnica, sob pena de serem consideradas fora do “mundo civilizado”.

Por fim, para encerrar essa pequena explanação sobre as características da técnica moderna, passa-se ao estudo da autonomia da técnica.

A técnica é autônoma, de tal forma que ela respeita apenas suas próprias leis, devendo ser concebida fora do homem, a ponto de subjugar-lo em decorrência de seu poder supremo, neutralizando seus anseios.

A autonomia da técnica se manifesta em relação a aspectos essencialmente subjetivos, como a moral e os valores espirituais, já que ela não suporta nenhum tipo de julgamento ou limitação.

Diante desse quadro, a eliminação de erros nos processos técnicos passa pela própria desconsideração e aprisionamento do homem e suas vontades, considerando sua imprecisão intrínseca.

Como ensina Ellul:

Não se trata mais, então, de fazer desaparecer o homem, mas de levá-lo à composição, de levá-lo a enquadrar-se na técnica, a deixar de experimentar os sentimentos e as reações que lhe seriam pessoais. Não há técnica possível com um homem livre. Pois, quando a técnica penetra em todos os domínios da vida social, choca constantemente o homem, na medida em que o combinado “homem-técnica” é inevitável, na medida em que funcionamento da técnica deve necessariamente chegar a determinado resultado. A previsão é necessária, tanto quanto a exatidão da previsão. É preciso então que a técnica prevaleça sobre o homem; é uma questão de vida ou morte. É preciso que a técnica reduza o homem a seu um animal técnico, rei dos escravos técnicos.<sup>(10)</sup>

(10) ELLUL, Jacques. *A técnica e o desafio do século*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968. p. 140.

Nesse contexto, dúvidas não existem de que o fenômeno técnico, em razão de sua autonomia, detém meios eficientes para alienar, sufocar e aprisionar o homem.

### 3. A técnica e o trabalho

O trabalho é um dos eixos centrais da vida humana. Não é possível uma vida sem trabalho. Mesmo aqueles que não trabalham dependem do trabalho alheio para sobreviver.

O homem, diferentemente de outros animais, necessita produzir bens materiais para sobreviver, uma vez que não se adapta passivamente ao meio ambiente que o cerca. E assim o faz pelo trabalho.

É com a utilização da técnica que o homem moderno produz bens, sendo que o seu predomínio é sentido de forma mais intensa a partir do século XX.

Por meio da técnica, o trabalho humano passou por inúmeras transformações.

O trabalhador teve que se adaptar ao progresso técnico, sob pena de se excluído do mundo do trabalho.

Essa adaptação ocasionou vários problemas para o bem-estar do trabalhador, seja em termos físicos ou mentais.

Com a dependência do trabalho cada vez mais intensa ao ritmo da máquina, com enfoque único no aumento de produtividade (eficiência), o ser humano se tornou um apêndice da máquina.

Até mesmo em situações em que, supostamente, houve adaptação da técnica aplicada ao trabalho do homem, o que se percebe é que essa adaptação apenas ocorreu para se evitar perda de eficiência, na medida em que a produtividade de um trabalhador esgotado tende a diminuir em ritmo acelerado.

O esgotamento do trabalhador, em uma sociedade técnica, é tanto físico quanto psicológico.

Em termos físicos, diante do automatismo da técnica, o meio mais eficaz de produzir

algo será aquele em que fator tempo puder ser reduzido ao máximo, sem perda da mínima qualidade exigida.

A diminuição do tempo de produção é alcançada, na maioria das vezes, com o aumento do ritmo de elaboração do produto final, o que significa utilização de meios técnicos mais rápidos, que deverão ser acompanhados pelo homem.

Em decorrência da maior rapidez na produção, o cansaço físico oriundo do trabalho é sentido de forma brutal.

Importante se dizer que esse desgaste físico não significa, necessariamente, maior quantidade de tempo disponível ao labor, na medida em que a maior eficiência técnica pode estar relacionada apenas à intensidade na realização da tarefa.

A alienação do trabalhador, que deixa de ter controle sobre o objeto produzido e, conseqüentemente, da finalidade de seu trabalho para a coletividade onde está inserido, bem como a sua submissão aos novos métodos de organização do trabalho, têm o condão de lhe ocasionar sérios desgastes mentais.

O uso de técnicas de gestão que primam pela competição entre iguais resulta na transformação intensa do meio ambiente do trabalho, que deixa de ser palco de socialização para se tornar palco de competição.

A impessoalidade e a solidão imperam no ambiente de trabalho, já que as vontades não condicionadas e as interações humanas espontâneas não mais são necessárias para o bom desenvolvimento das tarefas que a cada trabalhador são destinadas, na medida em que o sucesso ou fracasso de um empreendimento é medido pela melhor ou pior eficácia no uso das técnicas de produção, sejam materiais ou organizacionais.

Em verdade, as interações humanas no ambiente de trabalho são racionalizadas ao extremo, de tal modo que se tornam mais um fator de análise no conjunto técnico, sendo

fomentadas apenas se estiverem em consonância com o modo de organização da produção.

Dessarte, o homem passa a reproduzir a forma de aproveitamento de sua mão de obra pelo uso da técnica, de modo que deixa de ser o elemento de maior importância no ambiente laboral.

Ora, as relações humanas que se procura precisamente recriar no quadro industrial, são, de acordo com os seus próprios iniciadores, construídas segundo um modelo industrial; o estudo de W. E. Moore é muito significativo a esse respeito. As relações humanas devem com efeito responder expressamente às funções dos indivíduos que participam de um ciclo de produção, diz ele. E passa a atribuir-lhes os seguintes caracteres: devem ser limitadas às exigências técnicas de sua função profissional; com outras palavras, essas relações não devem tornar-se relações globais, afetando as ideias profundas, as tendências ou as preocupações. Os homens engajados no ritmo devem permanecer humanos, ter relações uns com outros, somente no que se refere à atividade técnica, no entanto.

Em segundo lugar, essas relações devem ser universalistas, “quer dizer fundadas em critérios os quais possam satisfazer os membros de qualquer parte da população, independentemente de suas relações sociais anteriores, ou de sua inclusão anterior em grupos sem relação com o trabalho”: com outras palavras, essas relações humanas não devem fundar-se em nenhuma determinação extratécnica; pouco importam o meio anterior, as preferências, as tendências: a técnica tudo supre. Tem-se razão, então, de falar em universalismo, pois a técnica é realmente universal, é de fato o elemento de ligação entre os homens, ao mesmo tempo objetivo e indeterminado, suprimindo as carências individuais, não admitindo escusas, e tampouco dissociações individuais.

O terceiro caráter é a racionalidade das relações humanas: essas relações são necessárias para que o organismo em sua totalidade funcione corretamente; ora, esse organismo é rigorosamente racional, as relações que nele se integram devem ser concebidas de acordo com um esquema racional. A afetividade e o sentimentalismo não devem perturbar o mecanismo. Quando se leva em conta a afetividade (na análise microsociológica molar, por exemplo), é ainda em função da racionalidade maior do grupo, de um equilíbrio mais objetivo.

Enfim, essas devem ser impessoais. São estabelecidas não de acordo com escolhas subjetivas e razões pessoais, mas segundo o cálculo do ótimo de sua validade. Sem dúvida, a escolha subjetiva e as razões pessoais devem também entrar em linha de conta, na medida em que são levadas em consideração pelo técnico das relações, mas são despojadas de sua validade espontânea por serem apenas um elemento de cálculo.<sup>(11)</sup>

Conclui-se, assim, que a técnica, de produção ou de organização, é fonte primária de perturbações várias no ambiente de trabalho, na medida em que retira a essência de animal social do trabalhador, transformando-o apenas em um ser técnico, que se liga ao outro trabalhador por padrões objetivos de produção, balizados unicamente pelo aumento de produtividade do empreendimento.

#### **4. Controle do trabalhador na sociedade técnica**

Desde o início do século passado, com maior ênfase depois da segunda guerra mundial, o mundo se viu envolvido por “incríveis avanços técnicos”, que, segundo o senso comum, sempre foram direcionados ao bem-estar dos indivíduos e à facilitação da vida em sociedade.

(11) ELLUL, Jacques. *A técnica e o desafio do século*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968. p. 362.

No mundo do trabalho, a situação não foi diferente.

Os avanços técnicos na produção de bens deveriam resultar, segundo o discurso hegemônico, em inclusão social, já que, com maior oferta de bens, o acesso a eles seria facilitado, e na liberação de tempo para o trabalhador produtor se dedicar à sua vida pessoal e atividades que lhe davam maior prazer.

No entanto, o que se tem visto é justamente o contrário, com a tecnologia proporcionando exclusão social em vários níveis e aprisionamento do homem a seu trabalho em intensidade crescente.

O controle do trabalhador passou a ser mais sutil e, ao mesmo tempo, mais eficiente.

Esse controle se verifica, primordialmente, com a implantação de modernas técnicas de gestão e utilização de métodos de controle remoto do trabalhador.

Até o fim da primeira metade do século passado, o gerenciamento do trabalho era feito pela gestão por impacto, modelo lógico e racional em que o trabalhador simplesmente cumpria ordens, dentro de sua carga horária, previamente estabelecida.

Com a reconstrução dos conceitos de tempo e espaço, advinda do notório desenvolvimento da técnica, as organizações não mais teriam condições de se sustentar com base apenas em sistemas mecanicistas de controle do trabalho, uma vez que a mutabilidade e a adaptabilidade passaram a ser variáveis necessárias para a sua manutenção.

Nesse contexto, verificou-se a necessidade de atualização dos modelos de gestão, notadamente para acompanhamento da velocidade das mudanças da sociedade técnica e, conseqüentemente, das demandas do mercado.

O trabalhador, nesses modelos gerenciais, passou a ser concebido como um custo e uma variável no ajuste da produção, tendo que corresponder às exigências do mercado, notadamente a excelência na produtividade.

Para o alcance da eficiência esperada pelas organizações, novas competências e características passaram a ser exigidas dos trabalhadores, tais como flexibilidade, adaptabilidade, criatividade, competitividade, espírito de liderança e boa comunicação.

Para se conseguir a maior produção com o menor custo possível, nos modelos gerenciais atuais, o trabalhador tem que estar totalmente integrado ao seu meio ambiente de trabalho, a quem deve ser atribuída considerável carga de responsabilidade por eventual fracasso da organização (característica integrativa e colaborativa do trabalhador), situação que, por si só, é geradora de grande pressão psicológica e vinculação irrestrita e excessiva do homem que labora à sua fonte de subsistência.

A integração ao meu ambiente é sentida especialmente na interação homem-máquina, uma vez que há um grande distanciamento entre os indivíduos que elaboram os instrumentos de trabalho e aqueles que os operam, o que, invariavelmente, é causa de angústias e sofrimentos, notadamente pela dificuldade ou mesmo impossibilidade de adaptação minimamente confortável. A máquina, nessas hipóteses, deixa de ser um facilitador do trabalho e passa a ser um obstáculo quase intransponível.

Curiosamente, em uma interação desastrosa homem-máquina, os trabalhadores que possuem um senso crítico mais apurado são os que mais sofrem no processo de adaptação, justamente porque não aceitam que suas subjetividades sejam sequestradas pela técnica.

No entanto, a luta é extremamente desigual, com ampla vantagem para a técnica, que, como visto nas explanações iniciais deste trabalho, cresce independentemente da vontade humana, sem aceitar críticas e julgamentos.

Enfim, o trabalhador pensante só interessa, na sociedade técnica, se estiver bem adestrado.

O trabalhador que não se encaixa nos perfis exigidos pelas corporações, que não seja detentor das múltiplas habilidades buscadas, é tido

como um fracassado e um mau exemplo social, sem serventia para a comunidade onde atua.

A substituição do trabalhador tido por fracassado é instantânea, considerando o exército de reserva cada vez mais crescente em nossa sociedade desigual.

Além desses fatores de pressão, outros existem no interior de cada organização, que variam de acordo com o objetivo de mercado a ser alcançado.

O estabelecimento de metas a serem atingidas pelos trabalhadores é uma das formas mais eficientes de controle do trabalhador nas corporações que contabilizam sua eficiência em unidades de produção, ainda que não destinadas especificamente ao mercado de consumo, como ocorre com os órgãos do poder público que adotam a gestão por resultados (números).

Quanto mais desafiadoras são as metas, maior é o nível de controle e, consequentemente, de pressão psicológica em face do trabalhador.

Aliadas às metas, a remuneração por produção é outro modo de controle do trabalho humano.

À primeira vista, poder-se-ia pensar que essa técnica gerencial apenas tem o condão de premiar o mérito daqueles que têm melhor rendimento. Entretanto, o pagamento por produção, além de fomentar a competição interna, criando um clima hostil no ambiente de trabalho, faz com que os riscos do negócio sejam, em boa medida, transferidos ao trabalhador.

Não bastasse isso, é certo que, para o sucesso da técnica de remuneração por produção, há a necessidade de sucateamento da remuneração fixa do trabalhador, calculada por unidade de tempo, em patamares tão intensos que o trabalhador é compelido a dispor de sua força laborativa sempre no limite daquilo que entende ser suportável, o que, obviamente, leva ao adoecimento, ainda que não imediato.

Diante desse quadro, conclui-se, com facilidade, que o controle do trabalhador deixou de

algo essencialmente mecânico ou físico, passando a ser preponderantemente psicológico.

O controle, além de psicológico, deixou de ser realizado preponderantemente dentro dos limites geográficos da organização, na medida em que técnicas de controle à distância da produtividade do trabalhador estão cada vez mais difundidas.

Com a difusão das técnicas de comunicação não presencial, que se tornaram acessíveis a qualquer tipo de organização, independentemente do porte que ostenta, é certo que o chamado teletrabalho ou trabalho a distância passou a ser uma forma interessante de aumentar a produtividade e, principalmente, reduzir custos, já que o espaço físico do empreendimento e, conseqüentemente, os custos de sua manutenção, deixaram de ser fatores limitadores.

Essa possibilidade de trabalho longe das delimitações geográficas do empregador é, muitas vezes, concebida como algo bastante salutar, já que, em tese, o trabalhador se torna detentor de uma grande flexibilidade para realização de suas tarefas, o que teria o condão de redundar em maior tempo para seus afazeres pessoais, especialmente o convívio com amigos e familiares.

No entanto, o que tem se verificado, na realidade fática, é justamente o contrário, com o trabalhador cada vez mais tomado pelos compromissos profissionais, de modo que a ausência de delimitação fixa de tempo de labor gerou a possibilidade de se trabalhar o tempo todo, a fim de dar cumprimento aos objetivos traçados pelo tomador dos serviços.

A suposta facilidade do labor constante é apreendida de forma tão intensa que, ainda que não existam cobranças exacerbadas pela entrega dos serviços em determinado tempo (estabelecimento de metas rígidas e abusivas), o trabalhador se vê obrigado a aumentar a sua produtividade constantemente, a fim de assegurar a confiança do tomador de seus serviços,

o seu sucesso no interior do empreendimento e, conseqüentemente, o seu posto de trabalho.

Enfim, seja pelo uso das modernas e predatórias técnicas gerenciais, ou pela utilização das técnicas de controle remoto da prestação dos serviços, há um aprisionamento constante da identidade do trabalhador, que é levado a acreditar que a organização é parte de si, em um amálgama perigoso com sua vida particular, situação que, indubitavelmente, é fonte geradora de perturbações físicas e psíquicas.

Diante desse quadro, não é exagerado se falar que o trabalhador, na atual sociedade técnica, tende a se tornar um escravo técnico.

## **5. Propostas para restabelecimento da identidade do trabalhador na sociedade técnica**

Não se tem nenhuma dúvida acerca da centralidade do trabalho na vida do ser humano moderno, seja de um jovem obreiro no início de carreira ou de um grande e experiente executivo.

Do trabalho, emergem outras relações sociais.

Naturalmente, as relações fora do mundo do trabalho tendem a ter alguma conexão com a vida profissional, na medida em que boa parte da existência do homem se dá no ambiente de trabalho.

Essas relações, quando naturalmente surgidas e espontaneamente aceitas, são salutares e fazem parte da construção da subjetividade do trabalhador.

No entanto, como visto em linhas anteriores, na sociedade técnica, ocorre um aprisionamento imposto e não desejável da identidade do trabalhador.

O uso das técnicas gerenciais de pressão por resultados, a relação não harmoniosa entre homem e máquina e o controle remoto das tarefas desenvolvidas tem o condão de criar a figura do trabalhador constantemente conectado ao trabalho.

Diante desse quadro, o direito à desconexão do trabalho emerge como forma de resistência.

Tal direito deve ir além do mero respeito aos períodos de descansos legalmente previstos, pois não mais se está diante de um sistema fordista de produção, em que era possível uma nítida separação entre a figura do operário e do cidadão.

Importante repisar que uma das principais características do trabalhador da sociedade técnica é a indesejável interpenetração dos âmbitos de vivência particular e profissional.

O direito de não trabalhar, além de necessitar de profundas alterações procedimentais, com o reconhecimento do *status* de garantia absoluta para a preservação da saúde do trabalhador destinatário, deve albergar uma verdadeira mudança conceitual.

Desconexão do trabalho não significa o direito de não trabalhar completamente, mas apenas o direito de laborar em quantidade e intensidade que não cause prejuízos à saúde do trabalhador e ao seu direito ao lazer.

Em outros termos, almeja-se, simplesmente, o resguardo da intimidade e a vida privada do trabalhador, o que tem se tornado cada vez mais difícil com a evolução dos aparatos técnicos.

É certo que todos os agentes da relação de trabalho são responsáveis pelo direito do trabalhador de se desconectar do trabalho, inclusive ele próprio.

No entanto, o tomador de serviços é o principal responsável pela preservação desse direito, já que, invariavelmente, ele é o detentor dos meios técnicos gerenciais de controle e pressão no ambiente de trabalho e o gestor das possibilidades de prestação de serviços longe de seus olhos.

Nesse diapasão, devem ser tomadas, pelo contratante da mão de obra, medidas eficazes para impedir o labor em limites diversos dos que foram legalmente previstos, como o cancelamento do acesso ao sistema informatizado da

empresa em determinados horários ou depois de ultrapassada uma quantidade específica de horas de utilização.

Especificamente quanto à intensidade do trabalho, devem ser realizadas mudanças nas técnicas de gerenciamento do trabalho, como o estabelecimento de metas que permitam o seu atingimento pelo trabalhador dentro de sua jornada de trabalho, com respeito a uma intensidade suportável na realização dos serviços.

E esse estabelecimento razoável somente se afigura possível se o trabalhador destinatário das metas puder participar de sua elaboração, já que somente ele poderá expor os seus limites, ou seja, a quantidade e intensidade de trabalho que consegue suportar sem prejuízos à sua integridade física e psíquica.

Formas de remuneração que escondem uma perversidade em seu bojo, como o pagamento exclusivamente por produção em atividades extenuantes, devem ser banidas, já que, nessas hipóteses, o desejo imediato do trabalhador em receber alguns valores a mais pela venda de sua força laborativa não permite o estabelecimento de limites seguros para o desenvolvimento das tarefas sem prejuízos à sua saúde.

Obviamente, essa eliminação de remuneração variável por produção deve vir acompanhada do estabelecimento de pisos salariais que possibilitem ao trabalhador viver com dignidade, sob pena de se criar situação tão predatória quanto a remuneração por produção, qual seja, a utilização da remuneração antes quitada a um trabalhador que laborava por produção para contratação de dois ou mais trabalhadores com ganho fixo.

No que tange à interação homem-máquina, as decisões sobre os processos de utilização de novas técnicas, especialmente a informatização em redes nos locais de trabalho, devem levar sempre em consideração o fator humano, de modo que os sistemas técnicos sejam concebidos para operação e controle pelo trabalhador e não o contrário, havendo respeito aos limites

de adaptabilidade do operador da máquina, sendo que a velocidade de sua implantação tem que ser proporcional às possibilidades de cognição humana, de modo a não causar desconforto e repulsa pelos novos procedimentos de prestação dos serviços.

Todos os procedimentos de contraposição ao sequestro da identidade e liberdade do trabalhador a serem implantados pelo tomador de serviços não devem permitir exceções, pois o trabalhador, inserido no mercado de trabalho competitivo e predatório e sob a falsa sensação de flexibilidade e comodidade, é levado, ainda que inconscientemente, a aceitar a sua nova condição de vida controlada e aprisionada pelo trabalho, sem se dar conta das perdas havidas, notadamente em suas interações sociais mantidas em seu universo particular fora do trabalho, em que atividades de lazer e descanso devem imperar.

Caso o tomador dos serviços não cumpra seu papel de promoção de boas condições de desenvolvimento do labor e priorize o aumento da produtividade a todo custo, a sua responsabilização não deve, em absoluto, ficar restrita ao mero pagamento de toda energia laborativa despendida em seu proveito de forma abusiva, mas também deverá abarcar outras formas de reparação pelo sequestro da identidade do trabalhador, como o pagamento de uma indenização pelo dano existencial causado.

O dano existencial pode ser conceituado como um dano imaterial oriundo da perda, pelo trabalhador, do convívio familiar e social em razão da exploração desmedida de sua força laborativa, seja em quantidade ou intensidade, exploração essa que, na sociedade contemporânea, é promovida, em grande medida, pela técnica.

A obrigação do tomador de serviços de pagar ao trabalhador uma indenização pelo dano existencial causado, além da compensação pelos sofrimentos causados ao trabalhador, possui um caráter pedagógico realçado, notadamente pela

punição extra impingida, o que, dentre outras coisas, tem o condão de auxiliar na prevenção de novas infrações, diminuindo, assim, a exploração do ser humano pelo avanço do meios técnicos aplicados à relação de trabalho.

Imperioso se ressaltar, ainda, que o aprisionamento da identidade do trabalhador por meio das facilidades proporcionadas pela técnica, seguramente, ocasiona, em decorrência do aumento abusivo da produtividade, uma diminuição de postos de trabalho e, por consequência, agrava um dos maiores problemas estruturais existentes na atualidade, o desemprego.

Nesse contexto, em situações com destacada amplitude coletiva, além da reparação pelos danos individuais, cabível também uma reparação coletiva, obrigando a organização a compensar toda a sociedade mediante o pagamento de indenização por dano moral coletivo.

Obviamente que essas indenizações deverão ser postuladas em juízo, sendo certo que o Judiciário tem que estar preparado para analisá-las, uma vez que visões segmentadas e parciais do fenômeno, sem levar em consideração as amplas mudanças ocorridas na sociedade técnica moderna e o necessário aprofundamento na essência dos danos causados, de cunho estritamente existencial, poderão levar ao injusto indeferimento dos pleitos indenizatórios.

## 6. Considerações finais

A técnica, no mundo do trabalho, pode e deve ser utilizada para o incremento da produtividade das organizações, porém, com a necessária harmonização com o bem-estar dos trabalhadores.

Dúvidas não existem sobre a inevitabilidade do uso da técnica, o seu desprezo por julgamentos morais e o seu crescimento sem a necessidade de intervenção humana.

Entretanto, é certo que a eficiência da técnica não deve ser analisada apenas sob a ótica do

incremento da produtividade, mas, também e sobretudo, para possibilitar uma melhor condição de existência do ser humano que labora.

E, nesse aspecto, escolhas podem e devem ser feitas; escolhas essas que não deixam de se valer da técnica.

Como não é possível se contrapor à técnica, o uso de meios técnicos para impedir o aprisionamento da identidade do trabalhador é o caminho a ser seguido.

Em outros termos, a técnica também pode possibilitar que o trabalhador do século XXI seja visto em sua inteireza, sem perda de sua subjetividade, sociabilidade e essência.

O aumento da produtividade não pode ser conquistado à custa da instrumentalização do trabalhador, a ponto de torná-lo um escravo técnico.

No capítulo anterior, algumas propostas foram apresentadas, com o envolvimento dos principais atores da relação de trabalho, notadamente daquele que detém o poder de gerenciamento do sistema de produção, porém, outras devem ser buscadas a todo momento, sempre com foco na centralidade do homem no seu ambiente de trabalho e no resguardo de sua saúde física e mental.

Enfim, em que pese a supremacia da técnica e a sua ética puramente utilitarista, é dever de todos os agentes sociais envidar esforços para o seu direcionamento à produção do bem comum, a fim de se evitar o caos social, especialmente nas chamadas técnicas do homem, como ocorre com o trabalho humano.

## 7. Referências bibliográficas

ALVES, Giovanni; MARTINEZ, Vinício (Org.) *Dialética do Ciberespaço*. Londrina: Práxis, 2002.

ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do Trabalho (Ensaio sobre a Afirmação e a Negação do Trabalho)*. 11. ed. São Paulo: Boitempo, 2009.

ANTUNES, R.; ALVES, G. As mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital. *Educação e Sociedade*, Campinas, v. 25, n. 87, p. 335-351, maio/ago. 2004.

BARRIENTOS-PARRA, Jorge (Org.). *Anais do I Seminário Brasileiro sobre o Pensamento de Jacques Ellul*. Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências e Letras, 2009.

BERMAN, Marshall. *Tudo Que é Sólido Desmancha no Ar*. São Paulo: Cia. das Letras, 1987.

CASAGRANDE, Márcio. Lazer Trabalhoso. *Consultor Jurídico*, São Paulo. 26 ago. 2006. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/47733.1>>.

CASTELLS, M. *A Era da Informação, Sociedade e Cultura, vol. 1: a Sociedade de Rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999a.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002.

EAGLETON, Terry. *As Ilusões do pós-modernismo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

ELLUL, Jacques. *A técnica e o desafio do século*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

FORRESTER, Viviane. *O Horror Econômico*. São Paulo: Editora da UNESP, 1997.

HOBSBAWN, Eric. *A Era dos Extremos*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

MÉSZÁROS, István. *Para Além do Capital*. São Paulo: Boitempo, 2002.



# Jurisprudência

---

**Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho  
Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho**



# Tribunal Superior do Trabalho

---

Processo: TST-RR-11000-61.2001.5.02.0040

Recorrente: Moisés de Aquino

Recorrido: Imprensa Oficial do Estado S.A. – IMESP

Competência: 2ª Turma

## Acórdão:

- ▶ **BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA.** A Lei n. 1.060/50 dispõe, em seu art. 4º e § 1º, sobre a garantia do benefício da Justiça gratuita que é assegurada a todos aqueles que litigam judicialmente e que não podem arcar com as despesas do recolhimento das custas processuais, impondo como condição a esse deferimento que assim se declararem mediante simples afirmação na petição inicial acerca da sua situação econômica, presumindo-se a veracidade dessa declaração. O art. 790, § 3º, da CLT, da mesma forma, dispõe, como uma das condições em que deve ser deferido o benefício da Justiça gratuita, a simples declaração da parte postulante, no sentido de não poder arcar com as custas processuais judiciais sem que tenha prejuízo do seu sustento ou da sua família. Nesses termos, a simples afirmação da parte no sentido de estar impossibilitada de arcar com as custas sem que lhe advenham prejuízos econômicos em razão desse ônus, garante-lhe o direito à isenção do recolhimento das custas, somente reputando-se inverídica essa declaração em caso de efetiva comprovação contrária mediante alegação da parte adversa. Na hipótese, não se constata, no acórdão regional, a existência de prova contundente contrária à declaração de hipossuficiência econômica do autor. Com efeito, a decisão regional foi proferida mediante análise de elementos fáticos contidos nos autos, em que se declinaram os valores pecuniários percebidos pelo reclamante ao longo do seu contrato de trabalho, mormente daquele percebido na época em que se deu a rescisão contratual. Tem-se, no entanto, que a situação econômica experimentada pelo autor — que, conforme mencionado, teve o seu contrato de trabalho rescindido — na ocasião em que ajuizou a reclamação trabalhista ou, ainda, no momento em que interpôs o seu recurso ordinário, não pode ser auferida mediante mera análise do montante por ele recebido ao longo da relação empregatícia. Nos termos da lei, a confirmação acerca da inveracidade da declaração econômica há que ser efetivamente comprovada, assertiva que não se pode simplesmente presumir em razão de situações econômicas eventualmente anteriormente vivenciadas pelo litigante judicial.

Recurso de revista **conhecido e provido**.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n. TST-RR-11000-61.2001.5.02.0040, em que é Recorrente MOISÉS DE AQUINO e Recorrida IMPRENSA OFICIAL DO ESTADO S.A. – IMESP.

O agravo de instrumento interposto pelo reclamante foi provido em sessão realizada em 7.5.2014, para determinar o processamento do recurso de revista.

É o relatório.

## VOTO

### AGRAVO DE INSTRUMENTO

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região deu provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada, para afastar o benefício da Justiça gratuita que havia sido deferido ao reclamante.

A decisão regional ficou assim fundamentada:

#### “Da justiça gratuita

Argumenta a recorrente que, para o deferimento dos benefícios da assistência judiciária gratuita, é necessário que o trabalhador comprove efetivamente a sua condição de miserabilidade, o que, no seu entender, não ocorreu no caso vertente. Invoca como indicativo da inexistência da condição de pobreza do empregado o fato de que ele procurou um advogado particular e não o seu sindicato.

A questão referente às benesses da justiça gratuita no processo do trabalho, que assegura a isenção do pagamento das custas processuais, vem disciplinada no § 3º do art. 790 da CLT, o qual estabelece a faculdade ao juiz do trabalho de conceder tal benefício àqueles que percebem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou aos que declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou o de sua família.

Da referida norma não se extrai, entretanto, a existência de definição de forma especial

de apresentação da declaração a que se refere, nem a necessidade de que a parte esteja assistida por seu sindicato de classe.

Assim sendo, a despeito do entendimento que o julgador possa adotar sobre a aplicação da Lei n. 1.060/50 no processo do trabalho quanto à assistência judiciária quando o sindicato não patrocina a causa do trabalhador, não parece despropositado sustentar que, diante da lacuna da lei processual trabalhista, o magistrado do trabalho deva se valer do regramento dessa lei, devidamente atualizado por alterações subsequentes, para solução dos conflitos que surjam a esse respeito.

Cumprido, de outro modo, ressaltar que a perspectiva da Lei n. 1.060/50 é o processo civil, onde o princípio da gratuidade não é adotado. Ao contrário da Justiça do Trabalho, na qual, independentemente da condição econômica e financeira do trabalhador, não há exigência do pagamento de custas para a propositura de ação. Tal observação se presta a demonstrar que a adoção das regras previstas na Lei n. 1.060/50 de modo algum importa na ampliação desmedida de benefícios às partes que demandam nesta Justiça Especializada.

Pois bem. O art. 4º da Lei n. 1.060/50, que foi alterado pela Lei n. 7.510/86, estabelece que a “parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo”. Parece evidente, portanto, que o intento do legislador foi acabar com as exigências formais anteriores que tratavam do meio próprio de comprovação do estado de pobreza. Neste sentido, concluo que a referida alteração do art. 4º da lei em comento impôs a revogação da própria Lei n. 7.115/83, isto porque o § 3º do mesmo art. 4º, que se referia expressamente aos antigos ‘atestados de pobreza’ que, por sua vez, foram substituídos pelas declarações indicadas na Lei n. 7.115/83, foi revogado.

Desta forma, tenho que não subsistem as exigências formais antes estabelecidas pela Lei n. 7.115/83 e que, portanto, o exercício da faculdade estabelecida no § 3º do art. 790 da CLT não pode ficar condicionado à apresentação de declaração de próprio punho do trabalhador, tampouco àquela expedida por autoridades ou mesmo à representação processual pelo sindicato da categoria.

Concluo, então, que, também no processo do trabalho e com muito mais razão, a declaração pessoal da parte ou por seu advogado (mesmo sem poderes específicos para tanto, consoante Orientação Jurisprudencial n. 331 do TST) durante o curso processual basta para facultar ao juiz a concessão da isenção de custas.

Assim, sem perda da reverência àqueles que adotam entendimento diverso, ousou destacar que a questão nodal nesta matéria não parece ser a forma. A questão da forma, na verdade, está a encobrir o problema real, que consiste no abuso, por parte de advogados e demandantes na Justiça do Trabalho, na formulação de tais requerimentos.

Contudo, também da Lei n. 1.060/50 são extraídos os recursos necessários para coibir tais abusos, recursos estes presentes no § 1º do art. 4º e no *caput* do art. 5º, que não se incompatibilizam com a regra do § 3º do art. 790 da CLT. Portanto, tratando-se de faculdade do juiz e possuindo ele fundadas razões para indeferir o requerimento, poderá fazê-lo e, além disso, impor ao demandante que falsamente declarar estado de pobreza o pagamento de até o décuplo do valor das custas. Também na sistemática da referida lei, a parte adversa está legitimada a impugnar o requerimento formulado, podendo, assim, contribuir com informações que bem fundamentem a decisão do magistrado.

É certo que a adoção de tal regramento impõe o exame caso a caso, mas não é menos certo que evitará os absurdos que

hoje ocorrem em nome do formalismo. A persistir a sistemática de simplesmente exigir a apresentação de declaração nos termos da revogada Lei n. 7.115/83, trabalhadores de baixa renda que, por qualquer motivo, não apresentam a referida declaração ficam privados do benefício que teriam direito, enquanto que outros, não necessariamente pobres, se bem orientados a fazer a declaração, se beneficiam indevidamente.

Cumprido destacar, ademais, que toda a legislação ordinária a respeito dessa matéria deve ser interpretada à luz do preceito maior inserido no inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal, nos seguintes termos: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

Com efeito, tal enunciado indica que os benefícios da justiça gratuita devem ser concedidos a todos que comprovarem insuficiência financeira para custear o processo. A esse respeito, vale a pena transcrever as observações de Cândido Rangel Dinamarco, às páginas 676-677 da obra *Instituições de Direito Processual Civil*, Segundo Volume, 3ª edição, Editora Malheiros:

“A incapacidade de custear a defesa judicial de direitos e interesses não é pura incapacidade econômica, como os dizeres da lei poderiam fazer pensar ao aludir à situação econômica do interessado (LAJ, art. 1º, par.). Aquele que tem bens, mas não dispõe de liquidez, é também merecedor dos benefícios da assistência judiciária; a Constituição Federal apoia esse entendimento, ao falar em insuficiência de recursos (art. 5º, inc. LXXIV), sendo sabido que recursos significa dinheiro. Mas não tem direito à gratuidade aquele que dispõe de recursos financeiros (rendimentos, poupança) ainda quando seu patrimônio ativo seja muito inferior ao valor das obrigações pelas quais responde (insolvência, desequilíbrio econômico) — do contrário, toda falência seria

gratuita para o empresário sujeito a ela, pois o desequilíbrio econômico é requisito para que progrida. Melhor é falar em insuficiência financeira, no trato desse requisito da assistência judiciária.”

Feitas essas ponderações, concluo que os benefícios da gratuidade judiciária devem ser outorgados aos pobres, assim considerados pela lei todos que percebam remuneração até o limite de dois salários mínimos, e a todos que comprovem não dispor de recursos financeiros suficientes ao custeio das despesas processuais, sem prejuízo de seu próprio sustento ou o de sua família.

A declaração da parte requerente, sob as penas da lei, cria presunção *juris tantum*, que por isso pode ser desconstituída, seja pela oposição da parte adversária, seja pela convicção do julgador, formada pelos elementos de prova existentes nos autos, conforme disciplina a já citada Lei n. 1.060/50.

No caso em debate, o pedido de justiça gratuita foi formulado na reconvenção à fl. 57, sendo que a remuneração do reconvinente, segundo ele próprio, remontava à quantia de R\$ 4.968,00 (fl. 48), que suplanta em muito o valor correspondente ao dobro do salário mínimo legal.

Assim, a declaração do patrono à fl. 57, ao que tudo indica, não é sincera, não podendo ser deferidos os benefícios da gratuidade judiciária com base nela.

Neste contexto, tenho como não comprovada a exigência constitucional para o deferimento da justiça gratuita, razão por que rejeito a pretensão de isenção do pagamento de custas e despesas processuais, conforme a faculdade estabelecida no § 3º do art. 790 da CLT.

Reformo.” (destacou-se e grifou-se — págs. 1.106-1.110)

O reclamante alegou, nas razões do recurso de revista, que, na hipótese, foi cumprido um dos requisitos exigidos para a concessão do

benefício da Justiça gratuita, disposto no art. 790, § 3º, da CLT, qual seja, a declaração do postulante acerca da sua situação de dificuldade econômica a ponto de não poder arcar com as custas do processo, de forma que o indeferimento do pedido, importa em ofensa ao mencionado dispositivo e, ainda, aos arts. 5º, inciso, LXXIV, da Constituição Federal, 790, § 3º, da CLT, 4º, § 1º, da Lei n. 1.060/50 e 1º, da Lei n. 7.115/83 e contrariou a Orientação Jurisprudencial n. 304 da SBDI-1 do TST. Trouxe arestos para o confronto de teses.

O Juízo de admissibilidade regional denegou seguimento ao seu recurso de revista, em decisão assim fundamentada:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO/PARTES E PROCURADORES/ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA.

Alegação(ões):

- contrariedade à(s) OJ(s) n. 340, SDI-I/TST.
- violação do(s) art(s). 5º, LXXIV da CF.
- violação do(s) art(s). 790, § 3º da CLT, 1º da Lei n. 7.115/83 e 4º, § 1º da Lei n. 1.060/50.
- divergência jurisprudencial.

Insurge-se contra o v. acórdão que asseverou que não restou comprovada a exigência constitucional para o deferimento da justiça gratuita.

Consta do v. Acórdão:

*Argumenta a recorrente que, para o deferimento dos benefícios da assistência judiciária gratuita, é necessário que o trabalhador comprove efetivamente a sua condição de miserabilidade, o que, no seu entender, não ocorreu no caso vertente. Invoca como indicativo da inexistência da condição de pobreza do empregado o fato de que ele procurou um advogado particular e não o seu sindicato.*

*A questão referente às benesses da justiça gratuita no processo do trabalho, que assegura*

a isenção do pagamento das custas processuais, vem disciplinada no § 3º do art. 790 da CLT, o qual estabelece a faculdade ao juiz do trabalho de conceder tal benefício àqueles que percebem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou aos que declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou o de sua família.

Da referida norma não se extrai, entretanto, a existência de definição de forma especial de apresentação da declaração a que se refere, nem a necessidade de que a parte esteja assistida por seu sindicato de classe.

Assim sendo, a despeito do entendimento que o julgador possa adotar sobre a aplicação da Lei n. 1.060/50 no processo do trabalho quanto à assistência judiciária quando o sindicato não patrocina a causa do trabalhador, não parece despropositado sustentar que, diante da lacuna da lei processual trabalhista, o magistrado do trabalho deva se valer do regramento dessa lei, devidamente atualizado por alterações subsequentes, para solução dos conflitos que surjam a esse respeito.

Cumpre, de outro modo, ressaltar que a perspectiva da Lei n. 1.060/50 é o processo civil, onde o princípio da gratuidade não é adotado. Ao contrário da Justiça do Trabalho, na qual, independentemente da condição econômica e financeira do trabalhador, não há exigência do pagamento de custas para a propositura de ação. Tal observação se presta a demonstrar que a adoção das regras previstas na Lei n. 1.060/50 de modo algum importa na ampliação desmedida de benefícios às partes que demandam nesta Justiça Especializada.

Pois bem. O art. 4º da Lei n. 1.060/50, que foi alterado pela Lei n. 7.510/86, estabelece que a “parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo”. Parece evidente, portanto, que o intento do legislador foi acabar com as exigências formais

anteriores que tratavam do meio próprio de comprovação do estado de pobreza. Neste sentido, concluo que a referida alteração do art. 4º da lei em comento impôs a revogação da própria Lei n. 7.115/83, isto porque o § 3º do mesmo art. 4º, que se referia expressamente aos antigos ‘atestados de pobreza’ que, por sua vez, foram substituídos pelas declarações indicadas na Lei n. 7.115/83, foi revogado.

Desta forma, tenho que não subsistem as exigências formais antes estabelecidas pela Lei n. 7.115/83 e que, portanto, o exercício da faculdade estabelecida no § 3º do art. 790 da CLT não pode ficar condicionado à apresentação de declaração de próprio punho do trabalhador, tampouco àquela expedida por autoridades ou mesmo à representação processual pelo sindicato da categoria.

Concluo, então, que, também no processo do trabalho e com muito mais razão, a declaração pessoal da parte ou por seu advogado (mesmo sem poderes específicos para tanto, consoante Orientação Jurisprudencial n. 331 do TST) durante o curso processual basta para facultar ao juiz a concessão da isenção de custas.

Assim, sem perda da reverência àqueles que adotam entendimento diverso, ousou destacar que a questão nodal nesta matéria não parece ser a forma. A questão da forma, na verdade, está a encobrir o problema real, que consiste no abuso, por parte de advogados e demandantes na Justiça do Trabalho, na formulação de tais requerimentos.

Contudo, também da Lei n. 1.060/50 são extraídos os recursos necessários para coibir tais abusos, recursos estes presentes no § 1º do art. 4º e no caput do art. 5º, que não se incompatibilizam com a regra do § 3º do art. 790 da CLT. Portanto, tratando-se de faculdade do juiz e possuindo ele fundadas razões para indeferir o requerimento, poderá fazê-lo e, além disso, impor ao demandante que falsamente declarar estado de pobreza o pagamento de até o décuplo do valor das

custas. Também na sistemática da referida lei, a parte adversa está legitimada a impugnar o requerimento formulado, podendo, assim, contribuir com informações que bem fundamentem a decisão do magistrado.

É certo que a adoção de tal regramento impõe o exame caso a caso, mas não é menos certo que evitará os absurdos que hoje ocorrem em nome do formalismo. A persistir a sistemática de simplesmente exigir a apresentação de declaração nos termos da revogada Lei n. 7.115/83, trabalhadores de baixa renda que, por qualquer motivo, não apresentam a referida declaração ficam privados do benefício que teriam direito, enquanto que outros, não necessariamente pobres, se bem orientados a fazer a declaração, se beneficiam indevidamente.

Cumpra destacar, ademais, que toda a legislação ordinária a respeito dessa matéria deve ser interpretada à luz do preceito maior inserido no inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal, nos seguintes termos: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

Com efeito, tal enunciado indica que os benefícios da justiça gratuita devem ser concedidos a todos que comprovarem insuficiência financeira para custear o processo. A esse respeito, vale a pena transcrever as observações de Cândido Rangel Dinamarco, às páginas 676-677 da obra Instituições de Direito Processual Civil, Segundo Volume, 3ª edição, Editora Malheiros:

“A incapacidade de custear a defesa judicial de direitos e interesses não é pura incapacidade econômica, como os dizeres da lei poderiam fazer pensar ao aludir à situação econômica do interessado (LAJ, art. 1º, par.). Aquele que tem bens, mas não dispõe de liquidez, é também merecedor dos benefícios da assistência judiciária; a Constituição Federal apoia esse entendimento, ao falar em insuficiência de recursos (art. 5º, inc. LXXIV),

sendo sabido que recursos significa dinheiro. Mas não tem direito à gratuidade aquele que dispõe de recursos financeiros (rendimentos, poupança) ainda quando seu patrimônio ativo seja muito inferior ao valor das obrigações pelas quais responde (insolvência, desequilíbrio econômico) — do contrário, toda falência seria gratuita para o empresário sujeito a ela, pois o desequilíbrio econômico é requisito para que progrida. Melhor é falar em insuficiência financeira, no trato desse requisito da assistência judiciária.”

Feitas essas ponderações, concluo que os benefícios da gratuidade judiciária devem ser outorgados aos pobres, assim considerados pela lei todos que percebam remuneração até o limite de dois salários mínimos, e a todos que comprovem não dispor de recursos financeiros suficientes ao custeio das despesas processuais, sem prejuízo de seu próprio sustento ou o de sua família. A declaração da parte requerente, sob as penas da lei, cria presunção juris tantum, que por isso pode ser desconstituída, seja pela oposição da parte adversária, seja pela convicção do julgador, formada pelos elementos de prova existentes nos autos, conforme disciplina a já citada Lei n. 1.060/50.

No caso em debate, o pedido de justiça gratuita foi formulado na reconvenção à fl. 57, sendo que a remuneração do reconvinente, segundo ele próprio, remontava à quantia de R\$ 4.968,00 (fl. 48), que suplanta em muito o valor correspondente ao dobro do salário mínimo legal.

Assim, a declaração do patrono à fl. 57, ao que tudo indica, não é sincera, não podendo ser deferidos os benefícios da gratuidade judiciária com base nela.

Neste contexto, tenho como não comprovada a exigência constitucional para o deferimento da justiça gratuita, razão por que rejeito a pretensão de isenção do pagamento de custas e despesas processuais, conforme a faculdade estabelecida no § 3º do art. 790 da CLT.

*Não obstante as afrontas legais/constitucionais aduzidas, bem como os dissensos interpretativos suscitados, inviável o apelo, uma vez que a matéria, tal como tratada no v. acórdão e posta nas razões recursais, reveste-se de contornos nitidamente fático-probatórios, cuja reapreciação, em sede extraordinária, é diligência que encontra óbice na Súmula n. 126 do C. Tribunal Superior do Trabalho.*

## CONCLUSÃO

DENEGO seguimento ao Recurso de Revista.

Após a publicação, decorrido o prazo legal sem a interposição de recurso, os autos retornarão à Vara de origem, ficando dispensada a emissão de certidão de trânsito em julgado, nos termos do art. 146 da Consolidação das Normas da Corregedoria Regional – Provimento GP/CR n. 13/2006.” (p. 1.139-1.143)

Denegado seguimento ao seu recurso de revista, o reclamante interpõe agravo de instrumento com vistas ao provimento daquele recurso.

Com razão, o reclamante.

A controvérsia trata de se perquirir sobre a obrigação legal imposta à autoridade judiciária, de deferir o benefício da Justiça gratuita à parte que se declarar impossível de arcar com as despesas processuais no caso de existirem nos autos elementos “supostamente” contrários à declaração de hipossuficiência do postulante.

A Lei n. 1.060/50 dispõe, em seu art. 4º e § 1º, sobre a garantia do benefício da Justiça gratuita que é assegurada a todos aqueles que litigam judicialmente e que não podem arcar com as despesas do recolhimento das custas processuais, impondo como única condição a esse deferimento que assim se declararem mediante simples afirmação na petição inicial acerca da sua situação econômica, presumindo-se a veracidade dessa declaração, exceto

quando houver provas em sentido contrário, conforme se observa, *in verbis*:

“Art. 4º A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

§ 1º Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.”

O art. 790, § 3º, da CLT, da mesma forma, dispõe como uma das condições em que deve ser deferido o benefício da Justiça gratuita, a simples declaração da parte postulante, no sentido de não poder arcar com as custas processuais judiciais sem que tenha prejuízo do seu sustento ou da sua família, estatuinto que “É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família”.

Conforme se extrai da leitura dos dispositivos de lei mencionados, a simples afirmação da parte no sentido de estar impossibilitado de arcar com as custas do processo sem que lhe advenham prejuízos econômicos em razão desse ônus, gera a presunção *juris tantum* acerca dessa declaração, somente reputando-a inverídica em caso de ocorrer efetiva comprovação contrária à circunstância alegada.

Assim, a declaração de insuficiência econômica para demandar em Juízo gera ao litigante judicial o direito de estar isento de arcar com as custas processuais, salvo comprovação em sentido contrário.

Na hipótese, não se constata, no acórdão regional, a existência de prova contundente contrária à declaração de hipossuficiência econômica do autor.

Com efeito, a decisão regional foi proferida mediante análise de elementos fáticos contidos nos autos, em que se declinaram os valores pecuniários percebidos pelo reclamante ao longo do seu contrato de trabalho, mormente daquele percebido na época em que se deu a rescisão contratual.

Tem-se, no entanto, que a situação econômica experimentada pelo autor — que, conforme mencionado, teve o seu contrato de trabalho rescindido — na ocasião em que ajuizou a reclamação trabalhista ou, ainda, no momento em que interpôs o seu recurso ordinário, não pode ser auferida mediante mera análise do montante por ele recebido ao longo da relação empregatícia, tampouco do valor remuneratório percebido à época da rescisão contratual.

Com efeito, a confirmação acerca da inveracidade da declaração econômica há que ser efetivamente comprovada, assertiva que não se pode simplesmente presumir em razão de situações econômicas eventualmente anteriormente vivenciadas pelo litigante judicial.

Nesse sentido, citam-se os seguintes precedentes desta Corte, *in verbis*:

“RECURSO DE EMBARGOS — REGÊNCIA PELA LEI N. 11.496/2007 — ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA — PRESSUPOSTOS — DECLARAÇÃO DE MISERABILIDADE — PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* — PREMISSAS ANTERIORES À DECLARAÇÃO — MANUTENÇÃO DA VALIDADE DO CONTEÚDO DECLARADO. Tem-se como atendidos os requisitos da Lei n. 5.584/70 (art. 14, § 2º), para a concessão da assistência judiciária, pela simples afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial, para se considerar configurada a sua situação econômica (art. 4º, § 1º, da Lei n. 7.510/86, que deu nova redação à Lei n. 1.060/50). A referida declaração, com o intuito de obter os benefícios da assistência judiciária gratuita, goza de presunção relativa, admitindo, portanto, prova em contrário. Assim, embora milite em favor do declarante presunção acerca do estado

de sua hipossuficiência, ao juiz não é defesa a análise do conjunto fático-probatório que circunda as alegações da parte. Todavia, a incursão nas provas constantes dos autos deve se restringir àquelas que descrevam situações contemporâneas ou posteriores ao período em que firmada a declaração, de sorte que subsidiem, fidedignamente, a contrariedade aos termos constantes da declaração. Na espécie, louvou-se o julgador da premissa de que o reclamante, ora pretendente ao benefício, auferira, quando do rompimento do contrato de trabalho, vultosa quantia a título indenizatório, desmerecendo a indicação da parte de que não poderia arcar com despesas processuais. No entanto, o fato que desabonaria a declaração firmada, não se afigura suficiente para tal, não só pelo aspecto da não contemporaneidade com a declaração, que fora firmada muito após o rompimento do contrato, como também pelo fato de que a percepção da indenização, quando já decorrido longo período, não denota que permaneça a parte vivenciando a mesma situação econômica. Recurso de embargos conhecido e provido.” (E-ED-RR-683100-82.2007.5.12.0037, relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de Julgamento: 14.6.2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Data de publicação: DEJT 22.6.2012.)

“(…) JUSTIÇA GRATUITA. PDV. RECEBIMENTO DE ALTO VALOR. POBREZA JURÍDICA. CARACTERIZAÇÃO. Hipótese em que o simples fato de o autor ter recebido alta soma a título de indenização do PDV, circunstancial que é, por si só, não ilustra a situação financeira dele oito meses após a cessação do contrato de trabalho e nos tempos vindouros, até porque sujeita-se à duração do processo (como é sabido, demanda longos anos), e, nesse tempo, à intempérie que resulte no estado de pobreza jurídica e, conseqüentemente, a necessidade da justiça gratuita. Nesse contexto, não se pode presumir que o autor possa custear as despesas do processo até o fim, principalmente se informa que se encontra, desde a ruptura do contrato de trabalho, desempregado. Em verdade, a matéria já se encontra pacificada nesta

Corte, por meio da OJ n. 304 da SBDI-1, a qual mantém a forma e a presunção legal de veracidade do pedido de concessão da justiça gratuita, por simples afirmação da parte ou de seu advogado, na petição inicial, que é o quanto basta à configuração de sua situação econômica. A assistência judiciária gratuita é um direito da parte e um poder dever do estado-juiz em concedê-la quando satisfeito o requisito legal. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-141600-20.2006.5.12.0008, relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho. Data de julgamento: 15.8.2012, 6ª Turma. Data de publicação: DEJT 17.8.2012.)

“RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE — ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA — PRESSUPOSTOS — DECLARAÇÃO DE MISERABILIDADE — PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* — PREMISSAS ANTERIORES À DECLARAÇÃO — MANUTENÇÃO DA VALIDADE DO CONTEÚDO DECLARADO. Tem-se atendidos os requisitos da Lei n. 5.584/70 (art. 14, § 2º), para a concessão da assistência judiciária, pela simples afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial, para se considerar configurada a sua situação econômica (art. 4º, § 1º, da Lei n. 7.510/86, que deu nova redação à Lei n. 1.060/50). Referida declaração, com o intuito de obter os benefícios da assistência judiciária gratuita, goza de presunção relativa, admitindo, portanto, prova em contrário. Assim, embora milite em favor do declarante presunção acerca do estado de sua insuficiência, ao juiz é possível a análise do conjunto fático-probatório que circunda as alegações da parte. Todavia, a incursão nas provas constantes dos autos deve se restringir àquelas que descrevam situações contemporâneas ou posteriores ao período em que firmada a declaração, de sorte que subsidiem, fidedignamente, a contrariedade aos termos constantes da declaração. Na espécie, louvou-se o julgador da premissa de que o reclamante, ora pretendente ao benefício, auferira, quando do rompimento do contrato de trabalho, vultosa quantia a título indenizatório, desmerecendo a indicação da parte de que não poderia arcar com despesas processuais. No entanto,

o fato que desabonaria a declaração firmada não se afigura suficiente para tal, não só pelo aspecto da não contemporaneidade com a declaração, que fora firmada muito após o rompimento do contrato, como também pelo fato de que a percepção da indenização, quando já decorrido longo período, não denota que permaneça a parte vivenciando a mesma situação econômica. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-151300-97.2008.5.02.0082, relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de julgamento: 26.6.2013, 7ª Turma. Data de publicação: DEJT 30.8.2013.)

Ademais, convém registrar que, ainda que o litigante judicial possua bens materiais — que, via de regra, não permitem liquidação imediata —, tal circunstância, por si só, não afasta o seu direito ao benefício da assistência judiciária gratuita.

Nesses termos, a decisão regional, em que se indeferiu o benefício da Justiça gratuita ao autor, em pese esse tenha declarado não poder arcar com as custas processuais, e não se conheceu do seu recurso ordinário, foi proferida em possível ofensa aos arts. 790, § 3º, da CLT e 4º, § 1º, da Lei n. 1.060/50.

Ante o exposto, **dou provimento** ao agravo de instrumento, para determinar o processamento do recurso de revista, a ser julgado na primeira sessão ordinária subsequente à data de publicação da certidão de julgamento deste agravo de instrumento, nos termos da Resolução Administrativa n. 1.418/2010.

## **RECURSO DE REVISTA**

### **BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA**

#### **I – CONHECIMENTO**

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região deu provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada, para afastar o benefício da Justiça gratuita que havia sido deferido ao reclamante.

A decisão regional ficou assim fundamentada:

#### “Da justiça gratuita

Argumenta a recorrente que, para o deferimento dos benefícios da assistência judiciária gratuita, é necessário que o trabalhador comprove efetivamente a sua condição de miserabilidade, o que, no seu entender, não ocorreu no caso vertente. Invoca como indicativo da inexistência da condição de pobreza do empregado o fato de que ele procurou um advogado particular e não o seu sindicato.

A questão referente às benesses da justiça gratuita no processo do trabalho, que assegura a isenção do pagamento das custas processuais, vem disciplinada no § 3º do art. 790 da CLT, o qual estabelece a faculdade ao juiz do trabalho de conceder tal benefício àqueles que percebem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou aos que declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou o de sua família.

Da referida norma não se extrai, entretanto, a existência de definição de forma especial de apresentação da declaração a que se refere, nem a necessidade de que a parte esteja assistida por seu sindicato de classe.

Assim sendo, a despeito do entendimento que o julgador possa adotar sobre a aplicação da Lei n. 1.060/50 no processo do trabalho quanto à assistência judiciária quando o sindicato não patrocina a causa do trabalhador, não parece despropositado sustentar que, diante da lacuna da lei processual trabalhista, o magistrado do trabalho deva se valer do regramento dessa lei, devidamente atualizado por alterações subsequentes, para solução dos conflitos que surjam a esse respeito.

Cumpra, de outro modo, ressaltar que a perspectiva da Lei n. 1.060/50 é o processo civil, onde o princípio da gratuidade não é

adotado. Ao contrário da Justiça do Trabalho, na qual, independentemente da condição econômica e financeira do trabalhador, não há exigência do pagamento de custas para a propositura de ação. Tal observação se presta a demonstrar que a adoção das regras previstas na Lei n. 1.060/50 de modo algum importa na ampliação desmedida de benefícios às partes que demandam nesta Justiça Especializada.

Pois bem. O art. 4º da Lei n. 1.060/50, que foi alterado pela Lei n. 7.510/86, estabelece que a “parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo”. Parece evidente, portanto, que o intento do legislador foi acabar com as exigências formais anteriores que tratavam do meio próprio de comprovação do estado de pobreza. Neste sentido, concluo que a referida alteração do art. 4º da lei em comento impôs a revogação da própria Lei n. 7.115/83, isto porque o § 3º do mesmo art. 4º, que se referia expressamente aos antigos ‘atestados de pobreza’ que, por sua vez, foram substituídos pelas declarações indicadas na Lei n. 7.115/83, foi revogado.

Desta forma, tenho que não subsistem as exigências formais antes estabelecidas pela Lei n. 7.115/83 e que, portanto, o exercício da faculdade estabelecida no § 3º do art. 790 da CLT não pode ficar condicionado à apresentação de declaração de próprio punho do trabalhador, tampouco àquela expedida por autoridades ou mesmo à representação processual pelo sindicato da categoria.

Concluo, então, que, também no processo do trabalho e com muito mais razão, a declaração pessoal da parte ou por seu advogado (mesmo sem poderes específicos para tanto, consoante Orientação Jurisprudencial n. 331 do TST) durante o curso processual basta para facultar ao juiz a concessão da isenção de custas.

Assim, sem perda da reverência àqueles que adotam entendimento diverso, ouso destacar que a questão nodal nesta matéria não parece ser a forma. A questão da forma, na verdade, está a encobrir o problema real, que consiste no abuso, por parte de advogados e demandantes na Justiça do Trabalho, na formulação de tais requerimentos.

Contudo, também da Lei n. 1.060/50 são extraídos os recursos necessários para coibir tais abusos, recursos estes presentes no § 1º do art. 4º e no *caput* do art. 5º, que não se incompatibilizam com a regra do § 3º do art. 790 da CLT. Portanto, tratando-se de faculdade do juiz e possuindo ele fundadas razões para indeferir o requerimento, poderá fazê-lo e, além disso, impor ao demandante que falsamente declarar estado de pobreza o pagamento de até o décuplo do valor das custas. Também na sistemática da referida lei, a parte adversa está legitimada a impugnar o requerimento formulado, podendo, assim, contribuir com informações que bem fundamentem a decisão do magistrado.

É certo que a adoção de tal regramento impõe o exame caso a caso, mas não é menos certo que evitará os absurdos que hoje ocorrem em nome do formalismo. A persistir a sistemática de simplesmente exigir a apresentação de declaração nos termos da revogada Lei n. 7.115/83, trabalhadores de baixa renda que, por qualquer motivo, não apresentam a referida declaração ficam privados do benefício que teriam direito, enquanto que outros, não necessariamente pobres, se bem orientados a fazer a declaração, se beneficiam indevidamente.

Cumprido destacar, ademais, que toda a legislação ordinária a respeito dessa matéria deve ser interpretada à luz do preceito maior inserido no inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal, nos seguintes termos: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

Com efeito, tal enunciado indica que os benefícios da justiça gratuita devem ser concedidos a todos que comprovarem insuficiência financeira para custear o processo. A esse respeito, vale a pena transcrever as observações de Cândido Rangel Dinamarco, às páginas 676-677 da obra *Instituições de Direito Processual Civil*, Segundo Volume, 3ª edição, Editora Malheiros:

“A incapacidade de custear a defesa judicial de direitos e interesses não é pura incapacidade econômica, como os dizeres da lei poderiam fazer pensar ao aludir à situação econômica do interessado (LAJ, art. 1º, par.). Aquele que tem bens, mas não dispõe de liquidez, é também merecedor dos benefícios da assistência judiciária; a Constituição Federal apoia esse entendimento, ao falar em insuficiência de recursos (art. 5º, inc. LXXIV), sendo sabido que recursos significa dinheiro. Mas não tem direito à gratuidade aquele que dispõe de recursos financeiros (rendimentos, poupança) ainda quando seu patrimônio ativo seja muito inferior ao valor das obrigações pelas quais responde (insolvência, desequilíbrio econômico) — do contrário, toda falência seria gratuita para o empresário sujeito a ela, pois o desequilíbrio econômico é requisito para que progrida. Melhor é falar em insuficiência financeira, no trato desse requisito da assistência judiciária.”

Feitas essas ponderações, concluo que os benefícios da gratuidade judiciária devem ser outorgados aos pobres, assim considerados pela lei todos que percebam remuneração até o limite de dois salários mínimos, e a todos que comprovem não dispor de recursos financeiros suficientes ao custeio das despesas processuais, sem prejuízo de seu próprio sustento ou o de sua família.

A declaração da parte requerente, sob as penas da lei, cria presunção *juris tantum*, que por isso pode ser desconstituída, seja pela oposição da parte adversária, seja pela

convicção do julgador, formada pelos elementos de prova existentes nos autos, conforme disciplina a já citada Lei n. 1.060/50.

No caso em debate, o pedido de justiça gratuita foi formulado na reconvenção à fl. 57, sendo que a remuneração do reconvinente, segundo ele próprio, remontava à quantia de R\$ 4.968,00 (fl. 48), que suplanta em muito o valor correspondente ao dobro do salário mínimo legal.

Assim, a declaração do patrono à fl. 57, ao que tudo indica, não é sincera, não podendo ser deferidos os benefícios da gratuidade judiciária com base nela.

Neste contexto, tenho como não comprovada a exigência constitucional para o deferimento da justiça gratuita, razão por que rejeito a pretensão de isenção do pagamento de custas e despesas processuais, conforme a faculdade estabelecida no § 3º do art. 790 da CLT.

Reformo.” (destacou-se e grifou-se — p. 1.106-1.110)

O reclamante alega, nas razões do recurso de revista, que, na hipótese, foi cumprido um dos requisitos exigidos para a concessão do benefício da Justiça gratuita, disposto no art. 790, § 3º, da CLT, qual seja, a declaração do postulante acerca da sua situação de dificuldade econômica a ponto de não poder arcar com as custas do processo, de forma que o indeferimento do pedido, importa em ofensa ao mencionado dispositivo e, ainda, aos arts. 5º, inciso, LXXIV, da Constituição Federal, 790, § 3º, da CLT, 4º, § 1º, da Lei n. 1.060/50 e 1º, da Lei n. 7.115/83 e contrariou a Orientação Jurisprudencial n. 304 da SBDI-1 do TST. Traz arestos para o confronto de teses.

Com razão, o reclamante.

A controvérsia trata de se perquirir sobre a obrigação legal imposta à autoridade judiciária, de deferir o benefício da Justiça gratuita à parte que se declarar impossível de arcar com as despesas processuais no caso de existirem

nos autos, elementos “supostamente” contrários à declaração de hipossuficiência do postulante.

A Lei n. 1.060/50 dispõe, em seu art. 4º e § 1º, sobre a garantia do benefício da Justiça gratuita que é assegurada a todos aqueles que litigam judicialmente e que não podem arcar com as despesas do recolhimento das custas processuais, impondo como única condição a esse deferimento que assim se declararem mediante simples afirmação na petição inicial acerca da sua situação econômica, presumindo-se a veracidade dessa declaração, exceto quando houver provas em sentido contrário, conforme se observa, *in verbis*:

“Art. 4º A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

§ 1º Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.”

O art. 790, § 3º, da CLT, da mesma forma, dispõe como uma das condições em que deve ser deferido o benefício da Justiça gratuita, a simples declaração da parte postulante, no sentido de não poder arcar com as custas processuais judiciais sem que tenha prejuízo do seu sustento ou da sua família, estatuinto que “É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família”.

Conforme se extrai da leitura dos dispositivos de lei mencionados, a simples afirmação da parte no sentido de estar impossibilitado de arcar com as custas do processo sem que lhe

advenham prejuízos econômicos em razão desse ônus, gera a presunção *juris tantum* acerca dessa declaração, somente reputando-a inverídica em caso de ocorrer efetiva comprovação contrária à circunstância alegada.

Assim, a declaração de insuficiência econômica para demandar em Juízo gera ao litigante judicial o direito de estar isento de arcar com as custas processuais, salvo comprovação em sentido contrário.

Na hipótese, não se constata, no acórdão regional, a existência de prova contundente contrária à declaração de hipossuficiência econômica do autor.

Com efeito, a decisão regional foi proferida mediante análise de elementos fáticos contidos nos autos, em que se declinaram os valores pecuniários percebidos pelo reclamante ao longo do seu contrato de trabalho, mormente daquele percebido na época em que se deu a rescisão contratual.

Tem-se, no entanto, que a situação econômica experimentada pelo autor — que, conforme mencionado, teve o seu contrato de trabalho rescindido — na ocasião em que ajuizou a reclamação trabalhista ou, ainda, no momento em que interpôs o seu recurso ordinário, não pode ser auferida mediante mera análise do montante por ele recebido ao longo da relação empregatícia, tampouco do valor remuneratório percebido à época da rescisão contratual.

Com efeito, a confirmação acerca da inveracidade da declaração econômica há que ser efetivamente comprovada, assertiva que não se pode simplesmente presumir em razão de situações econômicas eventualmente anteriormente vivenciadas pelo litigante judicial.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte, *in verbis*:

“RECURSO DE EMBARGOS — REGÊNCIA PELA LEI N. 11.496/2007 — ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA — PRESSUPOSTOS — DECLARAÇÃO DE MISERABILIDADE — PRESUNÇÃO *JURIS*

*TANTUM* — PREMISSAS ANTERIORES À DECLARAÇÃO — MANUTENÇÃO DA VALIDADE DO CONTEÚDO DECLARADO. Tem-se como atendidos os requisitos da Lei n. 5.584/70 (art. 14, § 2º), para a concessão da assistência judiciária, pela simples afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial, para se considerar configurada a sua situação econômica (art. 4º, § 1º, da Lei n. 7.510/86, que deu nova redação à Lei n. 1.060/50). A referida declaração, com o intuito de obter os benefícios da assistência judiciária gratuita, goza de presunção relativa, admitindo, portanto, prova em contrário. Assim, embora milite em favor do declarante presunção acerca do estado de sua hipossuficiência, ao juiz não é defesa a análise do conjunto fático-probatório que circunda as alegações da parte. Todavia, a incursão nas provas constantes dos autos deve se restringir àquelas que descrevam situações contemporâneas ou posteriores ao período em que firmada a declaração, de sorte que subsidiem, fidedignamente, a contrariedade aos termos constantes da declaração. Na espécie, louvou-se o julgador da premissa de que o reclamante, ora pretendente ao benefício, auferira, quando do rompimento do contrato de trabalho, vultosa quantia a título indenizatório, desmerecendo a indicação da parte de que não poderia arcar com despesas processuais. No entanto, o fato que desabonaria a declaração firmada, não se afigura suficiente para tal, não só pelo aspecto da não contemporaneidade com a declaração, que fora firmada muito após o rompimento do contrato, como também pelo fato de que a percepção da indenização, quando já decorrido longo período, não denota que permaneça a parte vivenciando a mesma situação econômica. Recurso de embargos conhecido e provido.” (E-ED-RR-683100-82.2007.5.12.0037, relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de julgamento: 14.6.2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Data de publicação: DEJT 22.6.2012.)

“(…) JUSTIÇA GRATUITA. PDV. RECEBIMENTO DE ALTO VALOR. POBREZA JURÍDICA. CARACTERIZAÇÃO. Hipótese

em que o simples fato de o autor ter recebido alta soma a título de indenização do PDV, circunstancial que é, por si só, não ilustra a situação financeira dele oito meses após a cessação do contrato de trabalho e nos tempos vindouros, até porque sujeita-se à duração do processo (como é sabido, demanda longos anos), e, nesse tempo, à intempérie que resulte no estado de pobreza jurídica e, conseqüentemente, a necessidade da justiça gratuita. Nesse contexto, não se pode presumir que o autor possa custear as despesas do processo até o fim, principalmente se informa que se encontra, desde a ruptura do contrato de trabalho, desempregado. Em verdade, a matéria já se encontra pacificada nesta Corte, por meio da OJ n. 304 da SBDI-1, a qual mantém a forma e a presunção legal de veracidade do pedido de concessão da justiça gratuita, por simples afirmação da parte ou de seu advogado, na petição inicial, que é o quanto basta à configuração de sua situação econômica. A assistência judiciária gratuita é um direito da parte e um poder dever do estado-juiz em concedê-la quando satisfeito o requisito legal. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-141600-20.2006.5.12.0008, relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho. Data de julgamento: 15.8.2012, 6ª Turma. Data de publicação: DEJT 17.8.2012.)

“RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE — ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA — PRESSUPOSTOS — DECLARAÇÃO DE MISERABILIDADE — PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* — PREMISSAS ANTERIORES À DECLARAÇÃO — MANUTENÇÃO DA VALIDADE DO CONTEÚDO DECLARADO. Tem-se atendidos os requisitos da Lei n. 5.584/70 (art. 14, § 2º), para a concessão da assistência judiciária, pela simples afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial, para se considerar configurada a sua situação econômica (art. 4º, § 1º, da Lei n. 7.510/86, que deu nova redação à Lei n. 1.060/50). Referida declaração, com o intuito de obter os benefícios da assistência judiciária gratuita, goza de presunção relativa, admitindo, portanto, prova em contrário. Assim, embora milite

em favor do declarante presunção acerca do estado de sua insuficiência, ao juiz é possível a análise do conjunto fático-probatório que circunda as alegações da parte. Todavia, a incursão nas provas constantes dos autos deve se restringir àquelas que descrevam situações contemporâneas ou posteriores ao período em que firmada a declaração, de sorte que subsidiem, fidedignamente, a contrariedade aos termos constantes da declaração. Na espécie, louvou-se o julgador da premissa de que o reclamante, ora pretendente ao benefício, auferira, quando do rompimento do contrato de trabalho, vultosa quantia a título indenizatório, desmerecendo a indicação da parte de que não poderia arcar com despesas processuais. No entanto, o fato que desabonaria a declaração firmada não se afigura suficiente para tal, não só pelo aspecto da não contemporaneidade com a declaração, que fora firmada muito após o rompimento do contrato, como também pelo fato de que a percepção da indenização, quando já decorrido longo período, não denota que permaneça a parte vivenciando a mesma situação econômica. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-151300-97.2008.5.02.0082, relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de julgamento: 26.6.2013, 7ª Turma. Data de publicação: DEJT 30.8.2013.)

Ademais, convém registrar que, ainda que o litigante judicial possua bens materiais — que, via de regra, não permitem liquidação imediata — tal circunstância, por si só, não afasta o seu direito ao benefício da assistência judiciária gratuita.

Nesses termos, a decisão regional, em que se indeferiu o benefício da Justiça gratuita ao autor, em pese este tenha declarado não poder arcar com as custas processuais, e não se conheceu do seu recurso ordinário, foi proferida em ofensa frontal aos arts. 790, § 3º, da CLT e 4º, § 1º, da Lei n. 1.060/50.

**Conheço** do recurso de revista, por violação dos arts. 790, § 3º, da CLT e 4º, § 1º, da Lei n. 1.060/50.

## II – MÉRITO

A consequência lógica do conhecimento do recurso de revista por ofensa aos arts. 790, § 3º, da CLT e 4º, § 1º, da Lei n. 1.060/50 é o seu provimento.

**Dou provimento** ao recurso de revista para deferir o benefício da Justiça gratuita ao autor, isentando-o do ônus de recolher as custas processuais.

### ISTO POSTO

**ACORDAM** os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por

maioria, conhecer do recurso de revista por violação dos arts. 790, § 3º, da CLT e 4º, § 1º, da Lei n. 1.060/50 e, no mérito, dar-lhe provimento para deferir o benefício da Justiça gratuita ao autor, isentando-o do ônus de recolher as custas processuais. Vencido o Exmo. Ministro Renato de Lacerda Paiva.

Brasília, 14 de maio de 2014.

Firmado por assinatura digital (Lei n. 11.419/2006)

**JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA,**

Ministro relator

# Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

Processo: 0000529-94.2011.5.15.0000

Seção de Dissídios Coletivos — SDC

Dissídio Coletivo de Natureza Jurídica com Pedido de Liminar

Suscitantes: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico e Eletrônico e de Fibra Óptica de Campinas, Indaiatuba, Americana, Monte Mór, Valinhos, Nova Odessa, Paulínia, Sumaré e Hortolândia

Suscitados: SPI Indústria e Comércio de Produtos Automotivas Ltda.

Letande Indústria e Comércio Ltda.

Letaflex Comércio de Sistemas Automotivos Ltda. — ME

Marjoan Participação em Outras Empresas Ltda.

Almak Indústria e Comércio Ltda.

S & M Participações Societárias Ltda.

Mg Sul Sistemas Automotivos Ltda.

Origem: Secretaria do Tribunal Pleno

- **DEMISSÕES EM MASSA — MITIGAÇÃO AO PODER POTESTATIVO DA EMPRESA — NECESSIDADE DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA — PRESERVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES E DA COLETIVIDADE** — Inicialmente, a vedação à despedida arbitrária, prevista no art. 7º, Inciso I da Constituição Federal protege, apenas, os trabalhadores considerados individualmente, não havendo previsão quanto às dispensas coletivas. Nesse sentido, não existiria obrigatoriedade de prévia negociação para demissões em massa em razão do poder potestativo do empregador. Entretanto, o mais salutar, e porque não dizer o mais adequado às garantias sociais constitucionais é delegar aos Sindicatos e empresas a formalização de acordo para que se garantam direitos mínimos aos empregados, bem como, que os empregadores possam justificar a real necessidade dos rompimentos unilaterais dos contratos de trabalho. Portanto, a necessidade de uma prévia negociação coletiva se legitima, pois os trabalhadores somente poderiam se socorrer do judiciário através de ações individuais, o que, de pronto, não surtiria os efeitos sociais desejados. Deixando claro, que a dispensa de trabalhadores em massa não limita os efeitos sociais à esfera individual do trabalhador, mas sim, alcança toda a coletividade. Nesse sentido, nada obstante a falta de previsão legal quanto a proteção dos trabalhadores contra a demissão em massa, é fato, que a defesa de direitos coletivos 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”. Sendo assim, verificando-se

do objeto litigioso, que o Sindicato busca restabelecer a ordem jurídica quanto a hipotética impossibilidade de demissões em massa sem que haja negociação, incontroverso que a pretensão é de proteção aos direitos sociais do trabalho e não apenas dos direitos individuais dos demitidos. Ficando comprovado que o suscitado está agindo contra direitos fundamentais dos trabalhadores previstos na Constituição Federal, como os da Dignidade da Pessoa Humana, Valores Sociais do Trabalho, abusando de seu poder econômico e finalidades sociais, não submetendo à negociação coletiva a decisão de demitir trabalhadores em massa, tampouco, demonstrando a impossibilidade de utilização dos dispositivos previstos na CLT, capazes de minimizar os seus efeitos sociais, a tutela jurisdicional deve se dar no sentido de coibir tais atitudes.

## RELATÓRIO

Trata-se de *DISSÍDO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA COM PEDIDO DE LIMINAR*, proposto pelo *SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS METALÚRGICAS, MECÂNICAS E DE MATERIAL ELÉTRICO E ELETRÔNICO E DE FIBRA ÓPTICA DE CAMPINAS, INDAIATUBA, AMERICANA, MONTE MÓR, VALINHOS, NOVA ODESSA, PAULÍNIA, SUMARÉ E HORTOLÂNDIA* em face dos Requeridos, *SPI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS AUTOMOTIVAS LTDA., LETAFLEX COMÉRCIO DE SISTEMAS AUTOMOTIVOS LTDA., MARJOAN PARTICIPAÇÃO EM OUTRAS EMPRESAS LTDA., ALMAK INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., S & M PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS LTDA. e MG SUL SISTEMAS AUTOMOTIVOS LTDA.*

O Suscitante alega que os primeiro, segundo e terceiro Suscitados, constituem grupo de empresas que atuam no ramo de autopeças e que, até novembro de 2010, contavam com aproximadamente 150 funcionários. Nos meses de novembro, dezembro de 2010 e janeiro de 2011, as empresas demitiram cerca de 80 funcionários sem que houvesse pagamento de verbas rescisórias, liberação de FGTS, tampouco, fornecimento de guias para saque do FGTS e habilitação ao seguro-desemprego. O Suscitante alega que, após várias tentativas de solucionar a questão, recebeu denúncia de que os Suscitados estariam substituindo mão de obra por funcionários de outra empresa do

mesmo grupo econômico do Estado de Minas Gerais, mantendo-os em condições precárias em uma chácara na Cidade de Valinhos/SP. Ato contínuo, após denúncia formalizada junto ao MPT, a empresa confessou a dívida com os 80 funcionários demitidos e assinou Termo de Ajuste de Conduta, obrigando-se a pagar as verbas rescisórias até 30.1.2011, passar a quitar as rescisórias dentro do prazo legal a partir da assinatura, recolher o FGTS nos termos da Lei e efetuar o parcelamento do débito existente no prazo de 60 dias, bem como, em caso de aliciamento de trabalhadores trazidos de outros Estados, providenciar condições dignas de alojamento. O Suscitante alega que os Suscitados cumpriram parcialmente o ajuste, obrigando o Sindicato a ajuizar Ação, como substituto processual, com a finalidade de garantir aos trabalhadores o recebimento de seus haveres trabalhistas.

O Suscitante alega que, para sua surpresa, entre o final de fevereiro e início de março deste ano, os Suscitados demitiram um segundo grupo de trabalhadores que somam 30, substituindo-os por outros do mesmo grupo econômico ou, ainda, por terceirizados. Sustenta que as demissões não poderiam ter ocorrido sem que houvesse negociação prévia com o Sindicato, existindo violação aos Princípio e Normas Constitucionais protetivas dos direitos dos trabalhadores.

Afirma, o Suscitante, que a ausência de negociação prévia se deu por culpa dos Suscitados, já que, após inúmeras tentativas de

solução da controvérsia, com relação ao primeiro grupo de demitidos, ocorreu somente perante o MPT, o que resultou na assinatura de TAC com relação ao pagamento de verbas rescisórias, em nada se relacionando com os efeitos jurídicos aqui pretendidos, com vistas à ilegalidade das demissões em massa.

Nesse sentido, formula as seguintes pretensões:

- a) seja instaurada negociação com os Suscitados;
- b) frustrada a negociação, sejam julgados procedentes os pedidos do Dissídio de natureza jurídica, bem como declarado que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores;
- c) que se declarem nulas as demissões ocorridas entre os meses de fevereiro e março de 2011, bem como, que se condene os Suscitados a reintegrar os trabalhadores com pagamento de salários e direitos desde a demissão até a efetiva reintegração, proibindo-se a imediata compensação dos valores pagos a título de verbas rescisórias;
- d) que os três primeiros Suscitados sejam obstados em demitir outros empregados sem que exista prévia negociação com o Suscitante;
- e) com relação aos demitidos de novembro 2010 a janeiro 2011, que seja declarada a ausência de boa-fé objetiva dos três primeiros Suscitados, ao praticar a dispensa em massa sem negociação prévia, requerendo compensação financeira correspondente a 7 salários, bem como, que na hipótese de novas contratações para qualquer posto de trabalho, por dois anos a contar do trânsito em julgado da presente ação, sejam obrigadas a dar prioridade aos demitidos que se disponham e preencham as qualificações do cargo, com proibição de demissão arbitrária ou sem justa causa pelo prazo de dois anos;
- f) honorários advocatícios; e
- g) benefícios da Justiça Gratuita.

Designada Audiência para o dia 4.4.2011, compareceram as partes (fls. 281/282), ausentes os segundo, quarto, quinto e sétimo Suscitados. As partes se conciliaram e as Suscitadas se comprometeram a promover a quitação das verbas rescisórias aos demitidos, inclusive FGTS, com o acréscimo legal, fixando prazo para tanto, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 a cada trabalhador. O Suscitante se comprometeu a submeter a proposta aos trabalhadores, através de Assembleia Geral, individualizando os alcançados pelo acordo. O membro do MPT concordou com a avença, com ressalva pela manutenção dos efeitos do Termo de Ajuste de Conduta.

Conforme petição de fls. 288/289 e Ata da Assembleia, juntada às fls. 290/293, a proposta de conciliação foi rejeitada por unanimidade pelos trabalhadores.

A liminar postulada na inicial foi indeferida (fls. 314), determinando-se a reabertura da instrução processual e sendo aberto prazo aos Suscitados para, querendo, apresentarem suas defesas, indicando as provas que pretendiam produzir, bem como, ao Suscitante para manifestação e indicação de provas.

O primeiro Suscitado, às fls. 316/321, alega que após a crise financeira de 2008, sofreu significativa redução em seu faturamento, já que para manter seus clientes teve que reduzir os preços de seus produtos. Ato contínuo, sofreu redução em sua carteira de clientes, sendo obrigada a desativar a linha de produção da empresa, situada na Cidade de Valinhos/SP, reduzindo o quadro de funcionários. Alega, ainda, que no início do processo demissional, procurou o Sindicato Suscitante, bem como, o MPT para parcelamento das verbas rescisórias, já que não tinha como honrar com essas obrigações, contudo, sofreu vários ataques e resistência dos trabalhadores com ameaças de greve e fiscalizações do MPT, que culminaram com a desestabilização da empresa. Sustenta, também, que pressionado pelos trabalhadores, o Sindicato concordou com o parcelamento

das verbas rescisórias, contudo, não conseguiu cumprir o ajustado, o que culminou com várias reclamações trabalhistas individuais. Por fim, alega que vem cumprindo, na medida do possível, o contido no termo de ajuste de conduta firmado perante o MPT, bem como, formalizando acordos individuais para quitação das rescisórias em lides de natureza individual, juntando documentos aos autos a corroborar a sua tese defensiva. Requerendo o sobrestamento do feito para que comprove o cumprimento do TAC.

Em defesa (fls. 967/988), os Suscitados alegam serem fantasiosas as alegações do Suscitante de que houve demissão em massa, bem como, que não se sustenta a afirmação de que não houve prévia negociação para a efetivação das demissões, já que como dito pelo próprio Sindicato na inicial, tentou várias vezes acertar a situação com a empresa e, ainda, que houve aceitação sindical dos termos acordados no TAC perante o MPT. Ato contínuo, sustenta má-fé do Sindicato, já que postula nestes autos a reintegração dos trabalhadores demitidos e ajuíza, um dia antes de instaurar o presente Dissídio, Ação Coletiva perante a Primeira Vara do Trabalho de Campinas, formulando pedido de pagamento de multa do art. 477 da CLT, PLR e multa, FGTS e acréscimo de 40% e indenização por danos morais, nada mencionando quanto ao inadimplemento das verbas rescisórias. Como acima descrito, não nega as demissões, apenas se refere que não podem ser tidas como demissão em massa, bem como, as sustenta sob o fundamento de problemas de ordem financeira. Requer, preliminarmente, a declaração de inépcia da petição inicial em razão da incompatibilidade dos pedidos de pagamento de verbas rescisórias (Ação Coletiva) com o de Reintegração nestes autos, bem como pela carência do direito de Ação do Suscitante, por impossibilidade jurídica do pedido quanto à condenação solidária dos Suscitados. No mérito, sustenta que houve renúncia ao eventual direito de Reintegração pelo ajuizamento de Ação que revela pedido

incompatível com referido pleito e desistência de alguns empregados que formalizaram acordos individuais com expressa desistência do requerido neste Dissídio Coletivo. Por fim, nega os fatos narrados na inicial e sustenta que o ônus da prova quanto às alegações cabe ao Suscitante. Do exposto, sustenta serem indevidos os honorários advocatícios e indenização postulada pelo Suscitante, bem como, caso sobrevenha alguma condenação, requer a compensação/dedução de verbas já quitadas.

Em manifestação à defesa e documentos (fls. 1.054/1.060), o Suscitante sustenta que não postula a reintegração dos substituídos na Ação Coletiva, bem como, daqueles com os quais o Suscitado se obrigou perante ao MPT, para pagamento das verbas rescisórias. Alega que o presente Dissídio Coletivo foi proposto em razão do Suscitado ter demitido mais 30 trabalhadores em 2011, totalizando a rescisão contratual de 110 trabalhadores, dos 150 que possui em seus quadros, o que revela a demissão em massa, bem como, pelo fato de que tem contratado outros trabalhadores do mesmo grupo econômico e terceirizados para as funções dos demitidos. Reitera o pedido de pagamento de indenização compensatória, que não se confunde com o alegado em defesa de que se trata de indenização por danos morais. Alega que a ausência de negociação prévia decorreu de culpa do Suscitado. Por fim, reitera o pedido de nulidade das demissões em massa, já que não precedida de prévia negociação com o Suscitante.

Às fls. 1068 dos autos, foi encerrada a instrução processual sendo determinado o envio dos autos ao MPT, para manifestação.

Razões finais pelas partes às fls. 1.071/1.073 e 1.074/1.081.

Manifestação da D. Procuradoria às fls. 1.084/1.091, opinando pela extinção do processo sem julgamento do mérito, quanto aos pedidos de instauração de negociação coletiva, declaração de nulidade das demissões ocorridas entre fevereiro e março de 2011 e reintegração

ao emprego, declaração de abusividade das demissões ocorridas entre novembro 2010 e janeiro 2011 e fixação de compensação financeira, tudo em razão da falta de interesse de agir anterior e superveniente. Pela rejeição da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido com relação à solidariedade dos Suscitados e, no mérito, pela procedência dos pedidos de declaração de que é imprescindível a prévia negociação coletiva para a dispensa em massa de trabalhadores, declaração de que as Suscitadas devem observar a negociação prévia para as próximas demissões coletivas, sob pena de multa diária e o direito de preferência de contratação dos demitidos pelo prazo de dois anos, conferindo ampla publicidade, tudo como postulado na inicial.

É o Relatório.

## VOTO

### PRELIMINARES

#### **INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL — INCOMPATIBILIDADE DOS PEDIDOS DE PAGAMENTO DE VERBAS RESCISÓRIAS COM O DE REINTEGRAÇÃO**

Como dito alhures, o Suscitado argúi, preliminarmente, pela declaração de inépcia da petição inicial, em razão da incompatibilidade entre os pedidos de pagamento de verbas rescisórias e reintegração.

De início, cumpre deixar claro, que a petição inicial se revela em projeto de Sentença. Nesse sentido, deve conter os elementos subjetivos e objetivos da Ação, nestes, que compõem a causa de pedir e o pedido, devem existir os fatos e fundamentos jurídicos, bem como, o pedido mediato e imediato.

Havendo defeito insanável quanto à causa de pedir ou o pedido do autor da Ação, cabe ao julgador, em observância ao contido no art. 295 do CPC, indeferir a petição inicial por inépcia.

Na hipótese, a petição inicial não se revela inepta, pois não existem pedidos incompatíveis

entre si, como narrado pela defesa, já que a possível incompatibilidade decorre dos pedidos formulados em outra Ação, ou ainda, pelos acordos formalizados nas ações individuais relatados nos autos.

Não obstante isso, cumpre salientar, que o processo se cria com a finalidade de obtenção de uma decisão judicial que se pronuncie acerca do mérito da causa, entretanto, o julgador deve, *prima facie*, analisar se estão presentes as condições para que se alcance tal Decisão.

Trata-se, sempre, de uma análise do interesse-utilidade da tutela, já que os elementos da Ação, ou seja, partes, causa de pedir e pedido, nem sempre revelam a necessidade da atividade jurisdicional.

Portanto, tratando-se de causa obstativa e de ordem pública, deve o julgador, sempre que se deparar com a falta de uma das condições da Ação, extinguir o processo sem julgamento do mérito, pois a atividade jurisdicional não se presta a proferir decisões que não sejam de interesse ou úteis para as partes.

Resumindo, o acesso à jurisdição não é negado à parte que exerce o seu direito constitucional de Ação, entretanto, deve haver condições para que a atividade jurisdicional atue e alcance uma Decisão de mérito que ponha fim à lide.

Nesse sentido, o interesse processual decorre da necessidade/adequação da tutela jurisdicional pretendida.

Necessidade que se verifica através das alegações hipotéticas e razoáveis da parte e adequação ao tipo de provimento desejado.

No presente caso, ao menos em parte, não se encontra presente o binômio necessidade/adequação.

Nada obstante a grande discussão acerca da adequação da medida à pretensão do Suscitante, já que a natureza jurídica do Dissídio Coletivo, em princípio, seria meramente declaratória, as matérias discutidas nos autos revelam a necessidade de interpretação jurídica das

normas que dispõem sobre a possibilidade ou não das demissões em massa de trabalhadores.

Nesse sentido, a natureza jurídica da Decisão em Dissídio Coletivo de natureza jurídica, em um primeiro momento, é declaratória, já que se presta à análise de normas heterônomas, autônomas, sentenças normativas, etc., depois, para que se alcance a pacificação social do conflito, pode revestir-se de decisão condenatória, pois deve analisar e decidir acerca das pretensões formuladas.

Por outro lado, entendo que, com relação aos empregados demitidos, existem duas situações distintas trazidas aos autos, entretanto, o deslinde da questão é o mesmo.

Restou demonstrado nos autos, que nos meses de novembro, dezembro de 2010 e janeiro de 2011, as empresas demitiram cerca de 80 funcionários sem que houvesse pagamento de verbas rescisórias, liberação de FGTS, tampouco, fornecimento de guias para saque do FGTS e habilitação ao seguro desemprego.

O Suscitante alega que, após várias tentativas de solucionar a questão e denúncia formalizada junto ao MPT, a empresa confessou a dívida com os 80 funcionários demitidos e assinou Termo de Ajuste de Conduta, obrigando-se a pagar as verbas rescisórias até 30.1.2011, passar a quitar as rescisórias dentro do prazo legal a partir da assinatura, recolher o FGTS nos termos da Lei e efetuar o parcelamento do débito existente no prazo de 60 dias.

O Suscitante alega que os Suscitados cumpriram parcialmente o ajuste, obrigando o Sindicato a ajuizar Ação Coletiva, como substituto processual, com a finalidade de garantir aos trabalhadores o recebimento de seus haveres trabalhistas.

Nesse sentido, havendo a existência de TAC e ajuizamento de Ação Coletiva, onde se busca o pagamento das verbas rescisórias dos 80 demitidos, a presente medida se revela desnecessária, já que não há notícia nos autos de que referidos trabalhadores abriram mão de seus

haveres rescisórios na busca de serem reintegrados ao emprego.

Ademais, o próprio Suscitante às fls. 1.055, relata que, com relação a estes trabalhadores, não existe pretensão de reintegração, o que revela que a possível tutela jurisdicional perseguida, nestes autos, em nada irá lhes aproveitar.

Com relação aos demitidos entre o final de fevereiro e início de março deste ano, alega que os Suscitados demitiram um segundo grupo de trabalhadores que somam 30, substituindo-os por outros do mesmo grupo econômico ou, ainda, por terceirizados.

Nesse sentido, sustenta que as demissões não poderiam ter ocorrido sem que houvesse negociação prévia com o Sindicato, existindo violação aos Princípios e Normas Constitucionais protetivas dos direitos dos trabalhadores.

Postula, quanto a estes, que se declare a nulidade das demissões, bem como, que se condene os Suscitados a reintegrá-los com pagamento de salários e direitos, desde a demissão até a efetiva reintegração, proibindo-se a imediata compensação dos valores pagos a título de verbas rescisórias.

Entretanto, conforme se verifica dos autos, em especial, pelos inúmeros acordos judiciais que a empresa vem formalizando com os empregados demitidos, não há interesse coletivo que justifique a determinação judicial de reintegração, ocorrendo, na hipótese, a falta de interesse superveniente do ente coletivo na busca da tutela jurisdicional.

Some-se a isso, que na Audiência de fls. 281/282, o Suscitante e os Suscitados, entabularam acordo para pagamento parcelado das verbas rescisórias de todos os demitidos, o que estaria condicionado à aceitação dos trabalhadores que se manifestariam em Assembleia Geral.

Realizada a Assembleia (fls. 288/293), a proposta foi rejeitada por unanimidade, bem como, ficou demonstrado que os trabalhadores decidiram utilizar-se do judiciário para buscar o recebimento das verbas rescisórias e depósitos do FGTS (fls. 289).

Portanto, não há demonstração nos autos de que o interesse coletivo da categoria deságue na pretensão de provimento jurisdicional que determine a reintegração ao emprego.

Sendo assim, em razão da falta de interesse processual do Suscitante, decido extinguir o processo sem julgamento do mérito, quanto aos pedidos de instauração de negociação com os Suscitados, nulidade das demissões ocorridas entre os meses de fevereiro e março de 2011, condenação dos Suscitados a reintegrar os trabalhadores com pagamento de salários e direitos desde a demissão até a efetiva reintegração, proibição de compensação dos valores pagos a título de verbas rescisórias e com relação ao demitidos de novembro 2010 a janeiro 2011, declaração de ausência de boa-fé objetiva dos três primeiros Suscitados ao praticar a dispensa em massa sem negociação prévia, nos termos do Art. 267, Inciso VI do CPC.

### **CARÊNCIA DO DIREITO DE AÇÃO — IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO — SOLIDARIEDADE**

Impossibilidade jurídica, ocorre quando um pedido é expressamente repudiado pelo ordenamento jurídico, o que não se verifica no presente caso.

A carência do direito de ação por impossibilidade jurídica do pedido pressupõe a existência de uma norma que vede, expressamente, a pretensão do Autor à tutela jurisdicional.

Na hipótese, a questão relativa à condenação solidária dos Suscitados tem previsão no ordenamento jurídico e merece ser decidida junto com o mérito da causa.

Ademais, a análise das condições da Ação, na hipótese aqui colocada, remete àquela que se destina a verificar a legitimidade de parte dos Suscitados para que componham o polo passivo da demanda, o que, também, não lhes socorre.

Tratando-se de Ação que visa estabelecer responsabilidades decorrentes da relação de trabalho, não há que se falar em ilegitimidade de parte.

A análise da carência de Ação por ilegitimidade de parte, é feita de forma preliminar, o que não se adequa à Ação que busca estabelecer responsabilidades decorrentes do contrato de trabalho.

Nesse tipo de Ação, o que se verifica, preliminarmente, é o direito subjetivo do Autor em indicar aquele que entende ser responsável na relação jurídica material.

Portanto, em um primeiro momento, a relação que se estabelece é puramente processual não se relacionando com o pretense direito material.

Sendo assim, não se verifica qualquer prejuízo para a parte, quando o Juiz deixa para analisar a questão juntamente com o mérito.

A medida é totalmente compreensível, pois a relação jurídica material será analisada durante a fase instrutória e afastada a responsabilidade, opera-se a coisa julgada material. O que fulmina o direito do Autor em ajuizar novamente a Ação.

Rejeito.

### **MÉRITO**

#### **DISPENSA EM MASSA DE TRABALHADORES — NECESSIDADE DE NEGOCIAÇÃO PRÉVIA COM O SINDICATO REPRESENTATIVO DA CATEGORIA — PRIORIDADE DE RECONTRATAÇÃO DOS DEMITIDOS**

Em primeiro lugar, cumpre salientar que, em nosso ordenamento jurídico, não existe qualquer vedação à despedida arbitrária de trabalhadores em massa.

A vedação à despedida arbitrária, prevista no art. 7º, Inciso I da Constituição Federal, protege apenas, os trabalhadores considerados individualmente, não havendo previsão quanto às dispensas coletivas.

Nesse sentido, não existiria obrigatoriedade de prévia negociação para demissões em massa, em razão do poder potestativo do empregador, entretanto, o mais salutar, e porque não dizer

o mais adequado às garantias sociais constitucionais é delegar aos Sindicatos e empresas a formalização de acordo para que se garantam direitos mínimos aos empregados, bem como, que os empregadores possam justificar a real necessidade dos rompimentos unilaterais dos contratos de trabalho.

Portanto, a necessidade de uma prévia negociação coletiva se legitima, pois os trabalhadores somente poderiam se socorrer do judiciário através de ações individuais, o que, de pronto, não surtiria os efeitos sociais desejados, já que se teriam consumado referidas demissões.

Deixando claro que a dispensa de trabalhadores em massa não limita os efeitos sociais à esfera individual do trabalhador, mas, sim, alcança toda a coletividade.

O reconhecimento da entidade sindical, como representante dos trabalhadores, em uma situação em que estão em conflito, não direitos individuais *stricto sensu*, mas, sim, verdadeiros objetivos fundamentais do Estado, é salutar, já que o equilíbrio entre o capital e o trabalho tem por escopo o atingimento das finalidades sociais previstas constitucionalmente.

Como bem se sabe, as demissões de trabalhadores em grupo, na maioria das vezes, têm finalidade de adequar o funcionamento das empresas, administrativa ou financeiramente, à realidade do mercado.

Não obstante isso, referidas demissões, somente se justificam se decorrerem de momento histórico em que a empresa necessita adequar-se ao mercado ou reequilibrar-se financeiramente, o que não se verifica quando a finalidade é apenas substituir empregados e diminuir os seus custos.

Ademais, não se olvide que, na legislação trabalhista, existem diversos dispositivos, dos quais, o empregador pode se socorrer quando a mera situação do mercado não viabiliza a manutenção dos trabalhadores em suas atividades,

o que afasta a legitimidade das demissões em massa, já que, passada a crise, é fato que terá que recompor os seus quadros.

Nesse sentido, nada obstante a falta de previsão legal quanto à proteção dos trabalhadores contra a demissão em massa, é fato que a defesa de direitos coletivos, hipótese dos autos, 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”.

Sendo assim, o que se verifica do objeto litigioso, em relação ao Suscitante, é que busca restabelecer a ordem pública quanto à hipotética impossibilidade de demissões em massa, sem que haja negociação com o Sindicato, portanto, a proteção aos direitos sociais do trabalho e não apenas direitos individuais dos demitidos.

Com vistas a isso, cumpre estabelecer alguns esclarecimentos acerca da tutela inibitória pretendida nos presentes autos.

A tutela inibitória é Ação de Conhecimento preventiva que se destina a impedir a prática, a repetição ou a continuação de ato violador da ordem jurídica.

A Constituição Federal de 1988, assim disciplina em seu art. 5º, Inciso XXXV:

“nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

Verifica-se do texto constitucional que nenhuma Lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário “ameaça a direito”, portanto, a efetividade da tutela jurisdicional não se pode restringir à correção do efeito danoso, mas, sim, atuar antes mesmo da ocorrência do ato através de interpretação razoável de aplicação da Lei.

Por óbvio, que a tutela inibitória é voltada para futuro, ou seja, a possibilidade do evento danoso como consequência da prática do ato ilícito.

Sendo assim, havendo indícios de possibilidade de descumprimento de preceito legal, entendido aqui, aquele decorrente de direitos fundamentais, como por exemplo, os derivados do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Valores Sociais do Trabalho, entre outros, a tutela preventiva se legitima.

Resta claro, que as normas de direito material revelam um dever-ser abstrato, entretanto, é inegável que o comando normativo não é suficiente para coibir os ilícitos praticados pela sociedade, fato que, havendo fortes indícios de que a norma será descumprida, autoriza o Juiz, com base nos arts. 5º, Inciso XXXV da Constituição Federal, 84 do CDC e 461 do CPC, a utilizar-se da tutela inibitória para evitar tal violação.

No presente caso, resta claro, dos elementos de prova constantes dos autos, que os Suscitados estão agindo contra direitos fundamentais dos trabalhadores previstos na Constituição Federal, como os da Dignidade da Pessoa Humana, Valores Sociais do Trabalho, abusando de seu poder econômico e finalidades sociais, já que não houve negociação coletiva para tanto, tampouco, utilização das possibilidades legais previstas na CLT, de minimizar os efeitos sociais decorrentes da demissão coletiva.

Em razão da formalização de Termo de Ajuste de Conduta perante o MPT e da posição firmada pelo C. TST, de imprescindibilidade de negociação coletiva para a dispensa em massa para casos futuros, entendo que o pedido de compensação financeira para os demitidos deságua em duas situações que merecem ponderação.

Com relação àqueles demitidos nos meses de novembro, dezembro de 2010 e janeiro de 2011, ou seja, 80 trabalhadores, não se pode falar em compensação financeira, já que não vislumbro a falta de boa-fé objetiva. Ocorre que as partes compareceram ao MPT onde formalizaram o indigitado TAC e a empresa se obrigou, conforme os termos descritos alhures. Portanto, entendo que até a assinatura

do TAC, que diga-se, houve acordo para pagamento de verbas rescisórias, nada referindo à falta de boa-fé objetiva dos suscitados ou de reintegração dos trabalhadores, não se pode falar em qualquer compensação financeira aos demitidos.

No que diz respeito aos demitidos entre o final de fevereiro e início de março deste ano, que somam 30, a situação é outra. Entendo que o embate entre a empresa e ente sindical, que culminou com a formalização do TAC, trouxe a lume que não se poderia demitir outro grupo de trabalhadores sem que houvesse prévia negociação com o ente sindical.

Nesse sentido, entendo que se adapta à hipótese a postulada compensação financeira para estes trabalhadores, pois notória a falta de boa-fé objetiva da empresa em continuar demitindo trabalhadores sem negociação prévia com o ente sindical.

Portanto, deverão os primeiro, segundo e terceiros suscitados pagar aos demitidos entre o final de fevereiro e início de março de 2011, uma compensação financeira de duas vezes o valor do aviso-prévio de cada trabalhador, até o limite de R\$ 7.000,00.

Visando prevenir a possível violação à ordem jurídica e proteger direitos, entendidos aqui, os dos trabalhadores e da coletividade, merece procedência o pedido do Suscitante de que as Suscitadas se abstenham de promover novas demissões coletivas sem que submetam suas decisões à negociação coletiva, sob pena de multa no valor de R\$ 10.000,00 por trabalhador demitido, a ser revertida em favor da entidade sindical, de acordo com o art. 461 do CPC.

Ainda, verificando-se dos autos que as primeira, segunda e terceira Suscitadas, sob a alegação de problemas de ordem econômica, portanto, transitórios, tentam justificar a demissão em massa dos trabalhadores, entendo que merece procedência o pedido de prioridade aos demitidos que se disponham e preencham as qualificações do cargo, para que ocupem os postos eventualmente disponíveis na empresa.

Nesse sentido, devem as primeira, segunda e terceiras Suscitadas garantir ampla publicidade, dos postos de trabalho disponíveis, aos trabalhadores demitidos, pelo período de dois anos, dando-lhes prioridade nas futuras contratações, desde que se disponham e preencham as qualificações para a ocupação do cargo, sob pena de multa no valor de R\$ 10.000,00, a ser revertida em favor do trabalhador que não seja notificado ou que, preenchendo as qualificações para a ocupação do cargo, seja preterido, de acordo com o art. 461 do CPC.

Com relação à solidariedade, deixo claro, de início, que resta incontroverso dos autos que as empresas formam grupo econômico.

Entretanto, as obrigações de fazer e não fazer se destinam apenas às primeira, segunda e terceiras Suscitadas, e as eventuais multas pelo descumprimento, devem ser suportadas por todas as empresas do grupo econômico.

Acolho parcialmente, os pedidos iniciais.

Indefiro o pedido do Sindicato suscitante de concessão dos benefícios da Justiça Gratuita, já que não sendo pessoa física, por óbvio, que não preenche os requisitos legais.

## **CONCLUSÃO**

**DIANTE DO EXPOSTO, DECIDO: REJEITAR AS PRELIMINARES ARGUIDAS,** extinguir o processo sem julgamento do mérito, quanto aos pedidos de instauração de negociação com os Suscitados, nulidade das demissões ocorridas entre os meses de fevereiro e março de 2011, condenação dos Suscitados a reintegrar os trabalhadores com pagamento de salários e direitos desde a demissão até a efetiva reintegração, proibição de compensação dos valores pagos a título de

verbas rescisórias e com relação aos demitidos de novembro 2010 a janeiro 2011, declaração de ausência de boa-fé objetiva dos três primeiros Suscitados ao praticar a dispensa em massa sem negociação prévia e compensação financeira correspondente a 7 salários, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC E, **JULGAR PROCEDENTES, EM PARTE,** os pedidos para condenar os primeiro, segundo e terceiros suscitados a pagar aos demitidos entre o final de fevereiro e início de março de 2011, uma compensação financeira de duas vezes o valor do aviso-prévio de cada trabalhador, até o limite de R\$ 7.000,00, bem como para que se abstenham de promover novas demissões coletivas sem que submetam suas decisões à negociação coletiva, sob pena de multa no valor de R\$ 10.000,00 por trabalhador demitido, a ser revertida em favor da entidade sindical, de acordo com o art. 461 do CPC, para que as primeira, segunda e terceiras Suscitadas garantam ampla publicidade, dos postos de trabalho disponíveis, aos trabalhadores demitidos, pelo período de dois anos, dando-lhes prioridade nas futuras contratações, desde que se disponham e preencham as qualificações para a ocupação do cargo, sob pena de multa no valor de R\$ 10.000,00 a ser revertida em favor do trabalhador que não seja notificado ou que, preenchendo as qualificações para a ocupação do cargo, seja preterido, de acordo com o art. 461 do CPC.

Custas pelos Suscitados, no valor de R\$ 200,00, calculadas em 2% sobre o valor atribuído à causa.

**HELICIO DANTAS LOBO JUNIOR,**

Desembargador Relator

# Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

Processo: 00017544920135020063

Recurso Ordinário

Recorrente: Ministério Público do Trabalho

Recorrido: Centro Mix Mixagem e Produções Artísticas Ltda. EPP

Origem: 63ª Vara do Trabalho de São Paulo – SP

Competência: 3ª Turma

## Acórdão:

- ▶ **COMPETÊNCIA PARA APRECIÇÃO DO PLEITO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA TRABALHO INFANTIL** — É da Justiça do Trabalho a competência para apreciar pedido de autorização para ocorrência de trabalho por menores, que não guardam a condição de aprendizes nem tampouco possuem a idade mínima de dezesseis anos. Entendimento que emana da nova redação do art. 114, inciso I, da *Lex Fundamentalis*.

## RELATÓRIO

Adoto o relatório da sentença de fls. 178, da E. 63ª Vara do Trabalho de São Paulo, que declarou a incompetência desta Justiça Especializada para apreciar a matéria suscitada na ação e determinou a remessa dos autos à Justiça Comum Estadual, a fim de que o feito seja distribuído a uma das Varas da Infância e da Juventude da Comarca de São Paulo.

Recurso ordinário interposto pelo Ministério Público do Trabalho, às fls.187/203, no qual argui, em preliminar, nulidade da decisão proferida em razão do feito discutir interesse de crianças e adolescentes sem que tenha havido a obrigatória intervenção do Órgão Ministerial. No mérito sustenta a competência desta Justiça Especializada para apreciação da matéria.

Contrarrazões apresentadas às fls. 205/207.

## VOTO

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

## Nulidade da Decisão

O feito consiste em procedimento de jurisdição voluntária ajuizado pela autora, Centro Mix Mixagens e Produções Artísticas Ltda. EPP, no qual objetiva seja deferida autorização para que os menores elencados na inicial possam realizar serviços de dublagem, visto que não guardam a condição de aprendizes nem tampouco possuem a idade mínima de dezesseis anos de idade.

Na decisão de origem, a julgadora declarou a incompetência desta Justiça Especializada para apreciação da matéria, determinando o envio dos autos à Justiça Comum Estadual para sua imediata distribuição a uma das Varas da Infância e da Juventude da Comarca de São Paulo.

Com efeito, a questão do trabalho infantil se transformou em um problema latente na sociedade moderna, mormente na brasileira, motivo pelo qual o Estado não pode permanecer inerte e indiferente à sua gravidade.

A redação do art. 406 da CLT que atribui ao juiz da vara da infância e juventude a responsabilidade para autorizar o trabalho do menor não sobrevive à norma disposta no art. 114, inciso I, da *Lex Fundamentalis*, alterado pela Emenda Constitucional de n. 45/2004, na qual restou fixada a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar causas oriundas das relações de trabalho.

Note-se que o art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menor de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz.

Portanto, entendo que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus arts. 148 e 149, trata da competência material dos juízes da infância para conhecer de ações civis em assuntos alheios ao trabalho, tema para o qual o magistrado do Poder Judiciário Trabalhista está mais afeito, até porque conhece os meandros das relações travadas com fulcro na prestação de serviços e, portanto, sabe dos danos que esse pode trazer a quem tem a infância tolhida por tal atividade.

Neste contexto, vale lembrar que, em maio/2012, o Presidente do TST/CSJT, instituiu, no âmbito da Justiça do Trabalho, uma comissão permanente visando a erradicação do trabalho infantil.

Por conseguinte, este Regional, mediante a Portaria GP n. 34/2013, instituiu a comissão de erradicação do trabalho infantil e proteção do trabalho do adolescente e, por meio do Ato GP n. 19/2013, criou o juízo auxiliar da infância e juventude da Justiça do Trabalho, com a atribuição central de apreciar os pedidos de autorização para trabalho infantil.

Destarte, vejo como inafastável a competência do Judiciário Trabalhista para apreciar o presente feito.

Entretantes, ressalto, ainda, que, *in casu*, não restou observada a norma disposta no art. 82, inciso I, do Código de Processo Civil, que determina a necessidade do Ministério Público intervir “nas causas em que há interesses de incapazes”.

O mesmo diploma legal estabelece como consequência da inobservância da indigitada norma a nulidade do processo (art. 84 do CPC).

Note-se que o objetivo do legislador é colocar a salvo e conceder especial atenção no resguardo de direitos de quem não possui condições de defendê-los.

Desta feita, considerando o entendimento acima exarado quanto à competência desta Justiça Especializada para apreciar pedido de autorização de trabalho de menores de dezesseis anos e em razão do desrespeito à norma disposta no art. 82, inciso I, do CPC, declaro a nulidade do feito a partir de fl.178 e determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja dada vista dos autos ao Ministério Público do Trabalho para sua manifestação de direito, quando então deverá ser proferida decisão atinente.

Ante o exposto,

**ACORDAM** os Magistrados da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: **DAR PROVIMENTO** ao recurso ordinário interposto pelo Ministério Público do Trabalho para declarar a competência desta Justiça Especializada para apreciação de pedido de autorização de trabalho de menores de dezesseis anos, bem como a nulidade do feito a partir de fl.178, determinando o retorno dos autos à origem, a fim de que seja dada vista dos autos ao Ministério Público do Trabalho para sua manifestação de direito, quando então deverá ser proferida decisão atinente.

**ROSANA DE ALMEIDA BUONO,**

Desembargadora relatora

# Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

Processo: 00450-2013-066-03-00-0-RO

Recorrentes: Renan Coelho da Silva (1)

Caixa Econômica Federal (2)

Recorridas: As mesmas partes

Relator: Des. José Eduardo de Resende Chaves Júnior

## Ementa:

- ▶ **PRESCRIÇÃO TOTAL. SUPERAÇÃO DA SÚMULA N. 294/TST. ART. 169 DO CÓDIGO CIVIL – 1.** Com o advento do Novo Código Civil, ficou sedimentada a imprescritibilidade da ação declaratória de nulidade. Assim, não há mais falar em prescrição total de pretensão sobre alteração contratual lesiva ao empregado por ato único do empregador, pois o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação e nem convalesce pelo decurso do tempo, nos termos do art. 169 do Regramento Civilista (c/c art. 8º da CLT) que não tem correspondência na dogmática civil anterior, ficando, dessa maneira, superado o entendimento contido na Súmula n. 294 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. **2.** O art. 9º da CLT, que informa toda a lógica da teoria das nulidades no Direito do Trabalho, constitui o núcleo duro de proteção jurídica da ordem social do trabalho, o que torna impossível, assim, conferir-se maior eficácia tuitiva contra a nulidade dos atos entre iguais, que aquela praticada contra o ser humano em situação de subalterna assimetria social e econômica. **3.** A teoria do “ato único” do empregador foi construída a partir da antiga redação do art. 11 da CLT, cuja redação cogitava de “atos infringentes”, redação essa que foi superada, em obediência à dicção constitucional, que passou a tomar como critério, durante a vigência da relação de emprego, apenas a prescrição gradativa e parcial dos créditos. A prescrição total, na literalidade do preceito constitucional, é admitida tão somente após a cessão do contrato de trabalho.

Vistos os autos, relatados e discutidos os presentes recursos ordinários interpostos contra decisão proferida pelo MM. Juízo da Vara do Trabalho de Manhuaçu, em que figuram, como recorrentes, Renan Coelho da Silva e Caixa Econômica Federal; como recorridas, as mesmas partes.

## RELATÓRIO

O MM. Juiz Hitler Eustásio Machado Oliveira, da Vara do Trabalho de Manhuaçu, pela

r. sentença de fls. 3554-3572, cujo relatório adoto e a este incorporo, julgou os pedidos procedentes em parte e condenou a reclamada ao pagamento das parcelas alinhadas na conclusão.

Inconformado parcialmente com a decisão, o reclamante interpôs o recurso ordinário de fls. 3573-3590, em que pugna pelo afastamento da prescrição e, no mérito propriamente dito, insurge-se, em síntese, contra as decisões proferidas em relação a: duração da jornada,

cargos de confiança e de gestão; horas extras; integração dos reflexos sobre repousos semanais remunerados no cálculo de demais parcelas; reflexos das horas extras em gratificação semestral, APIPs e licença-prêmio; indenização pelo uso de veículo próprio para o serviço; reflexos do CTVA, adicional de incorporação, comissão de cargo, comissões e adicional de transferência em RSR, APIPs e licença-prêmio; diferenças salariais pela classificação de mercados; reflexos de parcelas a título de alimentação; promoções por merecimento; diferenças de vantagens pessoais; descontos previdenciários e fiscais; honorários advocatícios; correção monetária; reitera o pedido de tutela inibitória.

A reclamada recorreu adesivamente às fls. 3594-3609, em que sustenta a preliminar de litisconsórcio necessário e a prejudicial de prescrição total da pretensão alusiva a comissões de agendamento; alega julgamento *ultra petita* e insurge-se contra as decisões referentes a: manutenção do pagamento de CTVA; adicional de incorporação; horas extras.

Contrarrazões da reclamada às fls. 3613-3616 e do reclamante às fls. 3618-3624.

Preparo regular às fls. 3611-3612, pela reclamada; o reclamante é beneficiário da justiça gratuita.

Em suma, o relatório.

## **VOTO**

### **ADMISSIBILIDADE**

Conheço de ambos os recursos ordinários, por preenchidos todos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

### **MÉRITO**

### **RECURSO DO RECLAMANTE**

#### **DA PRESCRIÇÃO**

O MM. Juiz prolator da sentença acolheu a prescrição total arguida pela defesa, das pretensões alusivas a diferenças de vantagens pessoais, diferença salarial referente a promoções

por merecimento, horas extras decorrentes do aumento da jornada de 6 para 8 horas e pagamento de comissões por agencimento. Fundamentou-se que as alterações na forma de cálculo e até supressão do pagamento de tais parcelas decorreram de ato único do empregador, sendo as três primeiras desde a implantação do PCC — Plano de Cargos Comissionados — em 1998; a última, por novo ato único, no ano de 2004, ou seja, todas há mais de cinco anos antes da propositura da ação, de forma que estão irremediavelmente fulminadas pela prescrição total, nos termos da Súmula n. 294/TST.

Insurge-se o autor em razões de recurso ordinário, alegando que todas as referidas parcelas têm previsão em lei e são de trato sucessivo, de forma que não são alcançadas pela prescrição total, mas no máximo a parcial.

Demonstrou-se nos autos que, no ano de 1998, a reclamada implantou o PCC — Plano de Cargos Comissionados, de que resultaram alterações no contrato de trabalho, no que se refere ao cômputo de vantagens pessoais identificadas pelas rubricas 062 e 092 (ou 2062 e 2092), promoções por merecimento e elevação da jornada de 6 para 8 horas; posteriormente, já no ano de 2004, por ato do empregador, houve também alteração no pagamento de comissões por agencimento.

Em contrarrazões a reclamada sustenta que todas as alterações decorreram de ato único do empregador, há mais de cinco anos antes do ajuizamento da ação, motivo pelo qual toda a pretensão do autor está fulminada pela prescrição total.

Portanto, é incontroverso que houve alteração do contrato de trabalho, lesiva ao empregado, por ato unilateral do empregador, circunstância que torna nula referida alteração, nos termos do art. 468 da CLT, restando a questão sobre o prazo prescricional para se arguir a nulidade.

Entendo que a razão está com o autor.

Com o advento do Novo Código Civil, ficou sedimentada a imprescritibilidade da ação declaratória de nulidade. Assim, não há falar em prescrição total da pretensão alusiva às parcelas acima indicadas, pois o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação e nem convalida pelo decurso do tempo, nos termos do art. 169 do Regramento Civilista (sem correspondência no Código anterior), ficando superado o entendimento contido na Súmula n. 294 do C. TST.

Este é o entendimento de Pamplona Filho e Stolze Gagliano:

*O Novo Código Civil, seguindo este norte doutrinário, consagrou, em norma expressa, a imprescritibilidade da declaração de nulidade do negócio jurídico:*

*“Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalida pelo decurso do tempo.” (grifos nossos)*

*Contudo, a despeito de a lei haver firmado norma expressa a respeito, não é facilmente aceita a teoria da imprescritibilidade dos efeitos do ato nulo.*

(...)

*Preferível, por isso, é o entendimento de que a ação declaratória de nulidade é imprescritível, como, aliás, toda ação declaratória deve ser, mas os efeitos do ato jurídico — existente, porém nulo — sujeitam-se a prazo, que pode ser o prazo máximo prescricional para as pretensões pessoais (que, como se verá no capítulo próprio, foi reduzido pelo Novo Código de 20 para 10 anos) ou, como na maior parte dos casos, tratando-se de demanda de reparação civil, o novo prazo de 3 anos (CC-02, art. 206, § 3º, V).*

*Isso porque se a ação ajuizada for, do ponto de vista técnico, simplesmente declaratória, sua finalidade será apenas a de certificar uma situação jurídica da qual pende dúvida, o que jamais poderia ser objeto de prescrição.*

*Todavia, se a ação declaratória de nulidade for cumulada com pretensões condenatórias,*

*como acontece na maioria dos casos de restituição dos efeitos pecuniários ou indenização correspondente, admitir-se a imprescritibilidade seria atentar contra a segurança das relações sociais. Neste caso, entendemos que prescreve sim a pretensão condenatória, uma vez que não é mais possível retornar ao estado de coisas anterior. (In Novo curso de direito civil, volume I. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 427.)*

Assim, o que prescreve é a pretensão condenatória mês a mês, não a nulidade perpetrada em violação ao art. 9º da CLT.

Nem se alegue, por outro lado, que o disposto no precitado art. 169 do Código Civil não se aplicaria ao Direito Trabalho. A uma, porquanto tal integração normativa está expressamente no art. 8º da CLT.

A outra, porquanto a prevalecer tal entendimento estaria descumprido um dos fundamentos e pilares da República, cristalizado no primeiro artigo da Constituição — inciso IV — que consagra a supremacia do trabalho humano em nosso ordenamento.

O art. 9º da CLT, que informa toda a lógica da teoria das nulidades no Direito do Trabalho, constitui o núcleo duro de proteção jurídica da ordem social do trabalho, o que torna incompossível, assim, conferir-se maior eficácia tuitiva contra a nulidade dos atos entre iguais, que aquela praticada contra o ser humano em situação de subalterna assimetria social e econômica.

Não é demais observar, ainda, que a teoria do “ato único” do empregador foi construída a partir da antiga redação do art. 11 da CLT, cuja redação cogitava de “atos infringentes”, redação essa que foi superada, em obediência à dicção constitucional, que passou a tomar como critério, durante a vigência da relação de emprego, apenas a prescrição gradativa e parcial dos créditos. A prescrição total, na literalidade do preceito constitucional, é admitida tão somente após a cessão do contrato de trabalho.

Por outro lado, é sempre bom lembrar que a Constituição da República somente admite a prescrição total ocorrida após a cessão do contrato de trabalho. Durante a vigência da relação de emprego, a Carta Magna é expressa no sentido de apenas cogitar da prescrição parcial, dos créditos, não da ação declaratória do ato nulo.

A atual jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho aponta, inclusive, no sentido de neutralizar completamente a teoria do ato único, senão vejamos o exemplar julgado, da relatoria do Ministro Freire Pimenta:

*EMBASA. PRESCRIÇÃO PARCIAL. PROMOÇÕES TRIENAIS. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS DE 1986 REVOGADO PELO PLANO DE 1998. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE TRABALHO. PRETENSÃO FUNDADA NOS ARTS. 5º, INCISO XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 468 DA CLT. APLICAÇÃO DA PARTE FINAL DA SÚMULA N. 294 DO TST.*

*1. Discute-se, no caso, a prescrição incidente sobre a pretensão de pagamento de diferenças salariais decorrentes da concessão de promoções trienais anteriormente previstas no PCCS/86, que foi revogado com a instituição do PCCS/98. Para melhor analisar esta questão, é necessário estabelecer o verdadeiro alcance da Súmula n. 294 do TST e sua melhor interpretação, à luz dos arts. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal e 468 da CLT.*

*2. O referido verbete sumular trata da prescrição aplicável no caso de lesão periódica decorrente de alteração do pactuado e tem a seguinte redação: “Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.” A Súmula n. 294 desta Corte foi editada em 19.4.1989 e decorreu do cancelamento de dois outros verbetes sumulares, as Súmulas ns. 168 e 198 do TST. Extrai-se dessas súmulas que, inicialmente, a jurisprudência desta Corte era pacífica no sentido de que a prescrição trabalhista de trato sucessivo era sempre parcial, conforme dispunha a Súmula n. 168 do TST.*

*Posteriormente, houve uma alteração jurisprudencial, editando-se a Súmula n. 198, que foi mais restritiva ao estabelecer que a prescrição era parcial, exceto quando a lesão ao direito decorrer de ato único do empregador. Então, veio a Súmula n. 294 para mitigar o entendimento anteriormente adotado, prevendo que a prescrição será total, à exceção das hipóteses em que o direito em questão estiver também garantido em lei.*

*3. Não há dúvidas de que esses verbetes tratam da prescrição de direitos em uma relação jurídica continuativa, cuja situação lesiva se repete mês a mês, seja no caso de aplicação da prescrição parcial ou da total. No entanto, a questão primordial, ao se interpretar a Súmula n. 294 do TST, hoje vigente, é estabelecer o que é mais importante: a origem desse direito – contratual, legal ou previsto na Constituição Federal – ou a observância do princípio basilar do ordenamento justaltrabalhista, previsto nos arts. 444 e 468 da CLT, que protege o contrato de trabalho de qualquer alteração desfavorável, e do direito adquirido constitucionalmente assegurado, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República. O art. 444 da CLT trata da livre estipulação das condições de trabalho pelas partes contratantes, não sendo possível estabelecer, no entanto, condições que contravenham às disposições de proteção do trabalho, o que se combina e se harmoniza com o que dispõe o caput do art. 468 da CLT, que prevê: “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.*

*4. Como é sabido, esses dispositivos legais da CLT constituem a espinha dorsal do ordenamento jurídico trabalhista, imunizando e protegendo o contrato de trabalho de qualquer alteração que lhe seja desfavorável não se considerando a origem do direito em questão ou sua natureza, e encontra amparo constitucional no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, que assegura o direito adquirido. Aliás, esta Corte superior, ao analisar a aplicação do direito adquirido às alterações do contrato de trabalho por meio de norma interna da*

empresa, pacificou o entendimento de que qualquer modificação da norma regulamentar empresarial, posterior ao ingresso de um determinado empregado, que lhe seja prejudicial, será ineficaz em relação a ele, aplicando-se apenas para os futuros empregados. É o que se extrai do item I da Súmula n. 51 desta Corte, in verbis: “As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento”.

5. Ocorre que tal posicionamento também deve ser considerado para se concluir se a prescrição aplicável será parcial ou total, já que o mesmo Tribunal Superior que acertadamente proclama que qualquer alteração da norma regulamentar, posterior ao ingresso de um determinado empregado à empresa, que suprima ou diminua vantagens por ele antes já usufruídas, é inválida, nula ou ineficaz, de modo absoluto, em relação a ele, não pode, em inaceitável paradoxo lógico e jurídico, contraditoriamente considerar que nada disso existe ou vale, na hora de apreciar a prescrição do pedido de pagamento exatamente dessas mesmas parcelas, que se renovam mês a mês.

6. Embora seja correto afirmar que “não se descumpra norma contratual ou regulamentar não mais existente”, razão pela qual em princípio seria total a prescrição do pedido inicial de pagamento de alegadas diferenças salariais decorrentes da norma já revogada ou alterada pelo empregador há mais de cinco anos, mas ainda no curso do contrato de trabalho, é preciso perceber que essa norma só não mais existe para os empregados admitidos após o ato único de revogação ou de alteração dessa norma pelo empregador. Ou seja, nos casos em que houver direito adquirido de determinado empregado à manutenção, em contrato individual de trabalho de empregado incontroversamente contratado antes daquela revogação ou alteração daquelas vantagens contratuais (por força do art. 5º, XXXVI, da Constituição e do art. 468 da CLT), como também proclama, com igual força de precedente jurisprudencial, a Súmula n. 51, item I, do mesmo Tribunal Superior do Trabalho, ao menos para esse empregado terá havido o reiterado e sucessivo descumprimento

mensal, pelo empregador, de “norma contratual ou regulamentar ainda existente”, atraindo, assim, o entendimento, hoje já pacificado nesta Corte superior, de que o mero descumprimento de regulamento ainda existente não admite a incidência da prescrição total postulada pela reclamada, no caso em exame.

7. Ou seja, se a pretensão do reclamante, em abstrato, estiver fundamentada em possível reconhecimento de invalidade de alteração do contrato de trabalho por meio de norma interna in pejus, estará evidenciado que as lesões ao seu direito adquirido se renovam mês a mês. E, tendo esse direito base legal, porque teria sido incorporado definitivamente ao contrato de trabalho do empregado por força do art. 468 da CLT, e também constitucional, já que a Constituição Federal protege de forma absoluta o direito adquirido, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, é inafastável a conclusão de que se aplica sempre a prescrição parcial às pretensões de trato sucessivo, nos casos em que os empregados foram contratados em data anterior às alterações lesivas de seus contratos de trabalho.

8. Nesse sentido, aliás, vale destacar recentes e importantíssimas decisões da SBDI-1 do TST, em que se adotou o entendimento aqui exposto (E-ED-RR-83200-24.2008.5.03.0095, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, data de julgamento: 28.11.2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: 6.12.2013; e E-ED-RR-14300-32.2008.5.04.0007, redator Designado Ministro: Vieira de Mello Filho, data de julgamento: 13.2.2014, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, pendente de publicação).

9. No caso dos autos, o reclamante pleiteou o pagamento de diferenças salariais decorrentes da concessão de promoções trienais previstas no Plano de Cargos e Salários de 1986, revogado pelo Plano de Cargos e Salários de 1998. Tal pedido, como se verifica, está fundamentado na ofensa ao princípio da inalterabilidade contratual lesiva, previsto no art. 468 da CLT, e ao do direito adquirido, pois, para se julgar procedente ou não esta ação, faz-se necessário avaliar se, tendo sido o reclamante admitido sob a égide do PCCS/86, os direitos previstos

nesse plano, como a promoção trienal, teriam se incorporado ao seu patrimônio jurídico, não podendo ser atingidos pela alteração posterior decorrente da edição do novo PCCS/98. Ademais, está claro, na hipótese, que a lesão ao direito do reclamante se repete mês a mês, pois esse empregado recebe seu salário sem o acréscimo correspondente à parcela em questão. Diante disso, aplica-se a prescrição parcial, nos exatos termos da parte final da Súmula n. 294 do TST.

10. Saliente-se, por oportuno, que a SBDI-1 do TST também já adotou o entendimento de que, nas hipóteses em que a lesão ao direito, decorrente do descumprimento de norma regulamentar, é continuada, por envolver pagamento de prestações sucessivas, incide sempre a prescrição parcial, nos termos da Orientação Jurisprudencial n. 404 da SBDI-1 (E-RR-9967100-66.2003.5.04.0900, relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, data de julgamento: 1º.3.2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: 3.4.2012). No caso ora em exame, a alegação do reclamante é exatamente de descumprimento do Plano de Cargos e Salários de 1986, no que concerne às promoções trienais, ao argumento de que os direitos nesse plano assegurados teriam integrado seu patrimônio jurídico, não mais podendo ser suprimidos, não obstante a instituição de novo plano em 1998. Ou seja, para esse empregado, aquele primeiro plano continua vigente e está sendo descumprido mês a mês, motivo por que, assim como no precedente ora referido, a prescrição aplicável é a parcial.

11. É de se concluir, portanto, que, às pretensões de trato sucessivo fundadas na ofensa ao direito adquirido, consubstanciado no art. 5º,

inciso XXXVI, da Constituição Federal, e ao princípio da inalterabilidade contratual lesiva, previsto no art. 468 da CLT, aplica-se a prescrição parcial, nos exatos termos da parte final da Súmula n. 294 do TST, sem nenhuma necessidade de se alterar a redação atual desse preceito sumular. (Processo n. TST-RR-8300-52.2009.5.05.0007 – Redator designado, Ministro José Roberto Freire Pimenta, publicado em 4.4.2014.)

Nessa ordem de ideias, dou provimento ao recurso do reclamante para afastar a prescrição total, determinando o retorno dos autos ao MM. Juízo de origem, para exame dos pedidos como se entender de direito, que deverá considerar, tão somente, a incidência da prescrição parcial. Fica sobrestado o exame do restante das matérias recursais. Após, os autos deverão retornar a este Tribunal, independentemente da interposição de novo recurso pelas partes, para julgamento das demais questões sobrestadas.

## CONCLUSÃO

Isso posto, conheço dos recursos ordinários interpostos pelas partes; no mérito, dou provimento ao recurso do reclamante para afastar a prescrição total, determinando o retorno dos autos ao MM. Juízo de origem, para exame dos pedidos como se entender de direito, que deverá considerar, tão somente, a incidência da prescrição parcial. Fica sobrestado o exame do restante das matérias recursais. Após, os autos deverão retornar a este Tribunal, independentemente da interposição de novo recurso pelas partes, para julgamento das demais questões sobrestadas.

# Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

Processo TRT/SP: 0002734-95.2010.5.02.0064

Recurso Ordinário

Recorrente: Solange Muralis Vezys Verta Ludovice

Recorrido: Telefônica Brasil S/A.

Origem: 64ª Vara do Trabalho de São Paulo

## Acórdão:

- ▶ CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA — DEPÓSITO DE ROL PRÉVIO DE TESTEMUNHAS — INAPLICABILIDADE NA JUSTIÇA DO TRABALHO — O entendimento expresso tanto pelo art. 8º, parágrafo único, como pelo art. 769, ambos da CLT, em admitir a aplicação subsidiária, do direito processual comum naquilo em que houver omissão do estatuto celetizado, não se aplica na situação delineada pelo art. 407, do CPC (*“Incumbe às partes, no prazo que o juiz fixará ao designar a data da audiência, depositar em cartório o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, profissão, residência e o local de trabalho; omitindo-se o juiz, o rol será apresentado até 10 (dez) dias antes da audiência”*). Afinal, a estipulação sobre o comparecimento de testemunhas, nesta Justiça Especializada, tem previsão clara no art. 825, e seu parágrafo único, da CLT. Aludido dispositivo encerra determinação de que as testemunhas comparecerão à audiência, independentemente de notificação ou intimação, e, inclusive assevera que as testemunhas que não comparecerem serão intimadas de ofício ou a requerimento das partes, sujeitando-se, inclusive à condução coercitiva (parágrafo único, art. 825). Vê-se, pois, que o preceito celetista depreende duas previsões, ou seja, as testemunhas deverão comparecer à audiência ou, caso não compareçam, serão notificadas ou intimadas para tanto. Assim, não pode o intérprete querer dizer mais do que a lei. Desta forma, se a testemunha convidada deixa de comparecer à audiência, deve o Juiz de ofício, ou a requerimento da parte, intimá-la, sob pena de não o fazendo, limitar o amplo direito de defesa das partes, até mesmo porque o art. 825, da CLT não pode, e não deve, ser interpretado isoladamente, já que o mesmo ostenta um único parágrafo, o qual excepciona a regra contida no *caput*. Ademais, por se tratar de um múnus público, na hipótese de descumprimento da ordem, o absentismo injustificado sujeita o infrator à condução coercitiva e à aplicação de multa, nos termos do art. 730, da CLT. Recurso ordinário da reclamante conhecido e provido, anulando a decisão *“a quo”*, e determinando o retorno dos autos à instância de origem a fim de possibilitar a oitiva de testemunhas.

Inconformada com a r. sentença de fls. 150/152, cujo relatório adoto, que julgou im procedentes os pedidos da exordial, recorre ordinariamente a Reclamante (fls. 162/218), arguindo, em preliminar, a nulidade da r. decisão de origem sob a alegação de que foi cerceada em seu direito de defesa. No mérito, discute horas extras e reflexos; e adicional de periculosidade. Pede provimento.

Procuração outorgada pela Recorrente ao signatário nos exatos termos do art. 654 do Código Civil e do disposto na OJ-SDI-1 n. 373, do C. TST à fl. 16.

Custas pela Reclamante, satisfeitas à fl. 219.

Contrarrazões às fls. 223/233. Procuração outorgada pela recorrida ao signatário nos exatos termos do art. 654 do Código Civil e do disposto na OJ-SDI1-373, do C. TST às fls. 29 e 31 (substabelecimento).

É o relatório.

## VOTO

### CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos recursais objetivos e subjetivos, conheço do Recurso Ordinário.

### PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA

#### a) ROL PRÉVIO DE TESTEMUNHAS (fls. 164/167)

Sustenta a recorrente que a r. decisão de origem padece de viciosidade insanável. Inicialmente destaca que a determinação judicial para a apresentação prévia do rol de testemunhas atenta contra o teor do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, assim como vulnera o quanto preconizado no art. 845, da CLT. Argui, também, que houve total inversão processual, eis que o MM. Juízo de 1º grau procedeu à “... colheita de provas orais afetas à periculosidade postulada, mesmo antes da realização da pertinente, necessária e indispensável perícia técnica, velando dizer que a Meritíssima Vara “a quo” “presumiu” elementos técnicos, sem qualquer respaldo fático pretérito, em manifesta afronta

ao contido no art. 195, § 2º, do Diploma Consolidado (...)” (fls. 166/167).

Apresentou protestos (fl. 26), e, em manifestação à defesa (fls. 53/56), arguiu, preliminarmente, a nulidade do processado, em vista da imposição às partes da apresentação prévia do rol de testemunhas.

Pois bem.

Consta à fl. 24 do processado ordem de intimação publicada em 24.01.2011 para que a autora, em caso de apresentação de rol de testemunhas, o fizesse previamente para fins de notificação, devendo efetuar o protocolo na secretaria da Vara no prazo máximo de 05 (cinco) dias após a intimação, sob pena de preclusão.

Na hipótese dos autos, a determinação judicial está orientada de acordo com as disposições do art. 407, do CPC que alude à obrigatoriedade de as partes depositarem o rol de testemunhas em cartório.

*Concessa venia*, entendo que a apresentação prévia do rol de testemunhas não se aplica ao Processo do Trabalho diante da ausência de lacunosidade (art. 769, da CLT).

O art. 825, da CLT, *caput*, preconiza que as testemunhas comparecerão à audiência independentemente de notificação ou intimação. Atente-se para o parágrafo único do supracitado cânone celetista, *verbis*:

*“As (testemunhas) que não comparecerem serão intimadas, ex officio ou a requerimento da parte, ficando sujeitas à condução coercitiva, além das penalidades do art. 730, caso, sem motivo justificado, não atendam à intimação.”*

Atendo-se ao princípio da celeridade processual que deve nortear as ações trabalhistas, a legislação de regência suprimiu a exigência de intimação prévia das testemunhas, concedendo às partes, em um primeiro momento, a prerrogativa de convidarem as testemunhas a prestar depoimento.

Em caso de ausência da testemunha, o Juízo providenciará a sua intimação, haja vista se

tratar de múnus público. O absenteísmo injustificado sujeita o infrator à condução coercitiva e à aplicação de multa, nos termos do art. 730, da CLT<sup>(1)</sup>.

Observo que em razão da ausência das testemunhas, a audiência una deveria ter sido redesignada com espeque no art. 825, § 1º, da CLT, consoante requerimento formulado pela ora recorrente (fl. 26) e erroneamente indeferido pelo MM. Juízo de primeiro grau, caracterizando, assim ofensa ao art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, diante do evidente prejuízo daí advindo.

Diante do cenário que exsurge do caso concreto, restou evidente a desvantagem processual suportada pela autora, na medida em que lhe foi obstaculizada a possibilidade de produzir provas de audiência. Ressalte-se que a produção probatória, *in casu*, estava adstrita à manifestação do poder coercitivo do Magistrado, haja vista que a parte não pode obrigar a testemunha a depor.

Assim, acolho a preliminar de nulidade de cerceamento de defesa, com fulcro no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, para anular a r. sentença de fls. 150/152, determinando o retorno dos autos à instância de origem a fim de possibilitar a reabertura da instrução processual, para que a recorrente produza provas de audiência, nos termos da fundamentação. Com vistas a prestigiar o princípio da economia processual, bem como diante da disposição legal contida no art. 248, da CLT, a nulidade ora declarada não atinge os depoimentos pessoais e testemunhais já colhidos em Juízo.

Quanto à inversão da produção de prova oral antes da técnica, entendo-a possível, considerando que a direção do processo compete ao Juiz, de forma que tal inversão, por si só, não implica em nulidade.

(1) “Art. 730. *Aqueles que se recusarem a depor como testemunhas, sem motivo justificado, incorrerão na multa de 3 (três) a 30 (trinta) valores de referência regionais.*”

## **b) ADICIONAL DE PERICULOSIDADE (fls. 167/179)**

Assevera a recorrente que a “... *designação prematura de audiência de julgamento do feito restou por tipificar manifesto cerceamento de defesa (...)*” (fls. 177/178). E complementa que “... *ao admitir que o Sr. Perito não tenha esclarecido o que a Parte requereu, mormente quando este (o requerimento) é pertinente à demanda e a prova, a Douta Magistrada do primeiro grau cerceou o direito de defesa da Recorrente, não sendo demasiado lembrar que, ao fundamentar a r. sentença revisanda em prova viciada, expôs o r. julgado à nulidade, atentos à circunstância de que, ao rejeitar a postulação afeta ao adicional de periculosidade, com fulcro em laudo evasivo e contraditório, além de outras inconsistências que o vincam, como será evidenciado mais adiante, quando do enfrentamento do mérito do tema, em face do princípio da eventualidade e da concentração, mas, como se dizia, ao rejeitar a postulação em foco, fê-lo de forma inconsistente (...)*” (item 13, fl. 178). E requer, por fim: “... *sem prejuízo da oitiva do Sr. Perito, na oportunidade da dilação probatória, requer a Autora seja o mesmo intimado a tecer considerações às conclusões que houve por bem de aportar em confronto com o teor do V. Acórdão ora colacionado, em face das flagrantes omissões formais e materiais que vincam o laudo ora impugnado*” (fl. 179) (g. n.).

Como se observa, a presente preliminar retrata, na realidade, o inconformismo da recorrente com o laudo apresentado às fls. 78/90 (esclarecimentos às fls. 99/100), em comparação com o acórdão juntado às fls. 170/175, e nesse sentido busca a oitiva do Sr. Vistor quanto às dessemelhanças entre tais trabalhos, no sentido de se estabelecer a questão relativa à existência e posição dos tanques (item 11, fl. 177 – apelo). Rejeito, por dois fundamentos: primeiro, porque a questão encontra-se atrelada ao mérito, como bem acentuou a recorrente (“... *quando do enfrentamento do mérito do tema...*”), sendo desnecessário que venha o Sr. Perito controverter a vistoria que realizou, em

face de laudo pericial pertinente a outra ação trabalhista; e, segundo, em razão do decidido em tópico anterior, que anulou a r. sentença de fls. 150/152, determinando o retorno dos autos à instância de origem a fim de possibilitar a reabertura da instrução processual, para que a recorrente produza provas de audiência.

É o voto.

## CONCLUSÃO

Isto posto, **ACORDAM** os Magistrados da 16ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: **conhecer** do recurso ordinário e **acolher parcialmente** a preliminar de nulidade de cerceamento de defesa, com fulcro no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal,

para anular a r. sentença de fls. 150/152, determinando o retorno dos autos à instância de origem a fim de possibilitar a reabertura da instrução processual, para que a recorrente produza provas de audiência, nos termos da fundamentação. Com vistas a prestigiar o princípio da economia processual, bem como diante da disposição legal contida no art. 248, do CPC<sup>(2)</sup>, a nulidade ora declarada não atinge os depoimentos pessoais e testemunhais já colhidos em Juízo. Após, ao regular prosseguimento do feito. Prejudicada a análise das demais matérias, inclusive quanto ao mérito.

**NELSON BUENO DO PRADO,**

Juiz Relator

---

(2) "Art. 248. Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subsequentes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes."



# Sentenças

---



# 2ª Vara do Trabalho de Jaraguá do Sul – SC

Processo: 0003721-07.2013.5.12.0046

Autor: Ministério Público do Trabalho

Réus: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e do Material Elétrico de Jaraguá do Sul e Região, Vilmar Sizino Garcia, Paulo Sérgio Arrabaça, Luis Fernando Ballock e Ana Carolina Bosco Arrabaça

## Antecipação de Tutela Jurisdicional

Vistos...

Ajuíza o requerente Ação Civil Pública, e postula antecipação da tutela jurisdicional, *inaudita altera parte*, para que seja ordenado ao primeiro e segundo réus que se abstenham imediatamente de encaminhar possíveis clientes aos demais réus e, seja ordenado ao terceiro, quarto e quinto réus que se abstenham de descontar ou cobrar quaisquer valores a título de honorários advocatícios de trabalhadores da categoria do sindicato réu, em reclamationárias trabalhistas ajuizadas após 20.9.2012.

Aduz que foi instaurado inquérito civil após recebimento de denúncias de irregularidades na assistência jurídica pelo primeiro réu, a trabalhadores da categoria profissional por ele representada, no qual ficou comprovada a prática de ilícitos que consistem, basicamente, na deturpação dos institutos da assistência jurídica sindical e da ação civil coletiva, com pactuação irregular de honorários advocatícios, captação de clientela, indução dos trabalhadores em erro e ofensa à boa-fé objetiva.

Na moderna processualística, o direito à tutela jurisdicional e ao devido processo legal deixou de ser visto apenas sob a ótica do demandado, como o “direito à segurança jurídica”, para ser considerado, agora também sob a ótica do demandante, como o “direito à efetividade da jurisdição”.

É neste sentido o ensinamento do i. magistrado, e hoje Ministro do STF, TEORI ALBINO ZAVASCKI, que complementa de forma lapidar:

*“O Estado, monopolizador do poder jurisdicional, deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir — tanto quanto seja possível — a ocorrência de vitórias de Pirro. Em outras palavras: o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela para garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela.”* (“Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais”, in *Reforma do Código de Processo Civil*, op. cit., p. 146-147.) (grifei)

A professora TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER ratifica o todo exposto, com maior incisão, ao afirmar que, *verbis*:

*“... hoje, à luz dos valores e das necessidades contemporâneas, se entende que o direito à prestação jurisdicional é o direito a uma prestação efetiva e eficaz. Na verdade, pouco importa se tenha sido concedida por meio de sentença transitada em julgado! (...) O princípio da inafastabilidade do controle da Jurisdição, de que decorre o direito à prestação da tutela jurisdicional, está hoje formulado expressamente no art. 5º, XXXV,*

da Constituição Federal. Por isso é que se afirma, com acerto, que a tutela antecipatória consiste em fenômeno processual de raízes nitidamente constitucionais, já que, para que seja plenamente aplicado o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, é necessário que a tutela prestada seja efetiva e eficaz. A função da tutela antecipatória é a de tornar a prestação jurisdicional efetiva. A necessidade dessa efetividade é a contrapartida que o Estado tem que dar à proibição da autotutela. (...) É intuitivo que garantir às pessoas a tutela jurisdicional e prestar-lhes tutela inefetiva e ineficaz é quase o mesmo que não prestar a tutela.” (in “Da liberdade do juiz na concessão de liminares” constante da obra coletiva por ela coordenada *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, Rev. dos Tribunais, SP, 1997, p. 533-534.) (grifei)

Para garantir a efetividade da ordem judicial, o Direito positivo brasileiro passou a admitir a tutela antecipatória e específica das obrigações de fazer e não fazer, inicialmente de forma localizada (no art. 11 da Lei n. 7.347/85 que veio disciplinar a Ação Civil Pública, após no art. 213 da Lei n. 8.069/90 que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 e, posteriormente, no art. 84 da Lei n. 8.078/90 que aprovou o Código de Defesa do Consumidor), mas, depois, de forma geral, no bojo das significativas reformas do Código de Processo Civil brasileiro, através da Lei n. 8.952, de 13.12.1994.

O novo art. 273 do Código de Processo Civil veio autorizar a concessão, pelo juiz, da antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela pretendida, desde que haja verossimilhança dos fatos alegados, e haja “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” ou “fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”, ou, ainda, “quando os pedidos foram incontroversos”.

Quanto à vedação prevista no parágrafo segundo do artigo acima referido, entendo que

existindo a possibilidade de irreversibilidade tanto da concessão quanto da não concessão da tutela a ser antecipada, devo resguardar o direito que, de uma forma axiológica, possa ser considerado como principal, sendo certo e absoluto que o direito à vida, à saúde, à integridade física e à sobrevivência dos mais necessitados se sobrepõe ao direito patrimonial de qualquer pessoa, natural ou jurídica. É a dignidade da pessoa humana, elevada a fundamento de nossa República (inciso III do art. 1º da Constituição Federal), que deve ser preservada, mormente porque as pessoas jurídicas têm uma função social a zelar.

E mais, se o processo é um instrumento ético, é inevitável que ele seja dotado de um mecanismo de antecipação da tutela, que possibilite, ao menos, a resolução rápida de ato ilegal.

Acrescento, como bem salientado pelo Ministro João Oreste Dalazen, que “**se há processo em que a morosidade é absolutamente intolerável tal se dá no trabalhista**. Nenhum outro convive tão de perto com a pobreza, quando não com a miséria. Logo, retardar a prestação jurisdicional no processo trabalhista pode significar o comprometimento da fonte única de subsistência de uma pessoa e sua família. É denegação de Justiça qualificada!” (*Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro*. LTr 61-07/875). (grifei)

Pois bem.

De início, observo que o que está-se debatendo nestes autos diz respeito ao “Direito Sindical”, cuja competência material é desta Justiça especializada, nos termos do inciso III do art. 114 da Constituição da República.

No que tange ao mérito, reza o inciso III do art. 8º da Constituição da República que, *verbis*:

***III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;*** (sublinhei)

No mesmo norte já estava inserto na letra “b” do art. 514 da CLT, que foi recepcionado pela Constituição da República, que é dever dos sindicatos manter serviços de assistência judiciária para os associados, independentemente do salário que percebam. Isso, inclusive, está explícito no inciso IV do art. 3º do Estatuto Social do Sindicato da categoria (fl. 29v.).

No âmbito da Justiça do Trabalho, a assistência judiciária tem regramento próprio, consoante disposição da Lei n. 5.584, de 26.6.1970, que no seu art. 14 faz referência à assistência judiciária a que se refere a Lei n. 1.060, de 5.2.1950. No referido artigo está devidamente delimitado que a assistência judiciária deve ser prestada pelo sindicato àqueles que percebam salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, e que não tenham condições de ingressar com ação sem essa assistência, ficando, todavia, também assegurado igual benefício ao trabalhador que tiver salário superior, desde que comprove que a sua situação econômica não lhe permite demandar sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Essa assistência será prestada ainda que o trabalhador não seja associado do sindicato (art. 18 da Lei n. 5.584).

Além disso, prevê o art. 16 da Lei n. 5.584/70 que:

“Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente.”

Ademais, jurisprudência mansa e pacífica do E. TST, consubstanciada no inciso I da Súmula n. 219, prescreve quando são devidos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, ou seja, somente quando o empregado estiver assistido por seu ente sindical. Assim, os honorários advocatícios, nesta Justiça Especializada, são os honorários assistenciais, que são devidos às entidades sindicais para pagamento dos advogados do seu departamento jurídico ou contratados diretamente pelo empregado, com credencial do sindicato.

A toda evidência esses honorários não podem ser considerados como mais uma receita

para o sindicato, pois as receitas são outras, previstas no art. 548 da CLT, como veremos abaixo. Apropriar-se desse valor e fazer com que o empregado assistido tenha que pagar honorários advocatícios a advogado indicado pelo sindicato, ou com credencial, é o mesmo que não prestar qualquer assistência ao associado.

Comentando a Súmula n. 219 do E. TST, o Professor e Magistrado Raymundo Antonio Carneiro Pinto questionou se os honorários assistenciais, de empregado assistido pelo sindicato, ficariam com o ente sindical ou com o advogado, caso passasse a ser devidos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, entendendo que os honorários assistenciais seriam devidos ao advogado, *verbis*:

*“... restaria outra indagação: os honorários advocatícios, na hipótese de empregado assistido pelo sindicato de sua categoria, seriam a favor do advogado ou da entidade sindical, como estabelece o art. 16 da Lei n. 5.584/70? Achamos que, diante da clareza dos arts. 21 e 23 da referida Lei n. 8.906, tais honorários seriam devidos ao advogado, seja ele empregado ou não.”*<sup>(1)</sup> (sublinhei)

Assim, com muito maior razão, por não serem devidos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho (Súmula n. 219 do E. TST), os honorários assistenciais reverterem para o advogado, para que o empregado não tenha mais esse encargo, já que está assistido por seu sindicato que contratou, ou indicou, um causídico para lhe prestar assistência jurídica.

Nesse contexto, percebe-se que a natureza jurídica dos honorários assistenciais é de assistência jurídica para os empregados da categoria profissional, pois os honorários são devidos ao ente sindical, que reverte para os advogados que ajuizarem as ações. Sublinho que o ente sindical deve prestar ampla assistência jurídica aos seus associados, ou aos membros da categoria profissional, sem que

(1) PINTO, Raymundo Antonio Carneiro. *Enunciados do TST comentados*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: LTR, 2000. p. 161.

estes tenham que pagar honorários para isso, porquanto já pagam a “contribuição sindical” e a “mensalidade sindical”. A primeira está prevista no art. 578 da CLT, que corresponde ao “imposto sindical”, que todos pagam (art. 579 da CLT). A contribuição dos associados é a “mensalidade” que eles pagam para permanecerem associados, conforme denominação prevista na própria letra “b” do art. 548 da CLT.

Na espécie, observo que está demonstrado nos autos que o primeiro requerido, na pessoa do segundo requerido, está encaminhando os empregados da categoria profissional para o escritório do terceiro, quarto e quinto requeridos, para tratarem sobre as ações coletivas ajuizadas (v.g. fl. 545), anunciando que o referido escritório de advocacia, cujo cartão segue junto com a convocação, é o “Departamento Jurídico do Sindicato”. Ressalto que isso também ficou comprovado nos depoimentos prestados no inquérito civil procedido pelo requerente.

Além disso, ficou demonstrado que os empregados da categoria profissional, quando compareciam ao escritório de advocacia, eram orientados a assinar documentos, pensando se tratar da ação coletiva, porém, era para o ajuizamento de ação individual (v. depoimento da fl. 129), em detrimento da ação coletiva, sendo que, por vezes, na própria petição inicial da ação individual os advogados já constavam o requerimento da desistência da coletiva, o que acarretou um elevado número de novas ações neste Foro, sendo que neste ano o aumento de ações ajuizadas pode chegar a 100% do que costumava ocorrer em anos anteriores.

Este procedimento do ente sindical está incorreto, pois as ações coletivas são recomendadas não apenas para se evitar decisões desarmônicas ou contraditórias, mas também para se prestigiar o princípio da economia processual, além de prestigiar o amplo acesso à Justiça, desafogando, assim, o Poder Judiciário das inúmeras ações individuais. De outro modo, é importante salientar, como já disse o Professor e Juiz do Trabalho Marcos Neves Fava, que as

ações coletivas “funcionam como uma espécie de ‘ação sem rosto’, disponibilizando proteção genérica e de caráter transindividual, sem comprometimento do emprego em curso em relação aos trabalhadores nela envolvidos”<sup>(2)</sup>.

Ressalto que o contrato de honorários advocatícios para interposição das ações trabalhistas coletivas (fls. 94/99) prevê que o Sindicato/contratante pagará aos contratados, a título de honorários advocatícios contratuais, a quantia de 20% sobre o valor total da ação (soma dos valores devidos aos substituídos), apurado em liquidação de sentença, inclusive sobre INSS e IRPF (valor bruto), sendo o percentual elevado para 30% no caso de recurso por quaisquer das partes (cláusula 2, fl. 96). Prevê, ainda, para fins contratuais, especialmente para o caso de revogação de procuração conferida aos contratados, o pagamento de honorários sobre valores estimados às ações coletivas (cláusula 1.4, fl. 96), que variam de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

Também agiu erradamente o ente sindical ao não fornecer credencial sindical para os empregados da categoria profissional que encaminhou para o escritório de advocacia do terceiro, quarto e quinto requeridos, pois, como já visto, um dos deveres dos sindicatos é justamente prestar a assistência jurídica aos empregados, pois é de sapiência geral, e está demonstrado pelo requerente, que nas ações ajuizadas pelo escritório de advocacia do terceiro, quarto e quinto requeridos, os empregados terão que pagar honorários advocatícios, o que lhes trará prejuízo, pois o ente sindical deveria ter-lhe prestado assistência jurídica ampla, na forma do previsto no inciso III do art. 8º da Constituição da República; letra “b” do art. 514 da CLT; e, inciso IV do art. 3º do Estatuto Social do Sindicato.

A possibilidade da concessão de liminar, em sede de Ação Civil Pública, está estampada no

(2) FAVA, Marcos Neves. *Ação Civil Pública Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005. p. 102.

art. 12 da Lei n. 7.347/85, sendo que o art. 11 da referida norma legal possibilita a imposição de multa para obrigação de fazer ou não fazer.

É evidente que os fatos relatados na petição inicial são relevantes, e a prova documental colacionada aos autos demonstra a verossimilhança das alegações e autoriza a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada, pois demonstrado o cumprimento dos requisitos para o deferimento liminar — *inaudita altera parte* — do pedido formulado no item 5 (*i e ii*) da petição inicial.

Saliento que o poder geral de cautela concedido aos juízes, previsto no art. 798 do CPC, permite-nos a determinação de medidas provisórias que julgarmos adequadas, “quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”, como na espécie.

**DIANTE DO EXPOSTO**, nos termos da fundamentação, por presentes os requisitos expressos no art. 273 do CPC e com suporte nos arts. 11 e 12 da Lei n. 7.347/85 — aplicados supletivamente na Justiça do trabalho (art. 769 da CLT) —, **CONCEDO**, *inaudita altera parte*, a liminar postulada, e **DETERMINO** que o primeiro e segundo requeridos se **abstenham** imediatamente de encaminhar empregados de sua categoria profissional ao terceiro, quarto e quinto requeridos. **DETERMINO**, ainda, que o terceiro, quarto e quinto requeridos se **abstenham** de descontar ou cobrar quaisquer valores a título de honorários advocatícios de trabalhadores da categoria profissional do primeiro requerido, em reclamações trabalhistas ajuizadas após 20.9.2012. Por consequência,

**DETERMINO** que o primeiro requerido, na pessoa de seu presidente atual, **forneça** credencial sindical para todos os empregados de sua categoria profissional que ajuizaram ação após 20.9.2012, para que o terceiro, quarto e quinto requeridos procedam a juntada das credenciais às ações individuais, para que os empregados da categoria profissional não tenham custos com honorários advocatícios.

Em caso de descumprimento desta ordem, fica cominada **MULTA** — astreinte — no valor de **R\$ 5.000,00**, por trabalhador que estiver na situação apontada, que será revertida para entidade beneficente deste Município, que será posteriormente nominada. Além da multa acima, o descumprimento da obrigação determinada configurará **desobediência à ordem judicial e à dignidade da justiça** (*contempt of court* — inciso V e parágrafo único do art. 14 do CPC), passível de aplicação de outras penalidades.

**Oficie-se** à MM 1ª Vara do Trabalho local, encaminhando-se cópia da presente decisão, para ciência e para adotar as medidas que achar pertinente.

Por fim, **designo**, desde já, o dia **15.4.2014**, às **15h30min**, para a realização de **audiência inicial**.

**Publique-se. Registre-se. Intimem-se** as partes da presente decisão e **citem-se** os requeridos para apresentação de defesa e documentos na audiência marcada, sob pena de revelia. Cumpra-se, com urgência.

Jaraguá do Sul, SC, 23.10.2013

**CARLOS APARECIDO ZARDO**,  
Juiz do Trabalho

# Vara do Trabalho de Alta Floresta – MT

## SENTENÇA

### 1. RELATÓRIO

Fátima Aparecida Pimentel Espinho ajuizou a presente Ação Trabalhista em face de JBS S.A., alegando, em síntese, ter sido contratada pela ré em 1º.6.2012, para exercer a função de refiladeira, no setor de desossa, tendo recebido como última remuneração o valor de R\$ 1.123,10.

Sustentou ter laborado em ambiente insalubre e em sobrejornada, inclusive para troca de roupa (colocação/retirada de uniforme) e em jornada *in itinere*, sem o recebimento da remuneração ou dos respectivos adicionais.

Afirmou ter a ré praticado atos que teriam ensejado dano moral e ensejariam justo motivo para rescisão do contrato e postulou fosse declarada a rescisão indireta daquele e condenada a mesma ao pagamento das verbas discriminadas na exordial.

Rejeitada a proposta de conciliação, foi apresentada a defesa, onde esta impugnou os pedidos formulados na exordial, os quais postulou fossem julgados improcedentes.

A instrução foi encerrada após a oitiva dos depoimentos pessoais das partes, declarações de duas testemunhas e juntada de documentos.

Rejeitadas todas as propostas conciliatórias, nada obstante levadas a efeito em todas as oportunidades possíveis.

Razões finais orais deduzidas pelas partes, as quais foram reduzidas a termo.

Vistos e cuidadosamente examinados os autos, é o relatório.

Fundamento e Decido.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO

### 2.1. Da prova pericial emprestada

A ré protestou contra a decisão de utilizar como prova emprestada o laudo pericial realizado no setor em que se ativava a autora, sob o argumento de que haveria cerceamento de defesa.

Em sua manifestação quanto ao documento juntado destacou que o laudo instruíra feito em que a empregada se ativava em dois setores, enquanto a autora, nestes autos, ativava-se em apenas um deles.

Destacou que aquele laudo foi contraditório em relação à prova juntada e postulou fosse desconsiderado como prova emprestada, posto que não correspondia às condições laborais às quais a autora estava exposta.

A insurgência não prospera, posto que, evidentemente, somente serão consideradas as informações específicas ao setor de desossa.

Assim, nada obstante a irrisignação da ré, necessário concluir que o referido laudo, no que diz respeito ao setor em que se ativava a autora, retrata as condições ambientais às quais estava exposta, notadamente porque aquele foi confeccionado em 27.11.2013 e a preposta declarou expressamente:

**“Que a autora laborava no setor de desossa; que trabalhava como refiladeira; que é o mesmo ambiente vivenciado por outras pessoas que trabalham no setor de desossa, embora não sejam refiladeiras; que a temperatura é controlada, até mesmo pelo Ministério da Agricultura, então é o mesmo de sempre; que os equipamentos do réu são os mesmos desde 2009; (...)”** (Id 2389242, p. 2, com destaques nossos)

Ora, a empregada Sandra Maria Martins, mencionada no laudo juntado sob o Id 2392082, exercia a função de auxiliar de produção no mesmo setor em que se ativava a autora, assim, conforme confessou a preposta, estava exposta às mesmas condições de trabalho, notadamente quanto ao frio e ao ruído, na medida em que, respectivamente, a temperatura era a mesma e não houve alterações nos equipamentos, de forma a ensejar alteração dos níveis de ruídos.

Vale registrar que o documento sob o Id 1783254, p. 3, juntado pela ré, embora consigne que a utilização de equipamentos de proteção individual possam elidi-los, corrobora a conclusão da perita judicial, no documento utilizado como prova emprestada, de que no ambiente em que atuava a autora há riscos físicos decorrentes do frio e do ruído.

Não há que se falar em cerceamento de defesa, porque às partes foi possibilitada a manifestação acerca daquele, sendo certo que a ré atuou decisivamente para a produção daquela prova, seja formulando quesitos, seja acompanhando as medições, seja manifestando-se sobre aquele laudo, nos autos em que foi produzido e nos presentes.

É necessário registrar que o art. 195, da Consolidação das Leis do Trabalho, visa permitir que profissional capacitado visite o local em que se ativava o empregado e analise as condições ambientais.

Ora, a referida profissional esteve no local recentemente e as informações relativas àquele consta no documento juntado e rechaçado pela ré.

Os equipamentos de proteção individual necessários à elisão dos agentes insalubres constam na Norma Regulamentadora 6, do Ministério do Trabalho e Emprego, e o Juízo, por dever legal, a conhece.

Depois, importante registrar que a ré monopoliza a pauta de audiências desta Unidade e que tem se valido das possibilidades que a Lei lhe faculta para postergar os trâmites

processuais, seja pela não aceitação de prova emprestada, mesmo quando os empregados atuaram no mesmo setor, durante o mesmo período, motivando a realização de sucessivas inspeções nos mesmos locais, como ocorreu no final de 2013, em que a perita foi até o estabelecimento para fazer cerca de vinte inspeções.

Registre-se que mesmo pagando R\$ 2.000,00 por laudo em que se reconhece a existência de insalubridade (100% das conclusões), negou proposta desta magistrada de redução dos honorários, com a utilização das medições já realizadas nos mesmos setores, permitindo que a perita fizesse apenas análise individual dos equipamentos de proteção fornecidos frente aos dados já colhidos.

Não satisfeita, impugna depois o valor dos honorários requeridos.

A conduta revela a tentativa de desestimular a propositura de ações em seu desfavor e recursos financeiros para tanto não lhe faltam, seja em razão da indiscutível capacidade econômica, seja pelo fato de que aqueles também advêm de forma subsidiada pelo suor dos próprios trabalhadores lesados e demais brasileiros, via BNDES, que detém quase 40% do capital social, como se verifica, entre tantas outras, na reportagem “BNDES alimenta a JBS”, cujo título fala por si (<[http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/57871\\_BNDES+ALIMENTA+A+JBS](http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/57871_BNDES+ALIMENTA+A+JBS)>).

É certo que atua nos limites legais, porém, não se pode olvidar que é também nestes limites que o assédio processual ocorre.

Neste contexto, determinar nova inspeção no mesmo setor em que se ativava a autora, sabendo que as condições ambientais continuam as mesmas, seria subordinarmo-nos aos interesses e conduta reprováveis da Ré.

Pelo exposto, mantida a decisão de utilizar como prova emprestada o laudo pericial juntado sob o Id 2399082.

## **2.2. Da prova testemunhal**

A ré se insurgiu contra o indeferimento da oitiva da testemunha que convidou, contudo,

a mesma é apontada como autora das ofensas que a reclamante qualificou como assédio moral, as quais afirma tê-la levado a pedir demissão e, posteriormente, a ajuizar a presente ação, postulando o reconhecimento da rescisão indireta do contrato e a condenação daquela ao pagamento de indenização por dano moral.

Neste contexto, é evidente o interesse da testemunha convidada, que ainda mantém contrato com a ré, de se ver isenta da culpa que lhe é atribuída, até porque eventual condenação da mesma pode levá-la à responsabilização pela empregadora.

Assim, resta clara a ausência de isenção, motivo pelo qual não há que se falar em cerceamento de defesa, até porque a decisão rechaçada encontra amparo no art. 405, § 3º, inciso IV, do Código de Processo Civil.

As demais testemunhas convidadas pelas partes não se revelaram dignas de crédito, isso porque a convidada pela ré declarou possuir poderes de gestão de pessoal, razão pela qual, com ressalva de meu entendimento pessoal, diante da controvérsia jurisprudencial quanto ao tema, resolvi ouvi-la, contudo, suas informações não foram capazes de contribuir para o meu convencimento.

Da mesma forma a testemunha convidada pela autora, como melhor explicitaremos no tópico “vazamento de amônia”, visto que não demonstrou compromisso com a verdade, posto que as informações prestadas colidiram com afirmações daquela e com as propriedades químicas do produto que afirmou inalar.

Diante de tal contexto, apenas utilizei as informações prestadas por ambas em desfavor daqueles a quem pretendiam beneficiar, conduta que adoto com o propósito de desencorajar práticas similares.

### **2.3. Da equiparação salarial**

A autora relatou exercer a mesma função exercida por outras empregadas, entre elas a paradigma de nome Sueli, e receber salário inferior ao percebido pela mesma, fundamento

que utilizou para postular fosse a ré condenada ao pagamento de diferenças salariais e para que fosse observado o valor para cálculo das verbas deferidas e daquelas já adimplidas, inclusive remuneração de sobrejornada.

A ré impugnou o pleito, sustentando, de início, que a citação apenas do prenome do paradigma dificultara a defesa.

Asseverou que não havendo demonstração de cumprimento das mesmas atribuições, o pleito deveria ser julgado improcedente.

Diante de tal controvérsia, vale registrar que a isonomia salarial em relação ao trabalho igual se constitui garantia constitucional prevista no art. 7º, inciso XXX, da Constituição Federal e como forma de preservar tal garantia e corrigir eventual discriminação entre empregados que prestem o mesmo trabalho ao mesmo empregador, dispõe o trabalhador da ação de equiparação salarial, na forma do que prevê o art. 461, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Referido dispositivo consolidado consigna os pressupostos caracterizadores do direito à equiparação salarial, quais sejam, a identidade de funções e de valor de trabalho entre equiparando e paradigma; identidade de localidade onde é prestado o trabalho e de empregador que se beneficia do trabalho; diferença de tempo de serviço na função ocupada pelo paradigma em relação ao equiparando não superior a dois anos; e a inexistência de quadro de carreira com vistas à organização de pessoal.

A doutrina e a jurisprudência majoritária também reconhecem essencial ao reconhecimento da equiparação salarial a prestação de serviços pelo equiparando e paradigma de forma simultânea.

A identidade de funções, para dar ensejo ao direito à equiparação salarial, há que ser absoluta, não bastando o exercício de funções análogas ou semelhantes por equiparando e paradigma.

A identidade de valor do trabalho constitui, conforme definição trazida pelo próprio dispositivo legal que aborda a matéria (art. 461,

§ 1º), a prestação do serviço com a mesma produtividade, ou seja, na mesma quantidade e com a mesma perfeição técnica, o que equivale dizer, mesma qualidade.

Para a mensuração do valor do trabalho estabelece o dispositivo como limite de análise da produtividade e perfeição técnica o período de dois anos, visto que o maior tempo de serviço pode fundamentar a maior remuneração, tanto como forma de premiação do funcionário mais antigo, quanto porque ordinariamente a maior experiência na função conduz a maior produtividade e perfeição técnica.

A discriminação de salário para fins de reconhecimento ao direito à equiparação salarial também somente é passível de ser aferida se o trabalho do paradigma e equiparando reverter em favor de um mesmo empregador, na mesma localidade, ante a variação de custo de vida em cada região, sendo estabelecido como limite territorial para fins de comparação de valor de salário a circunscrição de um município, muito embora oscilante a jurisprudência neste particular.

A inexistência de quadro de carreira também se constitui pressuposto ao reconhecimento da equiparação salarial, uma vez que vigente plano de cargos e salários, devidamente homologado pelo órgão competente, os critérios de promoções se verificam objetivamente traçados em função de antiguidade e merecimento.

Por fim, impõe-se a simultaneidade do exercício das funções entre equiparando e paradigma, não importando que tal situação se verifique ao tempo da ação, desde que a pretensão se refira à situação pretérita, conforme Súmula 22, do Tribunal Superior do Trabalho.

À autora cabia demonstrar a identidade de funções relativamente à paradigma, uma vez que se trata de fato constitutivo do direito que afirmou possuir, e à ré o ônus de demonstrar a ocorrência de algum fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito à equiparação pretendido.

Aquela não se desincumbiu do imprescindível ônus, posto que não demonstrou, por qualquer meio de prova, que houvesse trabalhadora exercendo a mesma função e recebendo salário superior.

Diante do exposto, deixo de reconhecer a existência de discriminação salarial e, por conseguinte, de condenar a Ré ao pagamento de diferenças salariais e de reflexos destas nas demais verbas discriminadas na exordial.

#### **2.4. Do adicional de insalubridade**

A autora afirmou ter laborado no setor de desossa, exposta a agentes físicos e biológicos, passíveis de causar riscos à sua saúde.

Com tais fundamentos, postulou fosse a ré condenada ao pagamento de adicional de insalubridade, em grau máximo, bem como aos reflexos desta nas demais verbas que discriminou na exordial.

A ré contestou o pleito, sustentando que a autora laborara sempre na seção de desossa, em contato com carne para consumo humano, razão pela qual não havia que se falar em risco biológico.

Acrescentou fornecer equipamentos de proteção individual novos, em número suficiente a todos os empregados, devidamente aprovados pelo Ministério do Trabalho e Emprego e exige a sua utilização, o que elidiria eventual agente insalubre.

O laudo pericial juntado revela que no setor em que se ativava a autora o nível médio de ruído é de 88,3 decibéis e que a temperatura média é de 12 °C, sendo necessário o uso de equipamentos de proteção individual para neutralizá-los.

A Norma Regulamentadora n. 15, do Ministério do Trabalho e Emprego, em seu Anexo I, prevê ser permissível a exposição do empregado em jornada de oito horas ao nível máximo de 85 decibéis.

Por outro lado, o Anexo 9, do Ministério do Trabalho e Emprego, sem fixar o limite de

temperatura abaixo da qual seria considerado o ambiente artificialmente frio, estabelece que:

“As atividades ou operações executadas no interior de câmaras frigoríficas, ou em locais que apresentem condições similares, que exponham os trabalhadores ao frio, sem a proteção adequada, serão consideradas insalubres em decorrência de laudo de inspeção realizada no local de trabalho.”

O art. 253, da Consolidação das Leis do Trabalho, por seu turno, assim prevê:

“Parágrafo único – Considera-se artificialmente frio, para os fins do presente artigo, o que for inferior, nas primeira, segunda e terceira zonas climáticas do mapa oficial do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, a 15º (quinze graus), na quarta zona a 12º (doze graus), e nas quinta, sexta e sétima zonas a 10º (dez graus).”

A Portaria n. 21, de 26 de dezembro de 1994, Secretaria de Segurança e Saúde no Trabalho, do Ministério do Trabalho e Emprego, prevê em seu art. 1º que “O mapa oficial do Ministério do Trabalho, a que se refere o art. 253, da Consolidação das Leis do Trabalho a ser considerado, é o mapa “Brasil Climas” — da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE da SEPLAN, publicado no ano de 1978 e que define as zonas climáticas brasileiras de acordo com a temperatura média anual, a média anual de meses secos e o tipo de vegetação natural.

De acordo com o Mapa “Brasil Climas”, a região onde se localiza o estabelecimento da Ré é quente, sendo considerado artificialmente frio temperatura inferior a 15 °C.

Por conseguinte, faz jus ao adicional de insalubridade em grau médio, visto que exposta ao frio e ao ruído, condições também reconhecidas no documento sob o Id 1783254, p. 3, juntado pela ré.

Consigno que no mesmo há indicação de que o uso de equipamentos de proteção individual pode elidir tais agentes, porém, aquela não juntou comprovante de entrega dos mesmos e é pacífico que a “eliminação da insalubridade

mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo” (Súmula n. 80, do Tribunal Superior do Trabalho).

Nestes termos, não é possível presumir que os equipamentos de proteção individual que a autora afirmou receber contassem com os devidos certificados de aprovação junto ao Ministério do Trabalho e Emprego.

Impende destacar, nessa esteira, que a certificação de aprovação decorre de verificações acerca da qualidade e durabilidade do equipamento e que ao consultarmos o referido registro é possível verificar se vigente a certificação de qualidade, bem como a capacidade de proteção, sendo certo que, em se tratando de protetor auricular, é possível saber em quantos decibéis é reduzido o nível de ruído.

Não bastasse isso, a autora confessou utilizar uniforme “composto por moletom, botas, meias, duas camisas, calça, touca fina, para retenção dos cabelos”, e “protetor auricular, luvas de látex, anticorte, botas, meias, moletoms (2), calça e touca; que utilizava capacete;” (Id 2389242, p. 1 e 2).

Ocorre que a Norma Regulamentadora n. 6, do Ministério do Trabalho e Emprego, estabelece que a elisão de agente térmico se dá pela utilização de “capacete para proteção do crânio e face contra agentes térmicos”, “capuz para proteção do crânio e pescoço contra riscos de origem térmica”, “protetor facial para proteção da face contra riscos de origem térmica”, “Vestimentas para proteção do tronco contra riscos de origem térmica”, “luvas para proteção das mãos contra agentes térmicos”, “manga para proteção do braço e do antebraço contra agentes térmicos”, “calçado para proteção dos pés contra agentes térmicos”, “meia para proteção dos pés contra baixas temperaturas”, “perneira para proteção da perna contra agentes térmicos”, “calça para proteção das pernas contra agentes térmicos” e “macacão para proteção do tronco e membros superiores e inferiores contra agentes térmicos”.

É evidente que o macacão mencionado substituiria a perneira, a calça, o moletom, as mangas, porém, não restou demonstrado terem sido entregues “capuz para proteção do crânio e pescoço contra riscos de origem térmica”, “protetor facial para proteção da face contra riscos de origem térmica” ou “luvas para proteção das mãos contra agentes térmicos”.

Assim, ainda que considerarmos que os equipamentos de proteção individual fornecidos à autora possuíam o certificado de aprovação e que eram capazes de contribuir para elisão do agente insalubre, necessário reconhecer que eram insuficientes, notadamente para afastar o agente frio.

Portanto, concluo que a autora estava exposta aos agentes insalubres frio e ruído durante o período contratual.

Diante do exposto, resta-nos deliberar sobre a base de cálculo que deverá ser considerada para aferição do adicional, haja vista o contido na Súmula Vinculante n. 4 pelo Excelso Supremo Tribunal Federal e na Súmula n. 228, do Tribunal Superior do Trabalho.

Visando amoldar a jurisprudência trabalhista aos ditames da Súmula Vinculante e partindo da premissa de que é vedada a utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, o C. Tribunal Superior do Trabalho decidiu rever a Súmula n. 228, para considerar que a base de cálculo de tal adicional deveria ser o salário contratual do empregado.

A Confederação Nacional da Indústria contestou a Súmula n. 228, do Tribunal Superior do Trabalho, nos autos da Reclamação RCL n. 6.266, ao argumento de que a nova Súmula do Tribunal Superior do Trabalho revela aplicação indevida da Súmula Vinculante n. 4, do Supremo Tribunal Federal.

A aplicação da redação da aludida Súmula do C. Tribunal Superior do Trabalho foi suspensa, por decisão liminar prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da referida Reclamação, até o julgamento final da mesma.

Cumprido destacar trecho elucidativo extraído da decisão liminar acima mencionada, da lavra do Ministro Gilmar Mendes:

“Com efeito, no julgamento que deu origem à mencionada Súmula Vinculante n. 4 (RE n. 565.714/SP, rel<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> Cármen Lúcia, Sessão de 30.4.2008 – Informativo n. 510/STF), esta Corte entendeu que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva.

Dessa forma, com base no que ficou decidido no RE n. 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante n. 4, este Tribunal entendeu que não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade.

Logo, à primeira vista, a nova redação estabelecida para a Súmula n. 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante n. 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa.

Ante o exposto, defiro a medida liminar para suspender a aplicação da Súmula n. 228/TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade.”

Conforme assentou o C. Tribunal Superior do Trabalho, em recentes julgamentos sobre a matéria, a Súmula Vinculante n. 4 vedou a substituição do parâmetro reconhecido como inconstitucional através de decisão judicial, razão pela qual a lei declarada inconstitucional deverá reger a matéria até que haja a substituição da norma pelo legislador, estabelecendo a matéria de forma diversa.

Considerando que não comprovado nos autos que a categoria integrada pela autora possuísse piso salarial superior ao mínimo legal, condeno a ré ao pagamento de adicional de insalubridade de 20% àquela, o qual deverá

ser calculado sobre o salário mínimo vigente à época da prestação de serviços.

Condeno-a, ainda, ao pagamento dos reflexos desta verba nas seguintes: repouso semanais remunerados, remuneração de sobrejornada e de intervalos não concedidos, férias e seus respectivos adicionais, gratificações natalinas e depósitos fundiários, nos termos da Súmula n. 139, do c. Tribunal Superior do Trabalho.

Considerando a modalidade rescisória, indevidos reflexos em aviso-prévio e multa fundiária.

### **2.5. Da jornada extraordinária e do intervalo intrajornada**

Com fundamento no art. 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, a autora vindicou o pagamento de horas suplementares, as quais afirmou ter laborado, sem o respectivo pagamento, aduzindo que cumpria jornada laboral das 5h30 às 17h00, com quarenta minutos de intervalo intrajornada, de segunda-feira a sexta-feira e aos sábados das 5h30 às 11h30/12h00, sem intervalo.

Acrescentou que em pelo menos uma vez no mês a jornada do sábado era similar à cumprida durante a semana e argumentou que o controle de ponto muitas vezes apresentava defeito, impossibilitando o registro, bem como que recebia a folha de ponto para assinar, sem que lhe fosse possibilitada a conferência.

A ré, por seu turno, afirmou que a autora se ativava em jornadas, de segunda-feira a sexta-feira, das 06h00 às 14h20min ou das 06h00 às 15h00, sempre com uma hora de intervalo intrajornada, e aos sábados das 06h00 às 10h00 e outros horários consignados no registro de jornada.

Asseverou existir previsão convencional autorizando a compensação de eventual sobrejornada e defendeu a validade dos registros de jornada.

Em princípio, há que se destacar que a ré juntou os cartões relativos a todo o período

contratual, motivo por que à autora competia o ônus probatório de desconstituir a prova documental, haja vista o disposto nos arts. 818, da Consolidação das Leis do Trabalho e 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Contudo, havendo controvérsia acerca da jornada cumprida nos dias em que se registrou ‘abono por falta de marcação’ e contando a ré com mais de dez empregados, cabia-lhe demonstrar que em tais oportunidades a autora se ativara na jornada laboral declinada na peça defensiva.

Quanto ao intervalo intrajornada, vale registrar que os cartões de ponto não estão pré-assinalados, na forma prevista no art. 74, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, motivo pelo qual à ré competia, também, demonstrar que concedia o intervalo mínimo de uma hora à autora.

A autora não se desincumbiu do imprescindível ônus, vez que as testemunhas ouvidas, ressalvado o acima exposto quanto à credibilidade, não declinaram jornada superior à constante nos cartões de ponto.

Por outro lado, embora a ré não tenha demonstrado o cumprimento da jornada ordinária nas situações em que havia registro de “abono por falta de marcação”, a testemunha convidada pela autora declinou a rotina que empreendiam durante o intervalo intrajornada, especificando o tempo gasto para cada uma das atividades, revelando que havia gozo integral daquele.

Observa-se em tal depoimento que, embora tenha tentado fazer crer que gozavam intervalo intrajornada inferior ao legalmente previsto, as atividades que afirmou executar durante aquele totalizavam cerca de cinquenta e quatro minutos, sem computar o tempo que aquela afirmou utilizar para higiene pessoal (escovação de dentes), bem como ida e retorno do vestiário para tanto.

Diante do exposto, deixo de reconhecer que a autora cumpriu jornada superior à anotada nos cartões juntados ou que tivesse laborado

nos dias em que constam no registro “atestado médico”, “folga” ou “férias”, motivo por que indefiro a condenação da ré à remuneração de sobrelabor nos dias em que há jornada registrada ou há registro de jornada compensada.

Por conseguinte, não tendo a ré demonstrado que nos dias em que há registro de “abono falta de marcação” tivesse havido labor em jornada ordinária, **reconheço** que em tais situações a autora **cumpria jornada** laboral das 5h30 às 17h00, com uma hora de intervalo intrajornada, de segunda-feira a sexta-feira e aos sábados das 5h30 às 11h45, sem intervalo.

Por corolário, condeno a ré à remuneração do sobrelabor, observando, para tanto, o divisor 220, o adicional de 55% e a evolução salarial constante nos documentos juntados.

Como consectário do reconhecimento da jornada extraordinária laborada pela autora, esta faz jus aos **reflexos** dos valores apurados naquelas jornadas, nas seguintes verbas: repouso semanais remunerados, férias e seus respectivos adicionais, gratificações natalinas e depósitos fundiários (Súmula n. 347, do Tribunal Superior do Trabalho).

Tendo em vista que no período em que há registro “abono por falta de marcação”, a Ré considerou cumprida a jornada ordinária, não está autorizada a compensação.

Considerando a modalidade rescisória, indevidos reflexos em aviso-prévio e multa fundiária.

## **2.6. Do tempo à disposição para troca de uniforme**

A autora alegou que, além da jornada acima, ficava à disposição da ré, no início e no término da jornada, para se deslocar dentro da empresa e para troca (colocação e retirada) de uniforme.

A ré asseverou que o registro da jornada precedia a colocação de uniforme e sucedia à retirada, razão pela qual já incluído na jornada constante nos registros de ponto.

Diante de tal contexto, à autora competia demonstrar que o procedimento se dava, respectivamente, depois da colocação e antes da retirada do uniforme, ônus do qual não se desincumbiu, posto que a testemunha que convidou não se revelou digna de crédito, conforme acima expusemos e melhor registraremos abaixo.

Por conseguinte, indefiro o pleito de condenação da ré à remuneração do tempo despendido para tanto e de reflexos desta nas demais verbas discriminadas na exordial.

## **2.7. Do intervalo previsto no art. 253, da Consolidação das Leis do Trabalho**

A autora afirmou laborar em ambiente artificialmente frio, sem que lhe fossem concedidos os intervalos previstos no art. 253, da Consolidação das Leis do Trabalho.

A ré refutou o pleito, sustentando tê-los concedido, antes mesmo da imposição normativa e argumentou que, havendo deferimento, o adicional deveria ser de 50% e não de 55%, como previsto em Convenção Coletiva de Trabalho.

Conforme acima exposto, a Autora se ativia em ambiente artificialmente frio, razão por que fazia jus ao intervalo de vinte minutos a cada uma hora e quarenta minutos de labor, como dispõem as Súmulas ns. 438, do Tribunal Superior do Trabalho e 6, do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região, *in verbis*:

“Súmula n. 438, do Tribunal Superior do Trabalho

INTERVALO PARA RECUPERAÇÃO TÉRMICA DO EMPREGADO. AMBIENTE ARTIFICIALMENTE FRIO. HORAS EXTRAS. ART. 253 DA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA – Res. n. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012

O empregado submetido a trabalho contínuo em ambiente artificialmente frio, nos termos do parágrafo único do art. 253 da CLT, ainda que não labore em câmara frigorífica, tem direito ao intervalo intrajornada previsto no *caput* do art. 253 da CLT.”

“SÚMULA N. 6 (DJe 14.1.2011)

TRABALHO EM AMBIENTE ARTIFICIALMENTE FRIO. DIREITO AO INTERVALO FIXADO NO ART. 253, *CAPUT*, DA CLT. INTEGRAÇÃO DESTE INTERVALO NA JORNADA DE TRABALHO COMO TEMPO DE EFETIVO SERVIÇO. A só constatação de que o trabalho se deu em ambiente artificialmente frio, disciplinado no parágrafo único do art. 253 da CLT, é suficiente a ensejar o direito do empregado ao intervalo especial previsto no *caput* do mesmo dispositivo de lei. A ausência de concessão deste intervalo implica no seu cômputo na jornada de trabalho, como de efetivo labor, e assim deve ser remunerado.”

Competia à ré o ônus probatório de demonstrar que o concedia, do qual se desincumbiu parcialmente, visto que a testemunha convidada pela autora, apesar das ressalvas acima, reconheceu que no ano de 2013 passaram a gozar intervalos de dez minutos a cada duas horas, intervalo que foi majorado para vinte minutos, sendo dois pela manhã e um à tarde.

Aquela não demonstrou que concedesse referido intervalo durante todo o período laboral, motivo por que a **condeno** à remuneração do mesmo, observados os dias em que a autora efetivamente laborou, segundo os registros de jornada juntados e a presença presumida nos dias em que há abono por falta de marcação.

Para a remuneração deste intervalo, diante da previsão contida na Súmula retrorreferida, observar-se-á os parâmetros estabelecidos para cálculo da remuneração da jornada extraordinária, inclusive quanto aos reflexos.

Na apuração, dever-se-á compensar o intervalo já gozado, segundo prova nos autos, ou seja, que de 01 de janeiro a 31 de maio de 2013, a autora gozava intervalos de dez minutos a cada duas horas e que a partir de 01 de junho do mesmo ano até a rescisão (1.10.2013), gozou três intervalos diários de vinte minutos, os quais deverão ser deduzidos do devido.

## **2.8. Da jornada in itinere e do tempo destinado a aguardar o ônibus**

A autora alegou que, além da jornada acima, fazia jus à jornada *in itinere*, porquanto era transportada em ônibus fornecido pela ré ao estabelecimento daquela, passando por vários bairros, motivo por que os percursos de ida e de volta demoravam quarenta minutos, cada um.

Relatou, ainda, que no final do expediente tinha que aguardar cerca de quarenta a sessenta minutos, no interior do ônibus, até que a lotação estivesse completa, assim, faria jus à remuneração deste período como se estivesse à disposição da ré.

Afirmou que o estabelecimento desta se localizava em local de difícil acesso e não atendido por transporte público regular, o que tornava aquele a única possibilidade para se deslocar do e ao seu lar.

A ré rechaçou o pleito, alegando fornecer vale-transporte, para que a autora utilizasse transporte público municipal, cujo valor era deduzido em sua folha de pagamento.

Argumentou acerca da disposição convencional, que não considerava como horas *in itinere* aquelas despendidas em deslocamento ao trabalho ou retorno deste.

Asseverou que seu estabelecimento não se encontrava em localidade de difícil acesso, posto que situado em rodovia estadual há dez minutos do centro da cidade, localidade assistida por transporte público regular.

Impugnou, ainda, o período alegado para deslocamento, bem como a alegação de que fosse necessária a longa espera do veículo.

O pleito não prospera, vez que a jornada *in itinere* pressupõe o fornecimento de condução pelo empregador, para deslocamento a localidade de difícil acesso ou não servida por transporte público, como se depreende do art. 58, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

No caso em apreço constitui fato público e notório que o estabelecimento da ré fica próximo ao centro do Município (não mais

que quinze quilômetros), em Rodovia Estadual pavimentada, trajeto para, em um sentido, os Municípios de Nova Monte Verde, Paranaíta, Apicás e Nova Bandeirantes e, em outro, para Carlinda, Colíder, Sinop, Cuiabá, entre outros.

Diante de tal contexto, constitui fato público e notório que há transporte público regular, permitindo que a autora se valesse de outro meio que não aquele que afirmou ser fornecido pela ré.

Nessa esteira, cumpre registrar que não demonstrou que o transporte que utilizava no trajeto trabalho/residência e vice-versa era fornecido pela empregadora.

Não demonstrou, tampouco, que houvesse incompatibilidade entre o horário do transporte público e o início (ou término) de sua jornada, de forma a atrair a aplicação do previsto no item II, da Súmula 90, do Tribunal Superior do Trabalho.

Por conseguinte, necessário concluir que não se encontram presentes os requisitos ensejadores da jornada *in itinere*, razão pela qual indefiro o pleito de condenação da Ré à remuneração do período utilizado para deslocamento ou para aguardar o ônibus chegar ou partir, bem como os reflexos desta verba nas demais descritas na exordial.

Pleito indeferido, portanto.

## **2.9. Dos depósitos fundiários**

A autora afirmou não ter a ré recolhido corretamente os depósitos fundiários em sua conta vinculada e postulou fosse comprovada a regularidade, sob pena de indenização do valor equivalente.

A ré refutou o pleito e salientou que, sendo a autora titular da conta, deveria trazer aos autos o extrato e apontado eventuais diferenças.

Destacou ser indevida qualquer diferença e juntou extrato de mencionada conta, documento que não foi impugnado pela autora.

Assim, ressalvados os reflexos das verbas acima deferidas, não há que se falar em condenação da ré a proceder aos recolhimentos fundiários.

Da mesma forma, a multa fundiária é indevida, face à modalidade rescisória.

Indefiro, portanto.

## **2.10. Dos pleitos indenizatórios**

### **2.10.1. Do vestiário**

A autora alegou ter sofrido dano moral, em razão da ausência de privacidade no vestiário coletivo, visto que se sentia constrangida por ter que se trocar diante das colegas.

Aduziu que, para agravar a situação, uma funcionária fazia a entrega dos uniformes por uma janela, motivo pelo qual os homens passando poderiam visualizá-las seminuas.

Alegou que a partir de maio um homossexual chamado Marcelo, e conhecido por Denise, passou a compartilhar do mesmo vestiário, aumentando-lhe o constrangimento.

Afirmou que por vezes havia funcionários do sexo masculino fazendo manutenção daquele ambiente e não saíam, fazendo com que se trocasse também diante deles.

Argumentou que tais fatos causaram-lhe humilhações e constrangimentos, causa de pedir que fundamentou o pedido de condenação da Ré ao pagamento de indenização por imaterial.

A ré rechaçou o pleito, sustentando que a troca de roupa e colocação do uniforme da empresa é necessária para a realização do trabalho, bem como o uniforme tem que ser esterilizado para que não haja nenhuma contaminação dos produtos manipulados pelos trabalhadores.

Aduziu que o procedimento constitui exigência do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e que os mesmos pegam as vestimentas no óculo, para posteriormente fazer a troca.

Esclareceu que, na saída, os funcionários entram no vestiário, pegam sua sacola, retiram o uniforme, colocam a roupa e colocam os uniformes no duto de roupas sujas.

Frisou que os empregados não tinham que aguardar em roupas íntimas para se vestirem,

porquanto suas roupas e bens pessoais ficavam pendurados em “gancheiras”.

Consignou permitir que os colaboradores utilizassem short, calça branca ou camiseta por baixo do uniforme e que o vestiário em que se trocava a Autora era de uso apenas de pessoas do sexo feminino.

Destacou não ter a autora sequer mencionado quais chacotas e constrangimentos sofria e asseverou que a mesma incorria em flagrante crime de discriminação, ao postular indenização por se sentir exposta ao trocar de roupas com trabalhador homossexual.

Nessa esteira, vale destacar que a responsabilização indenizatória requer a presença de conduta comissiva ou omissiva do agente, ato ofensivo, doloso ou culposo, ocorrência efetiva de dano ao ofendido e o nexos causal entre ambos.

À autora competia comprovar a presença de tais requisitos, visto que constituem fundamento do direito que afirmou possuir, do qual não se desincumbiu, como passo a demonstrar.

Não restou demonstrado que o vestiário fosse devassado através de abertura para entrega de uniformes, de forma a ensejar a visualização das trabalhadoras por pessoas do sexo masculino.

Tampouco comprovou a autora que houvesse manutenção do ambiente por homens durante a troca das trabalhadoras, ou ainda, que tivesse sido alvo de chacotas.

Em sede de depoimento pessoal, reconheceu existir vestiário destinado a pessoas do sexo masculino e outro para as pessoas do sexo feminino e, embora tenha afirmado que era reduzido o espaço, confessou a existência de compartimentos individuais.

Reafirmou, também, que pessoa do sexo masculino, conhecida por Denise, também utilizava o vestiário feminino.

A testemunha que convidou, apesar das ressalvas que repisei, afirmou que tal pessoa,

embora ainda possua o órgão sexual masculino, apresenta-se como mulher, tem seios e cabelos compridos, corroborando, assim, a informação da preposta da ré de que se trata de “transexual”.

Em relação ao fato de a autora utilizar vestiário comum às demais trabalhadoras, a própria Norma Regulamentadora n. 24, do Ministério do Trabalho e Emprego, que dispõe acerca do tema, prevê apenas a necessidade de separação por sexo e não de vestiário individual.

Por outro lado, a legislação pátria nada dispõe acerca de vestiários para transgênero, motivo pelo qual cabe ao julgador apreciar a situação à luz dos Princípios Gerais do Direito.

Nessa esteira, cumpre registrar que há pessoas como Denise, nome social do trabalhador Marcelo, que não possuem identidade psíquica com o seu sexo anatômico. São os designados transgêneros.

A identidade de gênero não corresponde ao biológico, contudo, tal particularidade não se confunde com homossexualidade e como esta não é anomalia ou perversão.

Feita a ressalva, cumpre destacar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê, em seu art. 1º, que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, e, em seu art. 2º, estabelece que todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados, sem qualquer distinção.

Especificamente sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, houve aprovação da Resolução n. A/63/635, pela Organização das Nações Unidas e da Resolução AG/RES-2435(XXXVIII-O/08), pela Organização dos Estados Americanos, ambas com a nítida preocupação com os atos de violência e as violações aos direitos humanos motivados pela orientação sexual ou pela identidade de gênero.

No mesmo sentido, a Introdução aos Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da

Legislação Internacional de Direitos Humanos em Relação à Orientação Sexual e à Identidade de Gênero, está previsto que:

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual e a **identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso.**” (Princípios de Yogyakarta. 2006 *in* <<http://www.clam.org.br/busca/?q=Princ%C3%ADpios+de+Yogyakarta&ok=ok>>, com negritos nossos.)

No plano nacional, a Lei Maior da República Federativa do Brasil elegeu a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos e fixou como seu objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos de qualquer ordem.

A autodeterminação da pessoa é corolário dos direitos fundamentais à liberdade, à privacidade e à igualdade, também constitucionalmente garantidos (art. 5º, da Constituição Federal).

De outro lado, a autora e as demais trabalhadoras são titulares de direitos igualmente defensáveis, inclusive à privacidade assegurada pela Lei Maior, motivo pelo qual a solução da lide advém da observância dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

À luz de tais Princípios, não seria razoável exigir que o trabalhador transgênero, com o sentimento e a aparência femininos, fosse compelido a utilizar o vestiário masculino.

Excluí-lo dos vestiários masculino e feminino e determinar que, obrigatoriamente, fizesse uso de um vestiário particular, seria reafirmar o preconceito, a discriminação e a segregação, o que seguramente o mesmo já vivenciou, o que não contribui para a “construção de uma sociedade uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos de qualquer ordem”.

Portanto, considero que a solução correta foi a adotada pela empresa, de facultar o uso de

vestiário individual e de permitir que utilizasse o vestiário feminino, até porque a existência do órgão sexual masculino não significa interesse afetivo/sexual pelas colegas do sexo feminino.

Ademais, a troca de uniforme não obrigava as trabalhadoras a se despirem totalmente e as roupas íntimas que restavam se assemelham, em regra, ao que se usa em praias, rios, piscinas e similares.

Não bastasse isso, a trabalhadora que se sentisse incomodada poderia se valer dos compartimentos fechados, que contêm vasos sanitários ou chuveiros, assim, considero que não houve violação à intimidade das mesmas.

Consigno, por oportuno, que a autora não comprovou que o vestiário não estivesse em conformidade com o contido na Norma Regulamentadora n. 24, do Ministério do Trabalho e Emprego, de onde se depreende que as trabalhadoras dispunham daqueles compartimentos em número compatível com o de empregadas que o utilizavam.

Por outro lado, importante destacar que eventual desconforto, advindo das convicções sociais e religiosas da Autora, não se confunde com dano moral.

A propósito do tema, o eminente Desembargador Sérgio Cavalieri Filho destaca que:

“... só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de

**indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.”** (*Programa de Responsabilidade Civil*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 105, com destaques nossos.)

Por todo o exposto, considero que não restou demonstrada a existência dano àquela, motivo pelo qual indefiro o pleito indenizatório.

## 2.10.2. Do vazamento de amônia

A autora alegou que durante o vínculo laboral estivera exposta à condição de risco grave e iminente, em razão de constantes vazamentos de gás de amônia no estabelecimento da ré, causando pânico e pavor entre os empregados desta.

Aduziu que, por diversas vezes, sentira-se mal, com dores nos olhos, na boca e vias respiratórias, tontura e náuseas.

Relatou ter o último acidente ocorrido em 9 de setembro de 2013, quando houve pânico e terror, contudo, a Ré não suspendera suas atividades.

Pelo exposto, postulou fosse a mesma condenada ao pagamento de indenização por dano moral.

A ré refutou o pleito, alegando não ter havido vazamentos, razão pela qual a Nota Técnica arguida não se aplicaria à situação em exame e o pleito deveria ser julgado improcedente.

As partes teceram considerações acerca das normas de segurança e da responsabilidade civil.

Mais uma vez à autora competia o ônus de demonstrar a existência dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil da ré, em consonância com o previsto no art. 818, da Consolidação das Leis do Trabalho e art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, do qual não se desincumbiu, como passo a demonstrar.

Em seu depoimento pessoal, afirmou passar mal quando havia vazamentos de amônia, o que ocorrera em sete oportunidades, quando sentia-se mal, com dores nos olhos e na cabeça, além “da respiração”.

Relatou ter havido pessoas que desmaiaram, embora ela mesma não tenha procurado assistência médica.

A testemunha que convidou confirmou ter havido oito vazamentos, sem que houvesse necessidade de evacuação do ambiente, porque utilizavam máscaras e relatou perceber que “vinha muita água e molhava” a máscara, embora nunca tenha sofrido queimadura.

Disse perceber vapor estranho, especialmente onde guardavam os equipamentos e que “diziam ser amônia”.

Relatou ter uma pessoa desmaiado, contudo, não sabia informar seu nome e a própria testemunha nunca procurara assistência médica, embora sentisse tontura, ânsia de vômito e mal-estar.

As informações não nos conduzem à conclusão de que houvesse vazamento de amônia, mas de que a referida testemunha faltou com a verdade, isso porque no documento juntado sob o Id 2454620, o Ministério do Trabalho e Emprego, em informações requisitadas pelo Juízo, diante das atuais e sucessivas alegações de tais vazamentos, inclusive em ambientes não climatizados, que teriam motivado a interdição do estabelecimento da Ré por aquele, esclareceu que esta ocorrera em março de 2011, em razão de irregularidade na operação da caldeira e inadequação do local de instalação dos vasos de pressão e digestores.

Relatou que em vistoria realizada em junho de 2011 constatou-se que a interdição não fora observada e que dois vasos de amônia estavam com problemas em suas válvulas de segurança e os equipamentos foram interditados, contudo, destacou que não houve constatação de vazamento de amônia, seja na forma líquida ou gasosa.

O Auditor Fiscal que firmou o documento ressaltou não ter realizado inspeções no setor de desossa, razão pela qual não poderia dizer se houve ou não vazamentos naquele local, no entanto, ao responder ao terceiro questionamento

do juízo, com amparo na nota técnica mencionada pela Autora, esclareceu que:

“Entretanto, frise-se que a empresa **utiliza a amônia como líquido refrigerante** em seu sistema de refrigeração, produto que **circula por toda parte refrigerada artificialmente** de forma que, se não efetuada manutenção adequada nesse sistema, se submetem a riscos de vazamentos com exposição dos trabalhadores.

Esse produto, **em condições de temperatura e pressão ambientes, se apresenta em forma gasosa**, é altamente higroscópico e sua reação com água produz hidróxido de amônia (NH<sub>4</sub>OH), **líquido em temperatura ambiente, e com as mesmas propriedades da soda caustica. É altamente tóxica, com limite de tolerância**, quanto à insalubridade, de 20 ppm (partes por milhão) e explosiva em concentrações de 15 a 30% em volume.(...)

O gás é um irritante poderoso das vias respiratórias, olhos e pele. **A inalação pode causar dificuldades respiratórias, broncoespasmo, queimadura da mucosa nasal, faringe e laringe, dor no peito e edema pulmonar. A ingestão causa náusea, vômitos e inchaço nos lábio, boca e laringe. Em contato com a pele, a amônia produz dor, eritema e vesiculação.** Em altas concentrações, pode haver necrose dos tecidos e queimaduras profundas. **O contato com os olhos pode causar irritação, conjuntivite, erosão da córnea e cegueira temporária ou permanente.** (...). (fonte: nota técnica n. 03/2004 – Refrigerante industrial por amônia, do Ministério do Trabalho e Emprego).” (p. 4, com destaques nossos.)

Ressalvado o problema não especificado com a respiração, observo que os sintomas para inalação não condizem com os narrados pela autora e pela testemunha, em seus respectivos depoimentos, e não houve, segundo consta nos autos, contato físico com o agente.

Destaca-se que a amônia, segundo o documento, é utilizada na forma líquida pelo estabelecimento do réu e tanto testemunha quanto autora afirmaram ser atingidas pelo gás daquele produto, sendo certo que aquela reconheceu não verificar a presença de nenhum líquido estranho.

Registra-se que a mesma somente se apresenta em forma gasosa em condições de temperatura e pressão ambientes, o que não se verificava no setor em que atuaram aquelas, com temperatura em torno de 12 °C.

Frise-se que, de acordo com o referido documento, somente em junho de 2011 observou-se que havia problemas com as válvulas de segurança, porém, não se constatou o vazamento e, na oportunidade, foi interdito o estabelecimento, contudo, neste período a autora não laborava no local.

Verifica-se que, tão logo constatada a irregularidade nas válvulas de segurança, o Ministério do Trabalho e Emprego interditou o local e se o liberou, certamente porque verificou que sanadas aquelas.

Observa-se, também, que por ser altamente tóxica, com baixo limite de tolerância, qualquer vazamento acometeria todos os trabalhadores, com efeitos catastróficos e não mero mal-estar.

Por outro lado, fosse o “estranho vapor” produto da amônia vazada, a ponto de umedecer a máscara que a testemunha afirmou utilizar, certamente causaria queimaduras e a mesma negou que isso tenha ocorrido.

Nessa esteira, registra-se que somente respirador com vedação facial, em conformidade com os item D.2, da Norma Regulamentadora 6, do Ministério do Trabalho e Emprego, seria capaz de evitar aqueles, até porque a testemunha afirmou que continuavam trabalhando, e não é crível que aquela fosse fornecida rotineiramente aos trabalhadores do setor de corte.

Registra-se que o respirador de fuga (item D.5, da mesma Norma Regulamentadora) somente permitira a saída dos trabalhadores, mas

não a continuidade da prestação de serviços, e que máscara descartável não os protegeria em nenhuma das hipóteses.

Ademais, a autora não afirmou que utilizasse qualquer espécie de máscara, colidindo suas informações, portanto, com o afirmado pela testemunha que convidou, razões pelas quais considero que esta carece de credibilidade.

Diante do exposto, não é possível afirmar que os sintomas que autora e testemunha afirmaram terem sofrido sejam decorrentes de vazamento de gás de amônia e, não comprovado que este ocorreu ou que não houvesse manutenção dos vasos, de forma a expor os trabalhadores a risco iminente, rejeito o pleito indenizatório.

### 2.10.3. Dos uniformes

A autora postulou fosse a ré condenada ao pagamento de indenização por dano moral, por lhe fornecer uniformes molhados, fato que foi negado pela mesma.

Àquela competia o ônus probatório, em conformidade com o art. 818, da Consolidação das Leis do Trabalho, e deste não se desincumbiu, posto que as testemunhas ouvidas, inclusive a convidada pela Autora, que confirmou suas alegações, não se revelaram dignas de crédito, como já repisamos.

Por conseguinte, indefiro o pleito indenizatório fundado em referido fato.

### 2.10.4. Do assédio moral

A autora relatou que em 2.9.2013, começou a sentir dores na bochecha, devido a um tumor na parte interna da boca, motivo pelo qual comunicou a um dos líderes do setor, que a autorizou a ir ao ambulatório dentro da empresa.

Afirmou ter sido atendida pelo médico, que apenas lhe prescreveu medicamentos, porém, ao retornar ao setor foi abordada pela líder Ivonete que, com voz alterada e diante dos demais empregados, questionou se a autora era líder ou dona da empresa para sair sem autorização.

Alegou ter justificado o motivo da saída e ter mostrado a autorização, porém, aquela lhe disse que não aceitava tal situação e continuou destratando-a.

Asseverou que, diante das ofensas e humilhações, dirigiu-se ao setor de recursos humanos com o intuito de pedir demissão, no entanto, teria sido demovida pelo encarregado.

Teceu considerações acerca da culpa da empregadora, que afirmou eleger pessoas para ocupar cargos de gestão sem qualquer preparo e postulou fosse a mesma condenada ao pagamento de indenização por dano moral.

Esta negou que tal fato tenha ocorrido, ou que a autora sofresse danos à sua integridade física ou psíquica e sustentou propiciar ambiente de trabalho seguro e hígido à mesma.

Exposta a controvérsia, registro que o assédio moral caracteriza-se como atentados à dignidade do trabalhador, promovidos de forma reiterada no ambiente de trabalho, tanto nas relações entre chefes e subordinados, quanto nas relações entre trabalhadores de mesmo nível hierárquico, ostentando os mais variados propósitos, que tanto podem ser a demissão da vítima, sua remoção ou transferência, sua aposentadoria precoce ou seu afastamento por qualquer outra justificativa.

Conforme lecionava a ilustre doutrinadora Alice Monteiro de Barros, na obra *Curso de Direito do Trabalho*, 9. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 733 “o assédio moral não se confunde com outros conflitos, que são esporádicos, nem mesmo com más condições de trabalho, pois pressupõe o comportamento (ação ou omissão) por um período prolongado, premeditado, que desestabiliza psicologicamente a vítima”.

O assédio moral, sob tal enfoque, pressupõe a conduta abusiva pelo empregador ou seus prepostos, manifestada através de atos, comportamentos, palavras ou gestos, que impliquem negativamente a saúde psíquica e física da vítima, gerando estresse, ansiedade, depressão e desequilíbrio psíquico.

Do terror psicológico praticado pela atitude abusiva do empregador, diretamente ou por seus prepostos, emerge o dano moral e decorre a obrigação de indenizar.

Segundo a inesquecível doutrinadora Alice Monteiro de Barros, na mesma obra acima citada, “a necessidade de proteção à dignidade do empregado que justifica a punição do assédio moral” (fl. 732).

Doutrina e jurisprudência elencam os principais requisitos caracterizadores do assédio moral passível de indenização, que consistem, basicamente, nos seguintes: a) intensidade da violência psicológica, capaz de gerar abalo psíquico na vítima, por violação de sua dignidade; b) prolongamento no tempo de condutas abusivas pelo agressor, com vistas a atingir o objetivo premeditado; c) a existência de um objetivo voltado a causar dano moral ou abalo psicológico na vítima, como forma de lhe marginalizar ou desestabilizar sua permanência na empresa; d) a efetiva ocorrência do dano psíquico, advindo de perturbações à personalidade e equilíbrio emocional da vítima.

Na hipótese em tela, cumpria à Autora o ônus de demonstrar a presença dos elementos caracterizadores do assédio moral, haja vista que se trata de fatos constitutivos do direito à indenização por dano moral postulado nos autos, na forma do disposto nos arts. 818, da Consolidação das Leis do Trabalho e 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

A mesma não se desincumbiu de tal ônus, primeiro porque o alegado abuso teria ocorrido em única oportunidade e não revelou, nem mesmo sob o enfoque das alegações obreiras, que tivesse outro objetivo, senão repreender a Autora, de forma imprópria.

Por outro lado, a prova produzida nos autos não foi capaz de nos convencer sequer que o fato alegado tenha se dado da forma abusiva alegada pela autora.

Nestes termos, indefiro o pleito formulado.

## **2.11. Da rescisão indireta do contrato**

A autora alegou ter a ré descumprido reiteradamente suas obrigações contratuais, vez que não proporcionava ambiente saudável, que garantisse sua integridade física e psíquica, na medida em que era exposta a situações vexatórias, insalubres e indignas.

Afirmou não gozar o intervalo previsto no art. 253, da Consolidação das Leis do Trabalho e utilizar vestiário sem privacidade e com a presença de “um homem homossexual”.

Ressaltou que a ré não efetuava manutenção em seus equipamentos de refrigeração, o que ensejava o constante vazamento de gás de amônia, colocando em risco a saúde dos trabalhadores.

Aduziu que aquela não orientava e capacitava seus gestores e escolhia pessoas despreparadas, arrogantes e autoritárias, que extrapolam e abusam de seu poder e função, humilhando e destratando os empregados, o que tornava o ambiente pesado, tenso e conflituoso.

Asseverou que tais fatos somados ao alegado assédio moral acima descrito seriam suficientes à rescisão do contrato por culpa da empregadora.

Com tais argumentos, postulou fosse reconhecida e declarada a rescisão indireta do contrato de emprego e condenada a ré ao pagamento das respectivas verbas rescisórias.

Esta refutou os pleitos, fundamentando ter aquela rescindido o contrato e que apenas a dispensara do cumprimento do aviso-prévio por liberalidade, fato que comprovava com juntada de Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho devidamente homologado pelo Sindicato da Categoria integrada pela autora.

Refutou ter cometido os atos imputados pela autora e postulou fossem aqueles julgados improcedentes.

Nesse contexto, cumpre destacar que a rescisão indireta, modalidade de extinção do contrato de emprego, pressupõe para a configuração a comprovação de que o empregador

tenha cometido falta suficientemente grave a ponto de causar prejuízos para o empregado e tornar impossível a continuidade da relação de emprego, repercutindo em prejuízo imediato, não passíveis de correção por via diversa.

A reação do empregado deve ser imediata, embora esse último requisito deva ser analisado “*cum grano salis*”, haja vista a sua situação de subordinação.

Colhe-se da doutrina de Délio Maranhão, na obra *Instituições de Direito do Trabalho*, 16. ed., vol. I, p. 589, maiores esclarecimentos quanto ao tema:

“(…) assim como uma falta leve do empregado, traduzindo, embora, também, inexecução do contrato, não justifica a resolução do vínculo pelo empregador, assim, igualmente, nem todo ato por este praticado, que importe inexecução do contrato, será suficiente, desde logo, para autorizar o rompimento da relação de trabalho. A ‘justa causa’, seja dada pelo empregado ou pelo empregador, deve revestir-se de gravidade. Se o empregado pode obter a anulação do ato do empregador, não será justo que, não se revestindo a falta, pelas circunstâncias do caso, daquela gravidade, que define a “justa causa”, opte pela solução extrema da resolução contratual, tal como, *mutatis mutandis*, tendo o empregador a possibilidade de aplicar ao empregado uma pena disciplinar mais branda, não lhe deve impor a pena máxima. O direito não pode usar dois pesos e duas medidas: o requisito da gravidade da falta é o mesmo, seja qual for o contratante que a pratique.”

No caso em apreço verifica-se a presença do requisito tipicidade, na medida em que existe previsão legal que assegura a rescisão por culpa do empregador, quando há comprovação das condutas descritas na exordial, conforme se verifica abaixo:

“Art. 483 – O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
- b) **for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;**
- c) correr perigo manifesto de mal considerável;
- d) **não cumprir o empregador as obrigações do contrato;**
- e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
- f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

§ 1º O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço.

§ 2º No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, é facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho.

§ 3º Nas hipóteses das letras “d” e “g”, poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo.” (Incluído pela Lei n. 4.825, de 5.11.1965)(sem destaque no original)

É necessário que se diga que a maioria das condutas descritas na exordial sequer restaram demonstradas.

Por outro lado, a utilização do vestiário feminino por empregado transgênero não foi considerada irregular e o intervalo intrajornada para recuperação térmica passou a ser concedido, ainda que parcialmente, a partir de janeiro de 2013.

Ademais, quando a autora pediu demissão, optou por modalidade rescisória diversa, deixando de se valer da hipótese prevista no art. 483, da Consolidação das Leis do Trabalho.

A conduta se equipara ao empregador que, diante da presença de justo motivo para rescisão do contrato de emprego, na forma prevista no art. 482, da Consolidação das Leis do Trabalho, opta por demitir o empregado sem justa causa.

Em assim procedendo, não pode, depois, postular o reconhecimento da justa causa.

Diante do exposto, deixo de reconhecer e declarar a rescisão indireta do contrato de emprego, reconheço que a rescisão se deu por iniciativa da autora, que pediu demissão e indefiro o pleito de condenação da ré ao pagamento das verbas rescisórias relacionadas na exordial, bem como a fornecimento de guias para levantamento do saldo existente em conta vinculada ou para habilitação à percepção de seguro-desemprego, porquanto são direitos que decorrem da modalidade rescisória não comprovada.

## **2.12. Da Justiça gratuita**

Defiro à autora os benefícios da Justiça Gratuita, visto que, em face do Requerimento formulado e considerando o disposto no art. 790, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, tenho como suficientemente caracterizados os requisitos para concessão.

## **3. DISPOSITIVO**

Ante ao exposto e por tudo mais que dos presentes autos consta, decide a Excelentíssima Juíza do Trabalho, Titular da Vara do Trabalho de Alta Floresta – MT, resolver o mérito da lide, com fulcro no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos formulados por Fátima Aparecida Pimentel Espinho em face de JBS S.A., na Ação Trabalhista distribuída sob o n. 0002367-38.2013.5.23.0046, para condená-la ao pagamento de remuneração de sobrejornada, do intervalo previsto no art. 253, da Consolidação das Leis do Trabalho, do adicional de insalubridade e reflexos destas nas demais verbas acima discriminadas, observa as

diretrizes contidas na fundamentação, inclusive quanto à compensação.

## **SENTENÇA LÍQUIDA**

O deliberado tem como suporte o que consta na fundamentação desta sentença e nos cálculos em anexo, que foram realizados pelo Núcleo de Contadoria do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região e fazem parte integrante desta, para todos os efeitos legais, refletindo o valor do débito da acionada, sem prejuízo quanto à atualização futura e cômputo de juros em caso de mora.

Ficam as partes advertidas de que eventual inconformismo quanto aos valores apurados deverá ser manifestado na instância recursal própria, através de impugnação específica, sob pena de preclusão.

Juros e correção monetária na forma da lei (art. 39, § 1º da Lei n. 8.177/91 e art. 883, da Consolidação das Leis do Trabalho) e observadas as Súmulas ns. 200, 211 e 307, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, além da Tabela Única para atualização de débitos trabalhistas – Sistema Único de Cálculo (SUCJT) prevista na Resolução n. 008/2005, de 27.10.2005, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

A correção monetária e os juros moratórios incidentes sobre a indenização por dano moral serão devidos a partir do arbitramento, observados os índices previstos na legislação vigente (Súmula n. 362, do Superior Tribunal de Justiça e art. 39, § 1º da Lei n. 8.177/91).

Na apuração das parcelas previdenciárias, observou-se o Provimento n. 01/96, oriundo da E. Corregedoria do C. Tribunal Superior do Trabalho.

Para cálculo do imposto de renda retido na fonte, o contido no art. 12-A, da Lei n. 7.713/1988.

Para efeito de cumprimento do que estabelece o art. 832, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei n. 10.035/2000, declara de cunho indenizatório e não tributáveis as parcelas deferidas por esta sentença

enquadradas entre aquelas previstas no art. 214, § 9º do Decreto n. 3.048/99.

A Ré deverá proceder ao recolhimento das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a e II da CRFB/88, incidentes sobre verbas de natureza salarial a cujo pagamento foi condenada, sob pena de execução de ofício (art. 114, VIII da Carta Política).

Custas processuais no importe total de R\$ 214,42, calculadas com fulcro no valor que arbitro à condenação, qual seja, R\$ 8.577,00 e previsão legal contida no art. 789, inciso IV, da Consolidação das Leis do Trabalho, sujeitas à complementação.

Sentença proferida em 20 de maio de 2014.

O excesso de prazo para prolação da mesma foi motivado pela suspensão dos prazos

processuais, decorrentes da 1ª Semana Jurídica do Ano de 2014, sucedida pelo gozo de férias remanescentes por esta magistrada e pelo Feriado Municipal de 19.5.2014.

**Cientifiquem-se as partes.**

Transitada em julgado a sentença, em atenção à Recomendação Conjunta GP CGJT. n. 3/2013, da Presidência do Tribunal Superior do Trabalho e da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, encaminhem-se cópias da mesma ao Ministério do Trabalho e Emprego e ao Tribunal Superior do Trabalho, através dos endereços eletrônicos <sentencas.dsst@mte.gov.br> e <insalubridade@tst.jus.br>.

**CLAUDIA REGINA COSTA DE LÍRIO  
SERVILHA,**

Juíza do Trabalho

# 3ª Vara do Trabalho de São Luís – MA

Processo: 0018101-56.2013.5.16.0003

Reclamantes: José Ribamar Barros Júnior e Guida Mendonça Figueiredo Ferreira Rocha

Reclamado: Banco do Nordeste do Brasil S/A.

## SENTENÇA

### I – RELATÓRIO

1. Trata-se de reclamação trabalhista proposta por JOSÉ RIBAMAR BARROS JÚNIOR e GUIDA MENDONÇA FIGUEIREDO FERREIRA ROCHA em face do BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A., onde, em síntese, alegam que foram aprovados em concurso público para o cargo de advogado (Especialista Técnico 1 — EAV) do reclamado; que obtiveram, respectivamente, a 15ª e 14ª colocação no referido certame para o “Polo Maranhão”; 72 aprovados, 9 vagas para o estado (“Polo”) do Maranhão; que o reclamado nomeou nove concursados e embora havendo necessidade de serviços optou por contratar advogados terceirizados violando frontalmente a regra do concurso público e gerando o direito à nomeação que pleitearam inclusive através de antecipação de tutela. Pediram, outrossim, declaração de nulidade (e rescisão — *sic!*) dos contratos de prestação de serviços terceirizados; danos materiais e morais; subsidiariamente, indenização por perda da chance de nomeação, além de verba honorária. A petição inicial veio em 143 (cento e quarenta e três) *laudas*, proposta ainda na vigência do Edital do concurso. Juntou vários documentos.

2. Contestação com preliminar de *incompetência absoluta em razão da matéria*. No mérito, alegou que as convocações e nomeações de candidatos são efetuadas considerando o surtimento de vagas, “em número que atenda às

*necessidades do serviço, de acordo com as possibilidades orçamentários” (sic)*, nos termos do Edital do concurso. Disse ainda que embora o concurso tenha ocorrido “APENAS PARA CADASTRO DE RESERVA”, o banco reclamado já realizou 1.890 convocações (*sic*); que de acordo com determinação do “DEST/MP”, que fixa o número de vagas para o quadro de empregados do Banco do Nordeste: em 20.12.2005 era (*sic*) 5.895; em 5.6.2012, 6.286; em 19.3.2013, 6.502, “COM PREVISÃO DE CHEGAR ÀS 7.150 AO FINAL DE 2016”; que até 31.1.2014 o reclamado possui 6.489 empregados, “restando um saldo de 661 vagas a serem preenchidas e alocadas prioritariamente nas mencionadas novas agências...” (*sic* — grifamos).

3. Continua a contestação argumentando que a contratação de serviço jurídico é lícita, de atividade-meio e realizada mediante processo licitatório albergado pela Lei n. 8.666/93, destinando-se a “*suprir necessidades distintas da instituição*” (*sic*). Impugnou os demais pedidos, inclusive o de antecipação de tutela, requerendo ao final a improcedência da reclamação. Juntou documentos.

4. Os reclamantes manifestaram-se sobre os documentos que vieram com a contestação e na oportunidade informaram que autora Guida Mendonça Figueiredo Ferreira Rocha, então ocupante da 14ª colocação do concurso, *fora convocada pela reclamada*.

5. Em audiência foi deferido pedido de desistência da ação em relação à reclamante

convocada. Nesse tocante o processo foi extinto sem julgamento de mérito. Sem outras provas foi encerrada a instrução processual. Razões finais remissivas e falhas as propostas de conciliação.

6. É o Relatório no que pertine.

## II – FUNDAMENTAÇÃO

7. Preliminar de Incompetência Absoluta da Justiça do Trabalho. Rejeita-se. O reclamado defende a competência da Justiça Comum para julgar a questão. Alega que o pedido de ilegalidade dos contratos de prestação de serviços terceirizados são regulados pela lei de licitações cuja análise de pertinência não cabe à Justiça Laboral.

8. A definição da competência é fixada no momento em que a ação é proposta (art. 87 do CPC), observando-se como seu elemento definidor a causa de pedir e o pedido apresentados na petição inicial. No caso presente, o reclamante discute seu alegado direito a uma relação empregatícia com o reclamado, relação esta fundamentada na legislação trabalhista.

9. Portanto, não resta dúvida de que a competência para apreciar a presente lide é da Justiça do Trabalho. Nesse sentido, pela rejeição da preliminar, os arestos que seguem:

*“(…) AGRADO DE INSTRUMENTO. INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. O fato de o pedido versar sobre convocação de candidato aprovado em concurso público, realizado pela Petrobras Transporte S.A., sociedade de economia mista, questão relativa à fase pré-contratual, não retira a competência desta Justiça para examiná-lo. (...)”* (Ag-AIRR – 162000-49.2009.5.19.0010, relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 20.2.2013, 4ª Turma, Data de Publicação: 22.2.2013.)

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO — RECURSO DE REVISTA — COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO — CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO — FASE PRÉ-CONTRATUAL. Não afasta*

*a competência desta Justiça Especializada o fato de o pedido versar sobre convocação de candidato aprovado em concurso público, realizado pela Petrobras, sociedade de economia mista, questão relativa à fase pré-contratual. A Emenda Constitucional n. 45/2004 atribuiu a esta Justiça competência para processar e julgar 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. Trata-se de situações que, embora antecedentes ou posteriores, à efetiva formalização do contrato de emprego ou da relação de trabalho propriamente dita, geram efeitos jurídicos (art. 422 do Código Civil), daí por que, ainda que haja envolvimento de ato administrativo, tal ocorrência não transmuda a natureza trabalhista do litígio. Logo, considerando que a proposta de admissão futura do candidato é de ser regida pela CLT, a competência para exame do feito é atribuída a Justiça do Trabalho. Intacto o art. 114, III, da Constituição Federal. Agravo de instrumento não provido.”* (AIRR-188085-40.2007.5.20.0002, 2ª Turma, relª Minª Maria das Graças Silvano Dourado Laranjeira, DJ de 16.11.2012.)

10. Mérito. É incontroverso: (i) que o reclamante foi aprovado na 15ª colocação em concurso público referido no Edital n. 01/2010, para cadastro de reserva do reclamado, cargo “Especialista Técnico 1 — Advogado” (DOU 9.6.2010); (ii) que o reclamante é o próximo da vez a ser chamado para ocupar o cargo, segundo a ordem de classificação do referido concurso, em vista também da convocação da sua até então litisconsorte ativa, 14ª colocada, que em face desta convocação desistiu do prosseguimento da reclamação; (iii) que durante a vigência do referido Edital, o reclamado prorrogou várias contratações de serviços advocatícios terceirizados realizados através de processo licitatório; (iv) que a necessidade dos serviços advocatícios para a reclamada é constante e crescente, à vista também do aumento do número de novas agências.

11. É controverso: (v) se são distintos os serviços advocatícios realizados pelos terceirizados e pelos advogados contratados da reclamada;

(vi) se o procedimento de contratação (e a prorrogação de contratos) de serviços advocatícios terceirizados durante a vigência do referido Edital de concurso configura **preterição dos candidatos aprovados para cadastro de reserva**.

12. Está disponível na *internet*, no endereço eletrônico do reclamado (<www.bnb.gov.br>) que: “O Banco do Nordeste do Brasil S.A. é uma instituição financeira, estatal, constituída na forma de sociedade de economia mista cuja 90% das suas ações estão sob o controle do Governo Federal”; “Maior banco de desenvolvimento regional da América Latina”; **a instituição tem como valores: “Justiça — Honestidade — Democracia — Cooperação — Disciplina — Governança — Sustentabilidade — Compromisso — Confiança — Civilidade — Transparência — Igualdade — Respeito.”** O reclamado integra a administração pública indireta e, portanto, deve obediência ao determinado pela **Constituição Federal** no seu art. 37, *caput*:

*“A administração pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência e, também, ao seguinte: (...).”*

13. De sorte que o reclamado ofende princípios e regras constitucionais, além dos próprios valores que prega, quando, embora presentes a real necessidade de pessoal, prefere a contratação precária e temporária a regular e legal dos aprovados em concurso público.

14. Causa espécie de início o próprio Edital do concurso referir-se apenas a **cadastro de reserva**, sem fixação de qualquer cargo vago. A própria dinâmica de serviços e ações desenvolvida pelo reclamado, como reconhecido inclusive EM LETRAS GARRAFAS na contestação, atesta a existência de vagas e a necessidade crescente e constante de mais e novos serviços advocatícios e, portanto, de novos empregados para atender estas atividades, senão vejamos (**SIC!**):

*“PORTANTO, DIANTE DAS 1.890 CONVOCAÇÕES JÁ REALIZADAS E COMPROVADAS PELO BANCO, PARA UM CONCURSO QUE ERA APENAS PARA CADASTRO DE RESERVA, NÃO HÁ FALAR QUE OS APROVADOS NÃO ESTARIAM SENDO CONVOCADOS.*

*DE ACORDO COM A PORTARIA N. 12, DE 20.12.2005, DO DEST/MP(, COM 01 FL.), O NÚMERO DE VAGAS APROVADAS DOC. 10 PARA O QUADRO DE EMPREGADOS DO BANCO DO NORDESTE ERA 5.895.*

*CONFORME A PORTARIA N. 10, DE 29.5.2012, DO DEST/MP, PUBLICADA EM 30.5.2012 E RETIFICADA EM 5.6.2012 (DOC. 11, COM 02 FLS.), O NÚMERO DE VAGAS APROVADAS PARA O QUADRO DE EMPREGADOS DO BANCO DO NORDESTE ERA 6.286.*

*NO ENTANTO, POR CAUSA DO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO DO BNB, QUE INCLUI A AMPLIAÇÃO DA REDE DE AGÊNCIAS EM MAIS 108 (CENTO E OITO) NOVAS UNIDADES ATÉ O FINAL DE 2014, O DEST/MP APROVOU, MEDIANTE A PORTARIA N. 03, DE 19.3.2013 (DOC. 12, COM 02 FLS.), A AMPLIAÇÃO GRADATIVA DO NÚMERO DE VAGAS DO BANCO, SENDO QUE NO ANO DE 2013 RESTOU AUTORIZADA A ELEVAÇÃO PARA 6.502 VAGAS, COM PREVISÃO PARA CHEGAR ÀS 7.150 VAGAS AO FINAL DE 2016. PORÉM, DIANTE DA NECESSIDADE DE ACELERAR A INSTALAÇÃO DAS NOVAS AGÊNCIAS, O DEST/MP APROVOU, MEDIANTE A PORTARIA N. 43, DE 26.12.2013 (DOC. 13, COM 01 FL.), ANTECIPAR PARA 12/2013 A AMPLIAÇÃO DO QUADRO DE PESSOAL PRÓPRIO DO BNB PARA 7.150 (SETE MIL, CENTO E CINQUENTA) EMPREGADOS.”* (Negritamos)

15. Gera muita estranheza que uma institucional da envergadura do reclamado, sendo

inclusive o “Maior banco de desenvolvimento regional da América Latina”, não invista em planejamento estratégico e gestão de pessoal eficiente, a tal ponto de **prever e minimamente fixar quadro de pessoal qualificado**, e portanto acessível pela via estreita e republicana do **concurso público**. Se já o tem (plano de gestão), não o está colocando em prática, visto que a contratação de advogados terceirizados para realizar serviços típicos e comuns a advogados empregados é ação arbitrária. Excede os limites do quadrante da discricionariedade, em desatendimento ao interesse público, e, portanto, ficando sujeita ao controle do poder judiciário.

16. Diante das circunstâncias que envolvem o presente caso, constatamos que o mecanismo de não informar e fixar previamente o número de vagas no edital do concurso, ao mesmo tempo em que se realiza licitação para contratação de serviços advocatícios terceirizados, e a renovação destes contratos durante a validade do concurso, constitui burla ao próprio sistema de acesso ao **emprego público** pela **via do concurso público** (CF/88, art. 37, II). Certo também que a fixação de vagas no edital do concurso **vincularia** a administração obrigando-a a nomeação do aprovado, salvo situações excepcionais, como respalda a sedimentada jurisprudência: **Súmula n. 15 do c. STF**.

17. Por outro lado, o reclamado defende-se alegando a pertinência da contratação de serviços terceirizados de advocacia para as questões de menor complexidade. Defende que a **exclusividade** desta grande quantidade de “serviços menores” aos terceirizados justifica a contratação precária e não desqualifica a licitude do procedimento, colacionando inclusive precedentes jurisprudenciais nesse sentido.

18. Ocorre, porém, que a **situação fática presente** é diversa da alegada pelo reclamado. Além da prova documental (incontroversa) trazida à colação pelo reclamante (várias peças processuais de autoria dos advogados terceirizados), a manifestação da advogada

do reclamado descortina a verdade sobre a questão debatida. **Os advogados terceirizados realizam os mesmos serviços dos advogados empregados do reclamado**, senão vejamos (Ata de audiência de 19.5.2014 – ID 815371):

*“MM. Juiz, o DEST/MP — Departamento das Empresas Estatais do Ministério do Planejamento determina a quantidade de empregados que o Banco deve manter vez que é sociedade de economia mista, cuja maior parte do capital social pertence à União; em razão do volume de processos que o banco possui por conta da quantidade de clientes em suas dezenas de agências, o banco procura equilibrar a quantidade de processo entre seus advogados empregados e os advogados terceirizados, visando sempre o cumprimento de todos os planos do Governo Federal e todas as cobranças dos órgãos externos que fiscalizam suas atividades. Assim sendo, o banco reclamado não deixa de cobrar as dezenas de clientes inadimplentes e procura a todo custo não deixar de responder nenhum prazo judicial não importando se as ações são ajuizadas e respondidas por advogados concursados e advogados terceirizados. Isso ocorre devido ao volume de ações e processo que o banco tem. Entretanto, a prioridade da distribuição e organização das atividades é que os advogados terceirizados, contratados mediante legal processo licitatório, recebam processos de menor complexidade e menor valor.”* (Negritos e grifos não são do original.)

19. Como se vê o reclamado: a) busca “equilibrar a quantidade de processos” **entre advogados empregados e terceirizados**; b) procura *a todo custo não deixar de responder nenhum prazo judicial* “**não importando** se as ações são ajuizadas e respondidas **por advogados concursados e advogados terceirizados.**” (grifamos e negritamos.) Confundem-se, portanto, as atividades dos advogados terceirizados e contratados.

20. De efeito, a prática do reclamado extrapola o quadrante da discricionariedade permitida

aos entes públicos. Ao modular desarrazoadamente e de forma ilícita a contratação de serviços terceirizados, preterindo em desfavor da própria administração pública a admissão de empregado aprovado em concurso público. Viola também o princípio constitucional da eficiência administrativa (CF/88, art. 37, *caput*), definido pelo mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA segundo segue, *verbis*:

*“Princípio da eficiência. “Eficiência” não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas, qualifica atividades. Em uma ideia muito geral, “eficiência” significa fazer acontecer com racionalidade — o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importa em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência, introduzido na (sic) art. 37 da CF pela Emenda Constitucional 19/1998, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação “meios e resultados.” (...).*

*Isso quer dizer, em suma, que a eficiência administrativa se obtém pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais) para melhor satisfazer as necessidades coletivas, num regime de igualdade dos usuários. Logo, o princípio da eficiência administrativa consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade em condições econômicas e de igualdade dos consumidores.” (Comentário Contextual à Constituição, José Afonso da Silva, 5. ed. Malheiros, p. 337 – Negritos e grifos nossos.)*

21. Certo que não cabe ao Poder Judiciário interferir definindo qual a melhor estratégia para gerência e administração de pessoal do reclamado, mas não se pode afastar do Poder

Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito (CF/88, art. 5º, XXXV). No caso em debate, uma vez que o reclamado optou por contratação de terceirizado para realizar serviços típicos do advogado empregado, não realizando nomeação de candidato aprovado em concurso público, implicou também ofensa ao princípio do concurso público e ao princípio da moralidade (CF/88, art. 37, *caput*).

22. Razões pelas quais convola-se a mera expectativa de direito em direito subjetivo à nomeação. Nesse sentido a vasta jurisprudência colacionada pelo autor ao longo da sua petição inicial de 143 (cento e quarenta e três) laudas, e a mais recente decisão do Colendo TST, *verbis*:

*“CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PARA CADASTRO DE RESERVA — AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO — DESEMPENHO DAS ATIVIDADES INERENTES AO CARGO DE ENGENHEIRO DE DUTOS E FAIXAS POR TRABALHADORES TERCEIRIZADOS. No caso, admite-se a convocação da mera expectativa de direito em direito subjetivo quando o candidato aprovado no concurso público em primeiro lugar para o cadastro de reserva do cargo de engenheiros e dutos tem sua nomeação preterida diante da contratação, dentro do período de validade do concurso, de trabalhadores terceirizados para exercer as mesmas funções. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR – 824-95.2010.5.24.0007, relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, DEJT 5.5.2014.) Negritamos*

23. Da tutela. Presente o perigo da demora da contratação, o que dispensa delongas face a natureza salarial que se encerra. E presente o direito propriamente dito: a expectativa convocada em direito do reclamante, candidato aprovado em concurso público, de ser contratado para o “cargo de Especialista Técnico 1 (advogado)” (*sic* – Tabela 2 – Edital – fl. 159 – ID 4111186). Presente à sociedade também a necessidade dos serviços advocatícios pelo reclamado, o que afasta a menor alegação de prejuízo para a instituição ou mesmo a de inexistência de vaga, até porque são ilícitas de fato

as 09 (nove) contratações terceirizadas para o Polo Maranhão. Assim, determina-se que seja cumprida imediatamente pelo reclamado a obrigação de contratar o reclamante.

24. **Do Dano Moral.** A existência do ato ilícito praticado pelo reclamado e que gerou prejuízo para o reclamante determina o deferimento do pedido (CF/88, art. 5º, V e X). A frustração do legítimo direito a uma vaga para a qual concorreu e foi vitorioso através de concurso público gerou indubitavelmente o dano moral. A expectativa de ocupar emprego público em uma instituição de renome, que lhe proporcionasse estabilidade financeira e reconhecimento social **obstada por ato ilícito** causou efeito na esfera psíquica do reclamante e merece reparo.

25. Quanto à **quantificação do dano moral**, deve-se compensar o sofrimento da vítima, verificando a extensão do dano (CC, art. 944); o grau de culpa do ofensor; a sua situação econômica, bem como as peculiaridades do caso em análise, nos seguintes termos:

*“É que a fixação da compensação alusiva ao dano moral e psicológico resulta de arbitramento do juiz, após analisar a gravidade da falta; a intensidade e a repercussão da ofensa; a condição social da vítima; a sua personalidade e a do ofensor; a possibilidade de superação física ou psicológica da lesão; bem como o comportamento do agressor após o fato, entre outros fatores.”* (BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 616.)

26. Outrossim, é de ser considerado o não enriquecimento ilícito da vítima; a capacidade econômica do ofensor e o **caráter pedagógico** visando a **não repetição do ato ilícito**, pelo que condeno a reclamada a pagar à reclamante, indenização no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

27. **Dano Material.** O reclamante pleiteia indenização no valor de R\$ 487.500,00 (quatrocentos e oitenta e sete mil e quinhentos

reais), argumentando que equivale a 39 meses de remuneração não recebida.

28. O reclamante foi privado do seu direito ao exercício do emprego público por ação do reclamado que optou por contratar terceirizados havendo candidatos aprovados em concurso público. Eis o nexo de causalidade. A presente indenização está relacionada, portanto, ao efetivo exercício do emprego. Considero, porém, que a resistência do reclamado à contratação do reclamante de fato teve início a partir do ingresso da presente reclamação (CC, art. 944). A reclamação foi proposta em 20.11.2013, dentro do prazo de validade do concurso (9.6.2014). Diante do que, considerando o valor da remuneração do advogado (declarada no Edital do concurso), fixo a indenização em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

29. **Dos pedidos de nulidade e suspensão dos contratos advocatícios terceirizados.** O Reclamante pede, concomitantemente, a “**suspensão de todos contratos advocatícios terceirizados (...)**” e o “**reconhecimento da nulidade/ilicitude de todos os contratos de prestação de serviços advocatícios(...)**” (sic – ID 4111120 – p. 141 da petição inicial).

30. Os pedidos trazem em si contradição. São incompatíveis os pedidos de suspensão e de declaração de nulidade dos referidos contratos terceirizados. E indefere-se o de que seja o reclamado obrigado a não realizar novos contratos terceirizados. Os pedidos se excluem entre si, pelo que restam **ineptos**, nos termos do art. 295, I c/c seu parágrafo único, IV do CPC.

31. **Do pedido de obrigação de não fazer.** O pedido: “Seja determinado ainda que a entidade requerida (...) cumpra obrigação de não fazer, no sentido de se abster de praticar qualquer ato (...), que importe em preterição na convocação, nomeação e posse, **em face de qualquer contratação de advogado e/ou sociedade de advogados (...).**” (sic — *idem*) Ora, como acentuado anteriormente, **uma vez cumpridos os requisitos estritamente legais**,

é possível a administração pública indireta contratar serviços advocatícios. E no presente caso, há perda do objeto pois foi deferido do pedido de contratação do reclamante.

32. Prejudicada a análise do pedido subsidiário de “indenização por perda de uma chance”, uma vez que acolhido o pedido principal.

33. Defiro ao reclamante os benefícios da **Justiça Gratuita**, vez que presentes os requisitos da lei.

34. **Verba honorária** indevida, pois não preenchidos os requisitos legais (TST, Súmulas ns. 219 e 329).

### III – CONCLUSÃO

Em razão do exposto, **rejeito a preliminar** de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho, para no mais, julgar **parcialmente procedentes** os pedidos formulados por **JOSÉ RIBAMAR BARROS JÚNIOR** em face de **BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A**, e, via de consequência, condenar o reclamado nas seguintes obrigações:

a) **contratar o reclamante**, no prazo de 5 (cinco) dias, no cargo de Especialista Técnico 1 (advogado), sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) – CPC, art. 461, § 6º;

b) no prazo de 15 dias do trânsito em julgado desta sentença, e observado o disposto no art. 457-J, *caput*, do CPC, efetuar o pagamento das seguintes parcelas:

b.1) **dano moral** no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais);

b.2) **dano material** no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais);

**Defiro** ao reclamante os benefícios da justiça gratuita.

**Declaro ineptos** os pedidos de suspensão, reconhecimento da nulidade/ilicitude, nos termos da fundamentação, e no tocante a estes pedidos extingo o processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, I, c/c art. 295, I, e seu parágrafo único, IV do CPC pátrio.

**Indefiro** os demais pedidos.

**Expeçam-se o mandado de cumprimento, com a urgência que o caso requer e as cautelas de praxe.**

Juros e correção monetária na forma legal.

Imposto de Renda e recolhimentos previdenciários nos termos da lei.

Custas processuais às expensas do reclamado, no importe de R\$ 4.000,00, calculadas sobre o valor arbitrado da causa em R\$ 200.000,00.

Intimações necessárias.

**Oficie-se ao d. MPT**, com cópia da presente sentença, para os devidos fins de direito.

São Luís(MA), 11 de junho de 2014.

Juiz **VELOSO SOBRINHO**,  
Titular da 3ª VT de São Luís



# Índice Geral

---



## Doutrina

- A atuação executiva dos direitos: perfis comparados.** 1. Introdução. 2. A adequabilidade da execução: os sistemas de *Common Law*. 3. Tipos de obrigações e tipos de execução: o modelo germânico. 4. A generalização da *astreinte*: o modelo francês. 5. Outras soluções, efetivas ou inexistentes. 6. Conclusões..... 17
- A terceirização e o descompasso com a higidez, saúde e segurança no meio ambiente laboral — responsabilidade solidária do tomador do serviço a partir das normas de saúde e segurança no trabalho.** 1. Noções introdutórias: contexto histórico. 2. Terceirização e acidente de trabalho: a face reflexa. 3. Normas de saúde e segurança no ambiente de trabalho e a sistematização da responsabilização solidária da cadeia produtiva. 4. Conclusões. 5. Referências bibliográficas ..... 41
- Os danos sociais e a postura do juiz.** 1. Introdução. 2. Do ilícito patronal. 3. Do dano social e sua reparação. 4. Da legitimidade para postular a reparação. Indenização *ex officio*. 5. Conclusão. Postura do magistrado perante o dano social. 6. Bibliografia..... 54
- O trabalho análogo ao de escravo e os esforços para sua erradicação no Brasil.** 1. Introdução. 2. Trabalho análogo ao de escravo. 3. Ações e estratégias de combate à escravidão. 4. Resultados obtidos. 5. Riscos que ameaçam o combate ao trabalho escravo. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas..... 65
- O processo eletrônico da perspectiva do juiz.** 1. Introdução. 2. Processo “eletrônico”. 3. Mudança apenas de meio. 4. O juiz estrategista. 4.1. O Direito deve continuar sendo dos juristas. A subinstrumentalidade da tecnologia. 4.2. O juiz estrategista e o novo instrumento de fazer o processo: diretrizes para a construção do Sepaj. 5. O juiz usuário/operador. 6. O juiz teórico. 6.1. A norma tecnológica (eNorma). 6.2. O novo ato jurídico-processual: ato tecnológico ou eAto. 6.3. A direito fundamental à transparência tecnológica. 6.4. Ampliação das revisões teóricas necessárias. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas ..... 85
- Deveres resultantes do princípio da cooperação processual: um debate com a doutrina portuguesa.** 1. Introdução. 2. Princípio da cooperação intersubjetiva. 3. Dever de esclarecimento. 4. Dever de consulta ou diálogo. 5. Dever de prevenção. 6. Dever de auxílio. 7. Considerações finais. 8. Referências ..... 100
- Interdito proibitório na Justiça do Trabalho.** 1. Introdução. 2. Da ação de interdito proibitório. 3. O uso dos interditos proibitórios na Justiça do Trabalho e o exercício do direito de greve. 4. Hipóteses de cabimento do interdito proibitório na Justiça do Trabalho. 5. Hipóteses lícitas para a obstrução do acesso ao local de trabalho. 6. Considerações sobre a liminar nos interditos proibitórios. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas..... 122
- A aplicação do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário e do Fator Acidentário de Prevenção à responsabilidade civil por acidente de trabalho.** 1. Introdução. 2. Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário. 3. Riscos ambientais do trabalho e Fator Acidentário de Prevenção. 3.1. RAT e a gradação tributária dos riscos por meio da CNAE. 3.2. Fator Acidentário de Prevenção. 4. Repercussão do reconhecimento do acidente do trabalho pelo INSS. 4.1. O reconhecimento do caráter laboral da enfermidade na

esfera previdenciária e a (não) vinculação da Justiça do Trabalho a esta decisão. 4.2. Perícia judicial e os institutos previdenciários. 5. O reconhecimento do acidente do trabalho pelo INSS, os pressupostos da responsabilidade civil e o ônus da prova. 5.1. NTEP e a presunção denexo causal. 5.2. Presunção de culpa e inversão do ônus da prova. 6. Caracterização da atividade de risco e a responsabilidade objetiva do empregador. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas .....	139
<b>A função revisora dos tribunais: <i>quid juris?</i></b> 1. Introdução. 2. O duplo grau de jurisdição segundo o STF e o TST. 3. A delimitação conceitual do duplo grau de jurisdição: as vantagens e desvantagens subjacentes. 4. A ponderação recorrente do princípio do duplo grau de jurisdição. 5. Conclusão .....	157
<b>Economia de mercado e a promoção do bem de todos no estado democrático de direito.</b> 1. Introdução. 2. Transformações socioeconômicas de âmbito internacional a partir da <i>Era dos Anos Dourados</i> : avanços e retrocessos. 3. Crescimento sustentável e observância dos ditames da Justiça Social. 4. A difícil, mas não impossível concretização das finalidades do Estado Democrático de Direito e da ordem econômica. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas .....	167
<b>A colisão entre normas coletivas e direitos fundamentais.</b> 1. Introdução. 2. A norma coletiva, sua natureza jurídica e interpretação. 3. A participação nos lucros. 4. Dos	
turnos ininterruptos de revezamento. 5. Outras hipóteses. 6. Conclusões. 7. Referências bibliográficas.....	186
<b>Justiça social e princípio da fraternidade na Constituição Federal de 1988.</b> 1. Considerações iniciais. 2. A Constituição Federal de 1988 e a implantação do Estado Democrático de Direito. 3. O princípio da fraternidade. 4. A Justiça Social e o princípio da fraternidade. 5. A construção de uma nova sociedade. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas .....	197
<b>O trabalho na sociedade técnica.</b> 1. Introdução. 2. A técnica moderna. Conceito e características. 3. A técnica e o trabalho. 4. Controle do trabalhador na sociedade técnica. 5. Propostas para restabelecimento da identidade do trabalhador na sociedade técnica. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.....	205
<b>Jurisprudência</b>	
<b>Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho</b>	
<b>Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho</b>	
Tribunal Superior do Trabalho.....	221
Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região	236
Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.	246
Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.	248
Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.	254
<b>Sentenças</b>	
2ª Vara do Trabalho de Jaraguá do Sul – SC	261
Vara do Trabalho de Alta Floresta – MT....	266
3ª Vara do Trabalho de São Luís – MA.....	285