

REVISTA
TRABALHISTA
Direito e Processo

REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo



Revista trabalhista : direito e processo. — Ano I, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002 —). —
Brasília : Anamatra ; Rio de Janeiro ; Forense. v. : 28 cm.

Trimestral.

Descrição baseada em: Ano I, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002).

Numeração sequencial reformulada em 2008 para: Ano 7, n. 28, não havendo
interrupção.

A partir do Ano 7, n. 25 a edição está sob a responsabilidade da LTr Editora
e Anamatra.

Inclui doutrina, pareceres, jurisprudência, legislação, estudos e comentários.

ISSN 1677-2784

1. Direito do trabalho — Brasil. 2. Jurisprudência trabalhista — Brasil.
3. Legislação trabalhista — Brasil. I. Associação Nacional dos Magistrados da
Justiça do Trabalho (Anamatra).

LTr/SP

CDU 34:331 (81) (05)

Proibida a reprodução total ou parcial, bem como a reprodução de apostilas a
partir desta Revista, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico,
inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão
expressa do Editor (Lei n. 9.610, de 19.2.1998).

© Todos os direitos reservados

ILTR[®]

EDITORA LTDA.

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

LTr 5208.1

Março, 2015

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'Univeristà 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 e Direito da Seguridade Social na Universidade do Estado da Bahia/UNEB. Coordenador Executivo da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região/EMATRA 5 (biênio2012-2014). Membro do Conselho Consultivo da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (2005-2007, 2007-2009, 2009-2011; 2013-2015).

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/Sentenças</i>	13
Doutrina	
Recrutamento de profissionais para execução do programa da saúde na família: necessidade de concurso público ou simples contratação temporária <i>João Benjamin Delgado Neto</i>	17
Art. 384 da CLT e seu aspecto constitucional <i>Gianini Rocha Gois Prado</i>	27
A função revisora dos tribunais diante da sentença razoável <i>Ben-Hur Silveira Claus</i>	35
O silêncio de um olhar para dentro: as novas relações sociais no contexto de um novo mundo do trabalho <i>Moacyr Araújo Côrtes</i>	53
Isonomia sob enfoques constitucional e internacional: por uma releitura do art. 461 da CLT <i>Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt</i>	71
Crise econômica, direito do trabalho e concorrência internacional: o caso da Itália <i>Fábio Petrucci</i>	83
Terceirização nos serviços públicos <i>Patrícia Pinheiro Silva</i>	85
A função revisora dos tribunais — a questão do método no julgamento dos recursos de natureza ordinária <i>Ben-Hur Silveira Claus, Ari Pedro Lorenzetti, Ricardo Fioreze, Francisco Rossal de Araújo, Ricardo Martins Costa e Mário Lima do Amaral</i>	111
Peça processual <i>Henrique Cavalcante</i>	131

Jurisprudência

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

Tribunal Superior do Trabalho.....	139
Tribunal Superior do Trabalho.....	147
Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região	159
Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região	163
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região	167
Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região	191
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região	195

— Sentenças

Vara do Trabalho de Rancharia – SP	225
1ª Vara do Trabalho de Rio Branco – AC.....	243
Índice Geral	277

Abreviaturas e Siglas Usadas

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

De bovinos e resfriados

Logo após ser reeleita Presidente da República com uma pequena margem relativa de votos, sob o discurso de que não resvalaria nos direitos dos trabalhadores “nem que a vaca tussa”, Dilma V. Rousseff editou duas medidas provisórias destinadas precisamente a cortar, reduzir ou redimensionar direitos sociais de ancoragem constitucional, como o seguro-desemprego, o auxílio-doença e a pensão por morte. A MP n. 664/2014 “*altera as Leis n. 8.213, de 24 de julho de 1991, n. 10.876, de 2 junho de 2004, n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e a Lei n. 10.666, de 8 de maio de 2003*”, todas relativas à seguridade social. Já a MP n. 665/2014 “*altera a Lei n. 7.998, de 11 de janeiro de 1990, que regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial e institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador — FAT, altera a Lei n. 10.779, de 25 de novembro de 2003, que dispõe sobre o seguro-desemprego para o pescador artesanal, e dá outras providências*”. Dispõe, p. ex., que o trabalhador brasileiro somente poderá requerer as parcelas do seguro-desemprego, pela primeira vez, após mínimos dezoito meses de vínculo empregatício, contra os seis meses atuais.

As mudanças imprimem um contingente razoável de restrição a direitos sociais fundamentais, comprometendo garantias que aproveitam, sobretudo à população mais pobre (assim, e.g., quanto ao seguro-desemprego, alcançando justamente os que amargam os maiores níveis de rotatividade no emprego, como os trabalhadores da construção civil), à falta de qualquer contrapartida evidente (que não o discurso previsível do “déficit previdenciário” e dos desvios de verba — que existem, mas devem ser combatidos com fiscalização adequada, não com o anciloso dos próprios direitos sociais, que é algo como fragilizar o doente para enfraquecer a doença). Em visão minimamente progressista, bem se poderá reconhecer ter havido, neste ensejo legislativo, violação oblíqua à chamada *proibição de retrocesso social*, que repousa no Pacto de San José da Costa Rica, de que o Brasil é signatário, e ao qual o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido força de suprallegalidade. Aliás, o próprio STF já reconheceu, em diversos julgados, o caráter constitucional implícito da proibição do retrocesso social.

Com efeito, há diversos estudos dando conta de que a previdência social é, a rigor, superavitária; os défices que experimenta, experimenta sobretudo porque o sistema é universal (seguridade) e nem todo ele é contraprestativo. O mesmo se diga, ademais, da previdência dos servidores públicos, igualmente superavitária, não fosse pelo déficit específico no microsistema previdenciário dos militares e dos servidores distritais.

Os direitos sociais admitem arranjos, dimensionamentos e contrações, não há dúvidas; é a chamada “reserva do possível”. Mas não podem ser simplesmente aniquilados, sem contrapartidas e/ou temporalidades. Que o diga, entre tantos, J. J. Gomes Canotilho, ao menos em seus primeiros escritos. E o que dirá o Excelso Pretório?

De tudo, uma única certeza. Ao que parece, a vaca tossiu.

Brasília/DF, janeiro de 2015.

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

Recrutamento de profissionais para execução do programa da saúde na família: necessidade de concurso público ou simples contratação temporária?

João Benjamim Delgado Neto^(*)

Resumo:

- ▶ O artigo em epígrafe analisa a polêmica que gravita em torno do adequado recrutamento de profissionais para execução do programa federal Saúde na Família: se necessário o provimento de cargos efetivos mediante concurso público ou a simples admissão por meio de contratação temporária. A exposição fragmenta-se em três etapas distintas: abordagem a respeito do Programa/Estratégia da Saúde na Família; disciplina constitucional para ingresso no serviço público; e a necessidade de realização de concurso público diante da natureza do serviço prestado por meio do Programa. Alfim, depois da exposição de síntese acerca dos posicionamentos doutrinário-jurisprudenciais vigentes, conclui-se, à luz da essência do serviço que envolve a Estratégia da Saúde na Família em cotejo com as disposições normativas constitucionais pertinentes, bem como de seus princípios regentes, notadamente, do princípio da obrigatoriedade do concurso para ingresso no serviço público, ser necessária a realização deste para provimento de cargos efetivos destinados ao recrutamento de pessoal para execução do susomencionado programa federal.

Palavras-chave:

- ▶ Programa federal — Recrutamento — Pessoal — Concurso público — Contratação temporária.

Abstract:

- ▶ Article title examines the controversy revolves around the proper recruitment of professionals for implementing Health in Family federal program: If necessary the provision of effective positions through public competition or mere temporary appointment. The exhibit is broken up into three distinct stages: Approach regarding Program /Strategy for Health in the Family, constitutional discipline for entry into public service and the need to conduct a public tender on the nature of the service provided through the program.

(*) Promotor de Justiça do Estado da Paraíba. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela UNP. Pós-graduado em Direito de Estado pela UNIDERP. Pós-graduado em Direito Administrativo pela UNIDERP.

Alfim after exposure summary about the jurisprudential doctrine-existing positions, we conclude, in light of the essence of the service involving the Family Health Strategy in comparison with the relevant normative constitutional provisions, as well as its governing principles, notably, the principle of mandatory public competition for carrying out this provision of effective positions for the recruitment of personnel for implementing the federal program be required.

Key-words:

- ▶ Federal program — Recruitment — Personnel — Public competition — Temporary hiring.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Desenvolvimento
 - ▶ 2.1. Programa/estratégia nacional da saúde na família
 - ▶ 2.2. Disciplina constitucional para ingresso no serviço público
 - ▶ 2.3. Da necessidade de concurso público diante da natureza das demandas prestacionais na área de saúde (Programa Saúde na Família)
- ▶ 3. Considerações finais
- ▶ 4. Referências bibliográficas

1. Introdução

As políticas públicas na área de saúde desenvolvidas, no início da década de 90, pelo Governo Federal, ocasionaram verdadeira revolução paradigmática nas estratégias de atuação na citada área, superando proposições já ultrapassadas, centradas exclusivamente no tratamento da doença, para focar em “práticas gerenciais e sanitárias, democráticas e participativas, sob a forma de trabalho em equipes, direcionadas às populações de territórios delimitados, pelos quais assumem responsabilidade”⁽¹⁾. Tal estratégia/programa, denominado Saúde na Família, conferiu, portanto, uma nova “vestimenta” ao modelo assistencial, mediante a implantação de equipes multiprofissionais em unidades básicas de saúde, as quais se expandiram velozmente, desta feita, consolidando-se como genuína técnica de otimização do SUS em todo o nosso país.

Entretanto, justamente por se tratar de uma estratégia/programa, inúmeros municípios,

Brasil afora, vêm admitindo, para sua implementação e execução, os profissionais de saúde exclusivamente por meio de contrato temporário, adentrando, portanto, na mira do Ministério Público o qual tem diuturnamente questionado a constitucionalidade e legalidade das referidas contratações, sob fundamento de burla à exigência constitucional de concurso para ingresso no serviço público.

O presente trabalho, à vista disso, tem por precípua escopo a análise crítica, à luz das prescrições legais e constitucionais, bem como da doutrina e jurisprudência pertinentes, do adequado regime jurídico dos servidores públicos a serem admitidos para execução do programa/estratégia da saúde na família no âmbito dos municípios.

2. Desenvolvimento

2.1. Programa/estratégia nacional da saúde na família

O Governo Federal, na década dos anos 1990, estabeleceu a estratégia da saúde na família objetivando otimizar a prestação do

(1) Disponível em: <<http://dab.saude.gov.br/atencobasica.php>> Acesso em: 3 ago. 2014.

serviço de saúde em todo o país com o foco direcionado na prevenção.

Para a execução desta estratégia de caráter nacional, editou portarias regulamentando o aporte de recursos federais exclusivos aos estados e municípios para implementação e concretização da referida política pública remodeladora.

No que diz respeito ao recrutamento de recursos humanos, também desenvolveu uma “Cartilha” por meio da qual orientou aos gestores municipais a realizarem processo seletivo para escolha dos profissionais, sugerindo vários modelos de triagem, os quais vão desde uma prova objetiva de múltipla escolha até mesmo numa simples análise curricular.

E justamente sobre esta questão repousa o objeto do presente trabalho, isto é, por se tratar de um programa/estratégia, o qual pode ser suspenso ou extinto a qualquer tempo pelo Governo Federal, o recrutamento de recursos humanos, para sua execução, deve ser realizado precariamente ou há a necessidade de provimento de cargos efetivos por meio de concurso público?

Para dirimir tal questionamento, passemos, portanto, à imprescindível análise das disposições constitucionais que regulamentam o ingresso no serviço público.

2.2. Disciplina constitucional para ingresso no serviço público

A Constituição Cidadã de 1988 disciplina, em seu art. 37, inciso II, clara e expressamente, a exigência do concurso, para a admissão no serviço público.

Referido dispositivo revela que, depois da promulgação do texto constitucional de 1988, o primogênito ingresso no serviço público apenas é autorizado mediante aprovação em concurso público, sem a possibilidade da legislação infraconstitucional criar exceções a este postulado, como ocorrido sob a égide das Constituições pretéritas (FERREIRA FILHO, 1990, p. 246).

O Texto Constitucional somente admitiu o afastamento da incidência da regra do concurso público para provimento originário de cargo público em duas situações, quais sejam, uma relativa aos cargos comissionados, reservados às funções de direção, chefia e assessoramento e que são de livre nomeação e exoneração; a outra, para a contratação por tempo determinado, destinada a atender a necessidade de excepcional interesse público.

Contudo, as exceções mencionadas não se constituem em salvaguarda para justificar a inobservância ao princípio da obrigatoriedade do concurso público, já que necessariamente submetidas à previsão e condições a serem regulamentadas pelo legislador infraconstitucional.

É que, para se validar as admissões realizadas sem concurso, estribadas nas exceções, faz-se imprescindível a existência de legislação infraconstitucional que expressamente as estabeleça, como também delimite suas hipóteses fáticas e respectivas condições.

A imposição de norma integrativa, a fim de que o administrador esteja autorizado à realização de contratação por prazo determinado ou em comissão, decorre, nessa lógica de ideias, dos próprios dispositivos constitucionais.

Percebe-se que estes preceitos constitucionais estão explicitamente a pleitear legislação ordinária integradora que demarcará quais serão os cargos de provimento em comissão e estabelecerá os casos de contratação por prazo determinado.

Portanto, ao exigir ato normativo para definir quais sejam os cargos de provimento em comissão e quais os casos de contratação por prazo determinado, o constituinte delegou ao legislador ordinário a estruturação definitiva do serviço público, pois caberá a este saber das conveniências de criar os cargos de provimento em comissão e das necessidades de contratação por prazo determinado, principalmente porque restará ao legislador de cada ente político instituí-los de acordo com as suas próprias peculiaridades.

Assim, simples compreender que, não obstante a parte inicial do art. 37, II, da Constituição Federal (que exige o concurso para ingresso no serviço público) seja norma constitucional de eficácia plena, posto que não há o que regulamentar neste sentido, a parte final da referida norma e os incisos V e IX, do mesmo artigo (que disciplinam as nomeações em comissão e casos de contratação por prazo determinado) são disposições constitucionais de eficácia limitada, visto que se subordinam à lei ordinária para que sejam plenamente aplicáveis.

Ora, se estes preceitos constitucionais são de eficácia limitada, não ostentando portanto aplicabilidade irrestrita, somente se tornarão operantes se e quando sobrevier dita lei integradora, razão pela qual, resta evidente que é vedado ao administrador público contratar pessoas por tempo determinado ou nomear para cargos de provimento em comissão na ausência da lei ordinária integrativa, exigida pelos dispositivos constitucionais supracitados.

Pois bem. Quanto à contratação por tempo determinado, cabem algumas colocações.

A necessidade temporária de excepcional interesse público é verificada a partir de situação fora do comum, anormal e imprevisível que dá ensejo à contratação por tempo determinado de servidor público. A temporariedade, por sua vez, é ditada pela necessidade momentânea, emergencial e repentina por que eventualmente pode vir a passar a Administração Pública. Logo, a contratação deve ter prazo restrito à satisfação desta necessidade.

O Administrativista, Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 261), com a precisão doutrinária que lhe é peculiar, discorre sobre a finalidade da norma do art. 37, inciso IX, da Constituição, argumentando que:

“Trata-se, aí, de ensejar suprimento de pessoal perante contingências que desgarrem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo

atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos). A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não justificando a criação de cargo ou emprego, pelo que não haveria cogitar concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, “necessidade temporária”), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar.”

No mesmo sentido, pontifica a ilustre Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia Antunes Rocha (1999, p. 241), para quem:

“As hipóteses de ‘necessidade temporária de excepcional interesse público’ têm de ser expressas em lei, pelo menos no que se refere ao fator ou ao critério claros de identificação do que seja validamente considerado como tal, caso contrário o que pode ocorrer é que se tenha uma indeterminação dos casos que poderão ensejar a aplicação da regra contida naquele dispositivo, podendo-se então torná-lo como um escape para contratações que não configuram necessidade temporária nem ‘excepcional’ interesse público.”

O colendo Supremo Tribunal Federal, do qual faz parte a Ministra acima citada, a teor de paradigmático julgado, definiu, com precisão cirúrgica, os requisitos a serem preenchidos pela lei de que trata o art. 37, inciso IX, da Carta Federal, *in verbis*:

“CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. CF, ART. 37, IX. LEI N. 9.198/90 E LEI N. 10.827/94, DO ESTADO DO PARANÁ. I – A regra é a admissão de

servidor público mediante concurso público: CF, art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37 e a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público: CF, art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos casos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público excepcional. II – Precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADIs ns. 1.500/ES, 2.229/ES e 1.219/PB, Ministro Carlos Velloso; ADI 2.125-MC/DF e 890/DF, Ministro Maurício Corrêa; ADI n. 2.380-MC/DF, Ministro Moreira Alves; ADI n. 2.987/SC, Ministro Sepúlveda Pertence. III – A lei referida no inciso IX do art. 37, CF, deverá estabelecer os casos de contratação temporária. No caso, as leis impugnadas instituem hipóteses abrangentes e genéricas de contratação temporária, não especificando a contingência fática que evidenciaria a situação de emergência, atribuindo ao chefe do Poder interessado na contratação estabelecer os casos de contratação: inconstitucionalidade. IV – Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI n. 3.210, relator(a): Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 11.11.2004, DJ 3.12.2004 PP-00012 EMENT VOL-02175-02 PP-00203 RDA n. 239, 2005, p. 457-463 RF v. 101, n. 379, 2005, p. 237-242 LEXSTF v. 27, n. 314, 2005, p. 59-71 RTJ VOL-00192-03 PP-00884; ressalvam-se os grifos)

Pertinente registrar, ainda a respeito dos pressupostos necessários à contratação temporária por excepcional interesse público, os esclarecedores ensinamentos do Promotor de Justiça Sandro José Neis, em seu artigo intitulado “Investidura em Cargos, Empregos e Funções Públicas”⁽²⁾:

“São requisitos para admissibilidade da contratação por tempo determinado: a. a contratação por prazo determinado. Não se deve confundir contrato por prazo determinado com contrato de trabalho temporário. Para

o devido esclarecimento, mister se faz uma incursão no âmbito do Direito do Trabalho, de onde se busca a lição de Octávio Bueno Magano, in verbis: “O contrato de prazo determinado constitui modalidade de contrato individual de trabalho, que se particulariza por termo final; já o contrato de trabalho temporário se define como espécie de contrato de trabalho em que o trabalhador se vincula, por prazo determinado ou indeterminado, à empresa de serviço temporário, para atender à necessidade transitória de substituição de pessoal ou acréscimo extraordinário de serviço de outra empresa.” (*Contrato de Prazo Determinado*. São Paulo: Saraiva, p. 24.) Inadmissível, portanto, considerar a contratação prevista no art. 37, IX, da Carta Magna, como sendo contratação de trabalhador temporário (matéria disciplinada pela legislação trabalhista), uma vez que aquela tem como característica fundamental a indicação do termo final. b. a necessidade temporária: Necessário significa indispensável, inevitável, essencial, fatal. Por seu turno, temporário é aquilo que é passageiro, transitório, interino, ou seja, é aquilo que dura algum tempo. Cumpre destacar que o caráter da temporariedade se refere não só à contratação, que, como já salientado, deve ser por tempo determinado, mas também a necessidade do trabalho em si. O termo final do contrato deve estar intimamente ligado à necessidade transitória, sendo que o contratado deve exercer suas atividades enquanto perdurar a situação de temporariedade. Assim, se a necessidade for permanente a admissão no serviço público deve ser precedida de concurso público, após a regular criação do cargo através de lei específica. Não se pode olvidar que não é qualquer necessidade que permite a admissão em caráter temporário. Esta deve ser qualificada, ou seja, a admissão deve ser absolutamente indispensável. Relativamente à qualificação da necessidade exigida para as contratações por prazo determinado, esclarecedora a doutrina de Celso Antônio Ribeiro Bastos: “... para os fins Constitucionais, essa necessidade deve ser qualificada, mesmo porque se necessidade não houver, não se poderá cogitar de admissão de pessoal a qualquer

(2) Disponível em: <http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_detalle.asp?campo=3239> Acesso em: 25 jul. 2014.

título... Com efeito, não se pode conceber que haja admissão de pessoal sem necessidade do serviço, seja temporária ou permanente. A administração pública não pode se prestar a servir de ‘cabide’ de emprego. Singela necessidade de admissão de pessoal há sempre que o adequado desenvolvimento das atividades rotineiras da administração reclame mais servidores, em razão mesmo do natural e paulatino aumento da demanda de serviços pela coletividade em geral, ou em face da vacância de cargos em número e constância normais, previsíveis por qualquer órgão. Não é essa a necessidade que enseja contratação de pessoal temporário. Também não é essa a necessidade que se traduza em mera conveniência do serviço, como aquela em que a contratação de pessoal temporário, conquanto útil, não seja indispensável.” (grifei, *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. vol., Tomo III, São Paulo: Saraiva, p. 101.) Infere-se, portanto, que a necessidade qualificada caracteriza-se pela essencialidade, imperiosidade, indispensabilidade e inevitabilidade de ser suprida para atender às exigências do bem-estar da coletividade. Na verdade, a necessidade qualificada não é a que decorre de meras dificuldades operacionais na execução de atividades administrativas corriqueiras que podem ser supridas por servidores permanentes. Tal necessidade não decorre da conveniência da Administração, mas da imprescindibilidade da atividade estatal. Ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, in *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1. vol., p. 249, *in verbis*: “É logo de se ver que não poderá ser contratado servidor para dar conta de mero acúmulo de serviço.” Por outro lado, a necessidade há de ser eventual, episódica, inesperada, e não criada pela inércia da própria Administração Pública. Constata-se, portanto, que não se admite a contratação temporária para atender o mero aumento de demanda de serviço nas hipóteses em que a demora no atendimento não gera maior gravame ao interesse social, ou face a inexistência de cargos públicos para melhor atender à comunidade. Nestes casos deve a Administração rever o seu quadro de pessoal permanente, e, sendo o caso, novos cargos devem ser criados. Da mesma forma,

não se admite tal contratação para preencher lacunas decorrentes de afastamentos de servidores permanentes em decorrência de férias, licenças etc., até porque em tais hipóteses a Administração toma ciência de tal ocorrência com certa antecedência, o que lhe permite suprir a falta por servidor efetivo. c. o interesse público: no *Vocabulário Jurídico* de Plácido e Silva (São Paulo: Forense, vol. II, p. 498), temos esclarecedora conceituação de interesse público: “Interesse Público é o que assenta em fato ou direito de proveito coletivo geral. Está, pois, adstrito a todos os fatos ou a todas as coisas que se entendam de benefício comum ou para proveito geral, ou que se imponham por uma necessidade de ordem coletiva.” Destarte, a necessidade decorrente do interesse público deve estar voltada ao bem comum, ou seja, ao interesse geral da sociedade, pouco importando a satisfação dos interesses ou conveniências do administrador público. d. o interesse público excepcional: O termo excepcional, conforme dicionários pátrios, pode ter significados distintos. Pode tanto relacionar-se à exceção como à extraordinariedade, ou seja, fora do usual, fora do comum, invulgar, inesperado, imprevisto. Nos parece que a expressão “excepcional” prevista no inciso IX, do art. 37, da Lei Maior, nada tem a ver com exceção, mas sim com extraordinariedade, uma vez que não há interesse público de exceção. Assim, tem-se que a Administração Pública pode admitir temporariamente em situações de excepcionalidade ou emergenciais, tais como catástrofes, calamidades, surtos endêmicos, e outras situações inesperadas ou incomuns. O mestre Adilson de Abreu Dallari leciona que a Carta Magna possibilita a contratação temporária para atender uma “situação extremamente importante, que não possa ser atendida de outra forma” (*Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 124). Celso Ribeiro Bastos arremata: “A necessidade é de excepcional interesse público quando for premente, imperiosa para que determinado serviço funcione em condições satisfatórias mínimas, seja ele essencial ou não. Em rigor não se pode dissociar a premência da necessidade da excepcionalidade do interesse. Presente aquela, estará presente este, que nela

se consubstancia. E é premente a necessidade quando, se não atendida mediante contratação de pessoal por tempo determinado, não haja outra forma de igual eficácia para evitar o perecimento ou grave prejuízo para o serviço, ou, em se tratando de serviço essencial, qualquer gravame ou óbice ao seu melhor rendimento.” (Comentários à Constituição Brasileira, p. 102.) Como se observa à luz da doutrina e jurisprudência transcritas, a lei a que remete o art. 37, IX, da Constituição Federal, ao regulamentar a contratação temporária por excepcional interesse público, enquanto exceção à regra do concurso público, deve definir: a) tempo determinado para a contratação; b) necessidade temporária; c) especificação das contingências fáticas que configurem situações emergenciais ou que a elas possam ser equiparadas.”

Há doutrinadores trilhando o entendimento no sentido de que a contratação por tempo determinado não se constitui em exceção ao princípio da obrigatoriedade do concurso, o qual, mesmo nestas hipóteses, deve ser realizado, para ser válida a contratação (FERREIRA FILHO, 1990, p. 249).

Outros são menos rigorosos, exigindo o concurso público apenas quando a necessidade temporária de excepcional interesse público puder ser antevista com antecedência razoável a viabilizar a efetuação do certame ou, ao menos, de um teste seletivo simplificado (BASTOS, 1997, p.103).

Nosso posicionamento, sem embargo do entendimento em sentido oposto, harmoniza-se com a segunda corrente, já que há casos em que a contratação de pessoas por prazo determinado deve ser imediata, não havendo possibilidade da realização do concurso, como nos casos de calamidades, a exemplo dos desastres naturais (enchentes).

Entretanto, não se pode olvidar que quando a necessidade do serviço temporário de excepcional interesse público puder ser prevista com certa antecedência, o concurso ou um teste seletivo simplificado, deve ser realizado, para ser preservada para garantia prevista no inciso I, do art. 37, do texto constitucional.

2.3. Da necessidade de concurso público diante da natureza das demandas prestacionais na área de saúde (Programa Saúde na Família)

Como visto acima, a necessidade temporária de excepcional interesse público é verificada a partir de situação fora do comum, anormal e imprevisível que dá ensejo à contratação por tempo determinado de servidor público, enquanto que a temporariedade é ditada pela necessidade momentânea, emergencial e repentina por que eventualmente pode vir a passar a Administração Pública. Por isso, a contratação deve ter prazo restrito à satisfação desta necessidade.

Tais requisitos, entretanto, não se observam quando estamos diante de demandas prestacionais perenes, como é o caso dos programas federais na área de saúde, em especial, o programa/estratégia da saúde na família.

Isto porque os programas do governo federal na referida área visam atender a demandas prestacionais de natureza eminentemente permanente.

Tais programas consistem, como já bem explanado alhures, em estratégias implementadas entre os órgãos federados, com amplo suporte financeiro advindo sobretudo da União, para atender a necessidades essenciais que são objeto de deveres prestacionais duradouros do Poder Público nas áreas de saúde, assistência social e educação, principalmente.

Com efeito, programas e estratégias, nas áreas da saúde, em especial a Estratégia de Saúde da Família (ESF), compreendem a prestação de serviços públicos invariavelmente necessários e não sazonais, razão precisa pela qual vêm sendo tais ajustes implementados entre os entes federados com prazos indeterminados, o que também revela o seu caráter permanente.

Por esse motivo, o recurso humano empregado na execução das atividades subsidiadas pelos programas deve ser estável e permanente,

integrante do quadro efetivo da própria municipalidade, recrutado, portanto, por meio de concurso público.

Neste sentido, já decidiu nossa Corte Suprema, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.116, cuja relatoria coube à já citada Ministra Cármen Lúcia, *verbis*:

ADI. LEI AMAPAENSE N. 765/2003. CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO DE PESSOAL PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PERMANENTES: SAÚDE; EDUCAÇÃO; ASSISTÊNCIA JURÍDICA; E, SERVIÇOS TÉCNICOS. NECESSIDADE TEMPORÁRIA E EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO NÃO CONFIGURADOS. DESCUMPRIMENTO DOS INCISOS II E IX DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. (ADI n. 3.116, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 14.4.2011, DJe-097 DIVULG 23.5.2011 PUBLIC 24.5.2011 EMENT VOL-02528-01 PP-00062.)

A matéria também foi objeto de recente debate na mencionada Corte, tendo o Ministro Ricardo Lewandowski, manifestado em seu voto, no bojo do julgamento da Reclamação n. 4464, o seguinte:

“O que diz o Ministério Público na inicial? Na inicial ele faz alusão ao inquérito civil público e diz exatamente isto: ‘(...) o PSF é, na verdade, uma Política de Governo que duro há mais de 10 (dez) anos, não havendo que se falar em admissão temporária, até porque a saúde é um direito permanente de todos e obrigação do Estado (...)’ Então ele exige que essas admissões se façam em caráter permanente, e, penso eu, segundo o regime estatutário.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recl. n. 4.464. Rel. Carlos Britto. j. 20 maio 2009. DJ 20.8.2009)

Portanto, observa-se que tanto a doutrina como a jurisprudência pátrias vêm trilhando o entendimento de que é necessária a realização de concurso público para recrutamento de pessoal com o objetivo de atender demandas

prestacionais na área de saúde, ainda que advenham de programas federais, pois que estes vêm sendo implementados por décadas a fio, revelando, portanto, a constância de sua execução.

3. Considerações finais

Conclui-se que, não obstante o Programa da Saúde na Família seja uma estratégia criada pelo Governo Federal, dessarte, podendo ser extinto a qualquer momento, certo é que já está em implementação em nosso país há mais de uma década, destinado à prestação de serviço em área essencial, qual seja, a saúde pública.

Portanto, diante do caráter permanente que assume o Programa Saúde da Família, não se verificam, de regra, os requisitos da temporariedade e excepcionalidade a fundamentar o recrutamento de profissionais de maneira precária para execução da citada estratégia, revelando-se, desta feita, imprescindível a realização de concurso público para preenchimento de cargos efetivos já que, como dito, atenderá a uma demanda permanente em área fundamental do Estado Brasileiro.

4. Referências bibliográficas

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 14 jul. 2014.

_____. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.210/PR*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s%28ADI+3210%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lddcpuo>> Acesso em: 16 jul. 2014.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.116/AP*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+3116%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kbxcdn>> Acesso em: 23 jul. 2014.

_____. *Reclamação Constitucional n. 4.464/GO*. Acórdão disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28306938%29HYPERLINK> “http://

www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(306938)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cegnfmn"&HYPERLINK "http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(306938)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cegnfmn"base=baseAcordaosHYPERLINK "http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(306938)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cegnfmn"&HYPERLINK "http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(306938)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cegnfmn"url=hHYPERLINK "http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(306938)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cegnfmn"> Acesso em: 23 maio 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1990.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

Art. 384 da CLT e seu aspecto constitucional

Gianini Rocha Gois Prado^(*)

Resumo:

- ▶ Este artigo apresenta uma análise crítica sobre as correntes doutrinárias que divergem quanto à aplicabilidade do art. 384 da CLT, sua interpretação e posição em face da Constituição da República Federal do Brasil de 1988, destacando a evolução sociológica e as mudanças de paradigmas.

Palavras-chave:

- ▶ Constituição Federal — Direito Fundamental — Dignidade Humana — Isonomia.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Evolução história do sistema jurídico sob a ótica dos direitos humanos
- ▶ 3. Técnica interpretativa constitucional moderna e o princípio da proteção
- ▶ 4. Divergências doutrinárias no art. 384 da CLT
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

A Consolidação das Leis Trabalhistas, no Capítulo III que disciplina os períodos de descanso em face da proteção do trabalho da mulher, precisamente no art. 384, preceitua o direito ao intervalo de quinze minutos, para a mulher, antes de dar início à jornada extraordinária, a saber: “Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso

de 15 (quinze) minutos, no mínimo, antes do início do período extraordinário de trabalho.”

Hodiernamente, ainda pairam divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto a sua aplicabilidade e abrangência interpretativa em face da CRFB/88.

A divergência *prima facie* emana em se definir se tal dispositivo foi recepcionado ou não pela Constituição da República Federal do Brasil de 1988 e, em caso positivo, se sua interpretação deve ser feita de modo isonômico materialmente para homens e mulheres ou somente para estas.

2. Evolução histórica do sistema jurídico sob a ótica dos direitos humanos

Na Idade Média, o direito natural ou “direito não escrito” era considerado superior e anterior

(*) Advogada militante desde 1996. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Tiradentes, em Direito material e processual do Trabalho pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Ejuse — Escola Judicial de Sergipe. Foi membro da Coordenação de Intercâmbio Social da Comissão Especial da Ordem dos Advogados do Brasil em 1998. Possui artigos jurídicos publicados em Revistas Jurídicas Especializadas e é criadora do *blog* jurídico: <gianiniprado.blogspot.com.br>.

ao direito positivo, pois refletiva a vontade divina em toda sua plenitude, vez que era a vontade da lei escrita.

Até o final do século XVIII, conviviam as duas espécies de direito, o natural e o positivo. Depois de tal período passou a prevalecer o positivismo jurídico por retratar uma segurança jurídica e ser considerado o direito propriamente dito, saindo de cena o direito natural que perdeu o *status* de direito.

Esta transitoriedade dá vez à passagem da concepção dualista em que conviviam as duas espécies de direito que eram o natural e o positivo para a corrente monista, donde passou a imperar o positivismo do Estado.

O Código de Napoleão de 1804 rechaçava a ideia de que a sociedade fosse regida por princípios de direito natural, uma vez que as leis devem trazer as previsões para solucionar os casos concretos, dando ideia de plenitude do sistema, sem espaço para lacunas jurídicas.

Para Noberto Bobbio: “O positivismo jurídico considera a norma como um comando, formulando a teoria imperativista do direito.”

No sistema positivista, ao juiz não é dado o poder-dever de ultrapassar os limites trazidos pelo legislador, posto que se a lei é justa ou injusta, somente, cabe ao seu aplicador seguir os seus ditames, resolvendo os casos que lhe são postos de acordo com o direito positivado pelo Estado.

Dura Lex sed Lex era o jargão preferido pelos amantes do sistema positivista, pois a questão de direito justo ou injusto apenas ficava no âmbito filosófico, posto que a lei é sempre justa em face de que ela emana da vontade do povo por intermédio dos seus legisladores escolhidos pelo sufrágio universal.

Montequieu afirma que “o juiz é a mera boca da lei”. Para o positivismo, o juiz deve utilizar o método da interpretação literal e gramatical, jamais se permitindo em tal sistema o ativismo pan ou microprocessual.

Não poderia deixar de falar sobre o normativismo kelsiano que no início do século

XX publicou a sua obra mais importante do pensamento jurídico, a tão aclamada *Teoria Pura do Direito*. O austríaco Hans Kelsen revelou por tal obra o seu intento de construir a teoria “pura” do direito.

Seu principal escopo era de concretizar o estudo do direito na norma, sem negar a conexão que havia entre as disciplinas de conhecimento humano. Porém, pela sua teoria, ele procurava afastar da ciência do direito os fatores que não lhe são próprios, uma vez que o direito deveria se ocupar apenas e tão somente com a ordem normativa. Havia um apelo ao olhar puro do jurista que não deve se deixar influenciar pelas ideologias e a ideia de norma era no sentido estrito, ou seja, a lei.

Kelsen propôs um corte epistemológico do Direito, uma vez que o jurista deve ter a sua atenção voltada somente para a norma. Divulgou ainda a concepção unitarista do direito, teoria monista, em que o Estado era a única fonte normativa.

A moderna doutrina traz uma forte crítica à famosa Teoria Pura do Direito, posto que se o olhar do jurista for puro e abstrair os fatores: psicológicos, sociológicos, ideológicos, humanísticos, políticos, éticos e morais, está se dando mais valor ao tecnicismo jurídico do que à aplicação da norma com os fins a que ela efetivamente se propõe.

Na visão da Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, figura como uma vertente do culturalismo, quando ele afirma que direito é fato, valor e norma. Direito é o fato social, mas o sentido jurídico da norma, ao que se soma o valor atribuído ao intérprete. Nesta concepção, o direito é um fenômeno plural-pluralismo jurídico, ao contrário do que pensava Kelsen, para quem o direito contém somente normas.

Ainda no século XIX, Ihering já afirmava que: “direito não é um fim em si mesmo, mas tão somente um meio a serviço de um fim, sendo que esta finalidade consiste na existência da própria sociedade.”

O término do regime nazista e o final da II Guerra Mundial ocasionaram uma grande transição com mudanças significativas quanto ao positivismo ideológico até então consolidado no sistema jurídico.

As atrocidades praticadas pelo regime nazista foi um retirar de véu para o positivismo ideológico que, até então, é consolidado e imaculado.

Traz Goerge Marmeslstein que, pela teoria positivista, a norma deve ser cumprida e obedecida incondicionalmente pelas autoridades públicas e pelos cidadãos, independentemente de seu conteúdo, não cabendo ao jurista formular qualquer juízo de valor, apenas deverá cumpri-la rigorosamente.

E esta foi a tese levantada em defesa, pelos advogados, dos nazistas, posto que como agiram sob o comando de Hitler, apenas estavam cumprindo ordens e por sua vez cumprindo as leis e, por isso, não haveria o que se falar em responsabilização pelo crimes diabólicos, inclusive genocídio, praticados contra a humanidade.

Deste marco histórico, emanou nova corrente jusfilosófica que é chamada de pós-positivismo, cujo propósito é inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade da pessoa humana.

O hoje Ministro do STF Luís Roberto Barroso em sua obra *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira* diz que “O papel aceita tudo. Logo, o legislador, mesmo representando uma suposta vontade da maioria, pode ser tão opressor quanto o pior dos tiranos”.

Para Paulo Bonavides, a lei cede espaço aos valores e aos princípios, que se convergem “em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”, transformando a teoria dos princípios no coração da Constituição.

Nenhum ato poderá ser em conformidade com o direito se for incompatível com os direitos fundamentais.

Os princípios jurídicos deixam de ter um caráter meramente subsidiário. Há uma mudança relevante de paradigmas trazida com a CRFB/88, donde se considera a forte carga de valores que possuem os princípios.

O direito constitucional sofreu mutação pela doutrina do neoconstitucionalismo em que o ordenamento jurídico não é somente composto apenas de leis, mas de princípios que passam a ter uma eficácia normativa.

A doutrina moderna defende o pós-positivismo em que o magistrado deixa de ser a mera “boca da lei” para ser a “boca da justiça”.

O ativismo endoprocessual ou em sentido micro se concretiza pela busca da verdade real, pelo aconselhamento às partes, pelas participações mais ativas em mesa de audiências, pelas inúmeras tentativas de uma composição que fomenta a paz social e principalmente pela rápida e justa entrega da prestação da tutela jurisdicional, tendo em vista que o processo não é um fim em si mesmo.

Já o ativismo panprocessual ou em seu sentido lato que é aplicado pela mais elevada corte e mostra que hoje o aplicador do direito garante, até que o legislador se manifeste, o exercício do direito para que a sociedade não fique prejudicada em seus anseios, em face da inércia do legislador, como aconteceu no caso da greve no serviço público e da dispensa coletiva, por exemplo.

Para Ricardo Maurício Freire Soares:

“Uma das grandes mudanças ocorridas no direito constitucional ao longo do século XX foi a atribuição da norma constitucional do *status* de norma jurídica, superando-se o modelo anacrônico, segundo o qual a Constituição era vista com o mero convite político à atuação dos Poderes Públicos. A eficácia das normas constitucionais ficava, assim, condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador, não se reconhecendo ao Poder Judiciário nenhum papel relevante na realização dos valores e fins da Carta Magna.”

Salienta Dirley da Cunha Júnior que:

“A Constituição deixou de ser concebida como simples manifesto político para ser compreendida como diploma composto de normas jurídicas fundamentais e supremas. Isto porque a Constituição como interpretativa de toda norma jurídica, é particularmente suprema, ostentando posição de proeminência em face das demais normas, que a ela deverão conformar-se quanto ao modo de elaboração, compatibilidade, forma e quanto à matéria (compatibilidade material).”

3. Técnica interpretativa constitucional moderna e o princípio da proteção

Cediço é que a lei é que deve ser interpretada em conformidade com a Constituição e não a Constituição interpretada em conformidade com a lei.

Segundo J. J. Gomes Canotilho, “interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na Constituição com o fim de obter uma decisão de problemas práticos normativos-constitucionalmente fundada”.

Para Jorge Miranda: a Constituição é que deve dirigir o hermenêuta na interpretação das leis porquanto a superioridade e relevância da Carta Magna.

Dentre as modalidades de princípios de interpretação constitucional, o princípio da interpretação conforme a Constituição se destaca como um princípio constitucional de hermenêutica e para outros como um método de controle de constitucionalidade.

Para Luís Barroso:

“A interpretação conforme a Constituição compreende sutilezas que se escondem por trás da designação turística do princípio. Cuida-se, por certo, da escolha de uma linha de interpretação de uma norma legal, em meio a outra que o Texto comportaria. Mas, se fosse somente isso, ela não distinguiria da mera presunção da constitucionalidade dos atos legislativos, que também impõe

o aproveitamento da norma sempre que possível. O conceito sugere mais: a necessidade de buscar uma interpretação que não seja a que decorre da leitura mais óbvia do dispositivo. É ainda, da sua natureza excluir a interpretação ou as interpretações que contravenham a Constituição.”

Na visão de Alexandre de Moraes, há subdivisão quanto à interpretação conforme em três espécies, a saber: interpretação conforme com redução de texto, sem redução de texto e conferindo à norma impugnada uma determinada interpretação que lhe preserve a constitucionalidade e conforme sem redução de texto, excluindo da norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade.

E, apesar de, no Direito do Trabalho, haver um sistema específico de interpretação cujo princípio protetivo, observando o *in dubio pro misero* e da aplicabilidade da norma mais favorável, Délio Maranhão adverte que: “Não é verdadeiro que, na dúvida, deve o juiz sempre interpretá-las em sentido favorável ao trabalhador. Uma norma não se interpreta isoladamente, mas em função do sistema que integra e do fim social a que se dirige. A valoração sistemática da norma e o propósito a que se destina pode revelar-se um sentido contrário a pretensão do empregado, no caso a ser decidido.”

4. Divergências doutrinárias do art. 384 da CLT

O art. 384 da CLT que preceitua em seu texto, para a mulher, o direito ao intervalo de 15 minutos antes do início da jornada extraordinária, não assentou posição confortável no nosso ordenamento jurídico até os dias de hoje, carecendo de uma análise mais profunda para que seja consolidada sua necessidade de aplicação no moderno pacto laboral.

A não recepção trazida por alguns doutrinadores do referido direito ao intervalo para a mulher assenta no fundamento de que o

referido art. 384 da CLT não está relacionado à proteção à maternidade e de que não se justifica o tratamento diferenciador entre homens e mulheres, restando a lei ancilosa e justamente por conta destes fundamentos é que há violação ao princípio da isonomia insculpido na CRFB/88.

Para Sergio Pinto Martins:

“O preceito em comentário conflita com o inciso I do art. 5º da Constituição, em que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Não há tal descanso para o homem. Quanto à mulher, tal preceito mostra-se discriminatório, pois o empregador pode preferir a contratação de homens, em vez de mulheres, para o caso de prorrogação do horário normal, pois não precisará conceder o intervalo de 15 minutos para prorrogar a jornada de trabalho da mulher.”

A saudosa Alice Monteiro de Barros entendia que o intervalo de descanso em benefício exclusivo da mulher seria incompatível com o tratamento isonômico entre homens e mulheres, previsto pela ordem constitucional e em seu plano prático enseja a discriminação que prejudica a inserção feminina no mercado de trabalho, posto que o ônus da promoção do descanso prévio à prorrogação da jornada favoreceria a contratação de homens, não contemplados pelo art. 384 da CLT.

Há doutrina que critica tal posição, sob o fundamento de que como vigora no nosso ordenamento jurídico o princípio do não retrocesso social, trazendo a nossa CRFB/88 garantias para as mulheres tais como a estabilidade gestacional, estabelecida no art. 10, II, “b”, da ADCT, e a aposentação como menor tempo, art. 40, § 1º, III da CRFB/88, o art. 384 da CLT possui recepção em conformidade com a Carta Magna.

Neste sentido, evidencia Luís Roberto Barroso que “[...] embora existam classificações suspeitas, como as fundadas em origem, raça, sexo, cor e idade (CF, art. 3º, IV), poderão elas subsistir validamente se atenderem, com

razoabilidade, a um fim constitucionalmente legítimo”.

Para o saudoso Amauri Mascaro Nascimento, compreende que o peculiar benefício juslaboral em prol da mulher é integralmente hígido, sendo verdadeira *conditio sine qua non* para a prorrogação da jornada de trabalho.

Mauricio Godinho Delgado dispõe que o intervalo especial de 15 minutos deferido pelo art. 384 da CLT às mulheres em caso de prorrogação do horário normal de trabalho, antes do início da prestação das horas extras, é considerado eficaz, por ser compatível com a Constituição Federal.

Neste sentido, o C. TST e o C. TRT 20, a saber:

RECURSO DE REVISTA. TRABALHO DA MULHER. PRORROGAÇÃO DE JORNADA. INTERVALO PARA DESCANSO. ART. 384 DA CLT. I –

Conquanto homens e mulheres, à luz do inciso I do art. 5º da Constituição, sejam iguais em direitos e obrigações, é forçoso reconhecer que elas se distinguem dos homens, sobretudo em relação às condições de trabalho, pela sua peculiar identidade biossocial. II – Inspirado nela é que o legislador, no art. 384 da CLT, concedeu às mulheres, no caso de prorrogação da jornada normal, um intervalo de 15 minutos antes do início do período de sobretrabalho, cujo sentido protetivo, claramente discernível na *ratio legis* da norma consolidada, afasta, a um só tempo, a pretensa agressão ao princípio da isonomia e a avantajada ideia de *capitis deminutio* em relação às mulheres. III – Aliás, a se levar às últimas consequências o que prescreve o inciso I do art. 5º da Constituição, a conclusão então deveria ser no sentido de se estender aos homens o mesmo direito reconhecido às mulheres, considerando a penosidade inerente ao sobretrabalho, comum a ambos os sexos, e não a que preconizam aqui e acolá o princípio da isonomia, expresso também no tratamento desigual dos desiguais na medida das respectivas desigualdades, prestar-se como fundamento para a extinção do direito

consagrado no art. 384 da CLT. IV – Nesse sentido, consolidou-se a jurisprudência desta Corte, no julgamento do Processo n. TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, ocorrido na sessão do Pleno do dia 17.11.2008, em acórdão da relatoria do Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. V - Recurso provido. Processo: RR – 42400-97.2009.5.04.0221 Data de Julgamento: 1º.12.2010, relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17.12.2010.

RECURSO ADESIVO DA RECLAMANTE. MATÉRIA REMANESCENTE. TRABALHO DA MULHER. INTERVALO ESPECIAL CONTIDO NO ART. 384, DA CLT. DESCANSO EM CASO DE PRORROGAÇÃO DO HORÁRIO NORMAL. RECEPÇÃO DO DISPOSITIVO PELA CARTA MAGNA. REFORMA DA SENTENÇA. Considerando que a Constituição Federal recepcionou o art. 384, da CLT, vez que o mesmo visa preservar as trabalhadoras do desgaste que o labor em sobrejornada acarreta, tendo em vista que a maioria destas Obreiras possui dupla jornada, no trabalho e em seus lares, tem-se, nesse passo, que a concessão do intervalo de 15 minutos que antecede a jornada extraordinária da mulher Empregada mostra-se perfeitamente cabível, pois a Lei, embora tenha estabelecido que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, previu situações especiais nas quais a mulher recebe tratamento diferenciado do homem, sem que tal distinção se configure ofensa ao princípio da isonomia, não havendo que se falar, outrossim, em estender tal benefício aos Empregados masculinos, justamente porque a concessão do intervalo visa o tratamento diferenciado de pessoas que se encontram em situações diferentes, o homem e a mulher, no que concerne às peculiaridades biológicas e sociais. Neste passo, temos que a concessão do intervalo de 15 minutos que antecede a jornada extraordinária da mulher pleiteada pela Reclamante é perfeitamente cabível, reformando-se a Sentença para deferir à Empregada o pagamento de 15 minutos previstos no art. 384, da CLT, antes de iniciar o trabalho extraordinário, nos dias em que houve prorrogação da jornada.

Recurso Adesivo da Reclamante a que se dá parcial provimento. Processo n. 0000211-87.2013.5.20.0005. Relator: Josenildo dos Santos Carvalho, PJE, 1ª Turma, publicado em 9.7.2014.

Não poderia deixar de falar sobre a corrente doutrinária mais vanguardista que interpreta intervalo insculpido no art. 384 da CLT como uma garantia que vai ao encontro das normas de segurança, higiene e saúde do trabalhador e, por isso, deverá ser assegurado não só às mulheres, mas também aos homens, os quais carecem de uma pausa para o seu reestabelecimento físico.

Neste sentido, a *I Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho*, realizada no TST, o Enunciado de n. 22. “ART. 384 DA CLT. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. RECEPÇÃO PELA CF DE 1988. Constitui norma de ordem pública que prestigia a prevenção de acidentes de trabalho (CF, 7º, XXII) e foi recepcionada pela Constituição Federal, em interpretação conforme (arts. 5º, I, e 7º, XXX), para os trabalhadores de ambos os sexos.”

Vólia Bomfim Cassar entende que a interpretação razoável e plausível do art. 384 da CLT é no sentido de se admitir que as proibições de discriminações se apliquem tanto para as mulheres quanto para os homens. A interpretação da aplicação conforme, com redução de texto, possibilita maior alcance da norma e a harmoniza com os arts. 5º, *caput* e inciso I c/c 7º, XXX, da CRFB/88. A exegese é razoável e não contraria a literalidade do texto legal que, apesar de ter se referido apenas às mulheres, não excluiu sua aplicação aos homens, pois se o fizesse seria o caso de declaração de inconstitucionalidade.

5. Conclusão

Muito embora este trabalho não tenha a pretensão de exaurir a discussão sobre o tema, quanto à interpretação do art. 384 da CLT e sua abrangência quanto à aplicabilidade, ele busca uma reflexão levando em conta todos os aspectos discutidos pela doutrina.

Incontroverso que a lei não alcança a dinâmica dos fatos sociais, mas os princípios com força normativa, interpretativa e integradora garantem que o aplicador da lei imprima sua visão com equidade a fim de que as condições ancilosas e ontológicas da legislação não permitam as injustiças.

As diversas formas de interpretar se equiparam à condição do admirador de uma obra de arte que imbui a obra pelo seu modo de mirar a tela, mas ao intérprete é dado o poder-dever de garantir a conformidade com o filtro constitucional e com o escopo de garantir a paz social e a ordem jurídica.

Se, por um viés, a globalização e a conexão mundial imprimem um modo flexível de interpretar a legislação, os pactos internacionais e a Declaração Universal dos Direitos Humanos garantem uma interpretação tendo como pilar a dignidade do homem e este como o fim de todo o ordenamento jurídico.

Flávia Piovesan explana que o valor da dignidade da pessoa humana e o valor dos direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Hoje o homem tem ocupado cada vez mais igualitariamente as obrigações que outrora eram consideradas “femininas”, como exemplo nas uniões homoafetivas e da isonomia de tratamento quanto à percepção do benefício extensivo a ele, da licença-“maternidade”, para as adoções, art. 71 da Lei n. 8.213/91.

Data máxima vênua, com todo apreço que tenho para os que pensam em contrário, mas o intervalo intrajornada é uma garantia de maior vitalidade para o ser humano, imprimindo-lhe uma longevidade e assegurando maior segurança, proteção e saúde no trabalho.

O retrocesso social não tem lugar, pois que a humanidade evolui a cada dia e a extirpação de tal condição intervalar viola sobretudo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade

além do direito humano e fundamental de poder ter uma vida melhor e mais longa e por isso aplicado a homens e mulheres.

6. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.biblioteca:livro:1993;000148216>>.

_____. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4. ed. 2010.

CUNHA, Direlei Junior. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. São Paulo: LTr, 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Aemênio Amado, 1979.

MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. *Direito do Trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.

MARMELSEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3. ed. 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo, 2002, p. 44-45.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13 ed. 2012.

SOARES, Ricardo Marurício Freire. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Sites consultados:

<<http://www.trt20.jus.br>> Acessado em: 20 jul. 2014.

<<http://www.tst.jus.br>> Acesso em: 20 jul. 2014.

A função revisora dos tribunais diante da sentença razoável

Ben-Hur Silveira Claus^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo trata da função revisora dos tribunais nos recursos de natureza ordinária, na perspectiva da confirmação da sentença razoável, conceito que se procura examinar. A confirmação da sentença razoável é apresentada como ponto de partida para a necessária construção de uma nova concepção de recorribilidade, comprometida com efetividade da jurisdição e com a realização dos direitos sociais.

Palavras-chave:

- ▶ Administração da Justiça — Função revisora dos tribunais — Sentença razoável — Duplo grau de jurisdição — Efetividade da jurisdição.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A sentença razoável na doutrina — Considerações iniciais
- ▶ 3. A ambiguidade da linguagem da lei convoca o magistrado sartreano
- ▶ 4. Não há apenas uma única solução correta no caso jurídico, assim como não há apenas uma única interpretação musical verdadeira
- ▶ 5. O caso concreto é matéria-prima para a justiça da solução
- ▶ 6. A construção da decisão do caso concreto
- ▶ 7. O juiz recria o direito
- ▶ 8. Estado de Direito e discricionariedade judicial
- ▶ 9. A discricionariedade judicial é ínsita à aplicação do direito
- ▶ 10. A sentença razoável — Considerações complementares
- ▶ 11. Fundamentação “completa” x fundamentação suficiente
- ▶ 12. Balizas à discricionariedade judicial
- ▶ 13. Conclusão
- ▶ 14. Referências bibliográficas

(*) Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos-RS. Juiz do Trabalho na 4ª Região-RS.

O jurista designa uma decisão como ‘defensável’ quando na verdade a sua rectitude não pode demonstrar-se por forma indubitável, mas também muito menos se pode demonstrar que ela seja ‘falsa’, se há pelo menos bons fundamentos a favor de sua rectitude.

Karl Larenz

1. Introdução

Em ensaio anterior, examinamos o tema da função revisora dos tribunais sob a perspectiva da efetividade da prestação jurisdicional, com ênfase no exame do método utilizado pelos tribunais no exercício da função revisora das sentenças por ocasião do julgamento dos recursos de natureza ordinária, oportunidade em que se estudou o método utilizado pelos tribunais a partir de uma premissa elementar: o prévio reconhecimento da dimensão hermenêutica do fenômeno jurídico e da consequente discricionariedade ínsita ao ato de julgar.

Naquela oportunidade, sustentamos que incumbe aos tribunais evoluir para uma política judiciária de confirmação da sentença razoável, afirmando não ser recomendável a reforma da sentença apenas porque não seria aquela sentença ideal que o relator proferiria se estivesse no lugar do juiz originário. Uma crítica produtiva logo nos foi apresentada sob a forma de pergunta: — o que é sentença razoável?

A crítica é produtiva por manter em aberto a discussão acerca da função revisora dos tribunais em recursos de natureza ordinária. Além disso, tal crítica é produtiva como elemento necessário à construção de um novo conceito de recorribilidade, que se conforme à garantia constitucional da duração razoável do processo e que supere as distorções provocadas pela atual recorribilidade excessiva, que tem levado o sistema jurisdicional ao esgotamento, com direto prejuízo à efetivação dos direitos e com indireto desprestígio ao próprio Estado Democrático de Direito, que não realiza a reparação dos direitos violados em tempo hábil.

O presente ensaio tem por objetivo responder a essa questão, situando-a no âmbito

do tema da função revisora dos tribunais em recursos de natureza ordinária, na perspectiva da efetividade da jurisdição.

2. A sentença razoável na doutrina — Considerações iniciais

À pergunta pela sentença razoável, temos respondido que se trata de uma sentença aceitável, assim considerada uma sentença defensável para o caso concreto diante do direito aplicável⁽¹⁾.

A defensabilidade de uma decisão é apurada quando, embora a respectiva adequação não possa ser demonstrada de forma indubitosa, muito menos pode ser demonstrada a sua invalidade, desde que existam argumentos ponderáveis em favor de sua razoabilidade. Citado por *Karl Engisch*, Larenz apresenta sua concepção de sentença razoável na seguinte formulação: “O jurista designa uma decisão como ‘defensável’ quando na verdade a sua rectitude não pode demonstrar-se por forma indubitável, mas também muito menos se pode demonstrar que ela seja ‘falsa’, se há pelo menos bons fundamentos a favor de sua rectitude.” (ENGISCH, 2008, p. 273.) Voltaremos a essa controvertida questão.

O fascinante tema da sentença razoável está entrelaçado com o tema da discricionariedade judicial e com o tema maior do que significa justiça. Karl Engisch deparou-se com essas intrincadas questões e preferiu iniciar a resposta formulando as seguintes perguntas:

Que significa ‘justiça’? Justiça unívoca, que exclui várias respostas diferentes a uma questão (que exclui, portanto, neste sentido, ‘pluralidade de sentidos’)? Ou não será talvez ‘justiça’ o mesmo que justiça individual, não será solução ‘justa’ o mesmo que solução ‘defensável’ ou algo semelhante — o que continua a deixar em aberto ainda um ‘espaço livre’ para várias respostas divergentes no seu conteúdo mas, quanto ao

(1) Sobretudo a expressão jusfundamental do direito.

seu valor, igualmente justas? (ENGISCH, 2008, p. 218.)

A compreensão da ideia de sentença razoável principia pelo prévio reconhecimento da incontornável ambiguidade da linguagem da lei.

3. A ambiguidade da linguagem da lei convoca o magistrado sartreano

A ambiguidade da linguagem costuma instalar uma pluralidade de sentidos no texto da lei. É natural que assim seja, pois o significado é sempre algo impreciso. Quando se estuda o método para estabelecer o sentido de uma norma, o recurso aos vários modos de interpretação cumpre papel determinante, especialmente quando de sua articulada combinação, o que, contudo, muitas vezes não elimina a coexistência de mais de um sentido possível para determinada norma diante do caso concreto, e com frequência fala-se então ora no ‘espaço de jogo de significação’; ora fala-se no ‘halo do conceito’; ora fala-se no ‘espaço de livre apreciação’; ora fala-se na ‘textura aberta’ da norma; ora fala-se na ‘penumbra da incerteza’; ora fala-se na ‘teoria da defensabilidade’ das decisões; fala-se na sentença razoável, na sentença aceitável, na sentença equilibrada, na sentença sensata.

A vagueza da linguagem da lei levou um grande jurista a formular a impressiva assertiva teórica de que *estamos rodeados de incertezas*. Para Herbert Hart, não se pode escapar da ambiguidade da linguagem em que a lei vem formulada, porquanto é da natureza constitutiva da linguagem um determinado grau de imprecisão nas suas expressões. O autor identifica aqui o fenômeno da *textura aberta da linguagem da norma*, do qual o juiz não pode se desvencilhar senão pelo recurso necessário a um juízo discricional.

Ao fazer a resenha da posição de Herbert Hart, Cristina Brandão acaba por convocar o magistrado sartreano. A figura do homem condenado existencialmente a escolher se corporifica no magistrado confrontado com

o caso concreto a resolver. E isso ocorre em face da contingência de que, conforme adverte Cristina Brandão:

[...] a linguagem geral dotada de autoridade em que a regra é expressa passa a nos guiar apenas de uma maneira incerta. Grosso modo, a regra geral apenas parece agora delimitar não mais que um exemplo dotado de autoridade. A regra que proíbe o uso de veículos no parque é aplicável a certa combinação de circunstâncias, mas há outras circunstâncias que a tornam indeterminada. A partir daí, a discricionariedade que é deixada pela linguagem pode ser muito ampla, de modo que, na aplicação da regra, o que ocorre na verdade é uma escolha, ainda que possa ser a melhor escolha, ainda que não arbitrária ou irracional. E a necessidade de tal escolha é lançada sobre nós porque somos homens, não deuses. (BRANDÃO, 2006, p. 57.)

Assim, o magistrado personifica no campo jurídico o homem sartreano condenado à condição existencial de ter de escolher; escolher um entre os sentidos legítimos a serem atribuídos à norma no caso concreto; escolher uma entre as soluções possíveis para o caso.

Em um construtivo esforço hermenêutico para tornar acessível a concepção de Herbert Hart sobre o problema da ambiguidade da linguagem no direito, a consagrada expressão da *penumbra da incerteza* é apresentada por Cristina Brandão como uma consequência incontornável da circunstância de que “... as leis padecem de uma insuficiência incurável” (2006, p. 57)⁽²⁾. Essa insuficiência é uma consequência incontornável da natureza ambígua da linguagem.

Essa esfera de incerteza foi identificada por Herbert Hart como a ‘textura aberta’ da linguagem da norma, de modo que “... toda norma encontrará situações em que sua aplicação é

(2) Cristina Brandão desenvolve o tema da discricionariedade judicial, fazendo um produtivo cotejo entre as posições de Herbert Hart e Ronald Dworkin.

incerta, ou seja, situações onde não está claro se a norma é aplicável ou não” (BRANDÃO, 2006, p. 60).

Enfrentada a questão no âmbito da filosofia, a ambiguidade da linguagem adquire uma dimensão ainda mais central para o problema do conhecimento. Aqui, é inestimável a contribuição da filosofia hermenêutica para a superação da filosofia da consciência:

Abandona-se o ideal da exatidão da linguagem, porque a linguagem é indeterminada. O ideal da exatidão é um mito filosófico. Esse ideal de exatidão completamente desligado das situações concretas de uso carece de qualquer sentido, como se pode perceber no parágrafo 88 das IF, o que significa dizer que é impossível determinar a significação das palavras sem uma consideração do contexto socioprático em que são usadas. A linguagem é sempre ambígua, pela razão de que suas expressões não possuem uma significação definitiva. Pretender uma exatidão linguística é cair numa ilusão metafísica (STRECK, 2000, p. 152-53).⁽³⁾

Ao examinar a questão da imprecisão da linguagem no âmbito do direito, Lenio Luiz Streck afirma que “As palavras da lei são constituídas de vaguezas, ambiguidades, enfim, de incertezas significativas. São, pois, plurívocas. Não há possibilidade de buscar/recolher o sentido fundante, originário, primevo, objetificante unívoco ou correto de um texto jurídico” (STRECK, 2000, p. 239).

A expectativa do racionalismo iluminista de que a lei pudesse ostentar um sentido unívoco e duradouro não poderia mesmo resistir à força jurígena da dinâmica das circunstâncias de fato. Logo se perceberia que “a mudança das concepções de vida pode fazer surgir lacunas que anteriormente não haviam sido notadas” e que há lacunas que se manifestam apenas de forma superveniente “porque entretanto

as circunstâncias se modificaram” (ENGISCH, 2008, p. 287). Além das lacunas trazidas pelo decurso do tempo e pela modificação das circunstâncias de fato, a incerteza do sentido da lei é antes uma contingência da incontornável ambiguidade da linguagem, a nos revelar que — e essa é a perspectiva em que se pode compreender o conceito de sentença razoável — não há apenas uma única solução correta no caso jurídico.

4. Não há apenas uma única solução correta no caso jurídico, assim como não há apenas uma única interpretação musical verdadeira

A analogia entre direito e música foi magistralmente trabalhada por Eros Grau para demonstrar a inaplicabilidade ao direito da ideia de uma única solução verdadeira. Isso por que o caso jurídico não opera com soluções ontologicamente verdadeiras, mas com soluções aceitáveis. Adverte o jurista que ocorre na interpretação de textos normativos algo semelhante ao que se passa na interpretação musical, afirmando que não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven: a *Pastoral* regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da *Pastoral* regida por von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas — e corretas. E conclui:

Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico — ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o juiz Hércules [Dworkin] estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe. O fato é que, sendo a interpretação convencional, não possui realidade objetiva com a qual possa ser confrontado o seu resultado (o interpretante), inexistindo,

(3) A abreviatura IF correspondente à obra *Investigações Filosóficas*, de Ludwig Wittgenstein.

portanto, uma interpretação objetivamente verdadeira [Zagrebelsky]. (GRAU, 2002, p. 88.)

A condição do direito enquanto ciência hermenêutica situa o conhecimento jurídico no domínio da argumentação. Assentado na noção de verossimilhança, o domínio da argumentação não se limita à dicotomia cartesiana do certo ou errado. A ilusão de verdades definitivas cede em favor de verdades provisórias. Como esclarece Boaventura de Sousa Santos, “[...] o domínio da argumentação é o razoável, o plausível, o provável, e não o certo ou o falso” (1989, p. 111). Entretanto, o resgate do conceito clássico do verossímil precisaria defrontar-se com a herança racionalista oriunda da modernidade instaurada com o advento da Revolução Francesa. Não se pode esquecer de que o paradigma científico então proposto desautorizava a retórica enquanto forma de conhecimento: “A marginalização da retórica a partir de Descartes dá-se quando este, em Discurso do Método, declara que uma das regras do novo método é considerar falso tudo aquilo que é apenas provável.” (SANTOS, 1989, p. 111.) Um conhecimento que procede de premissas prováveis para conclusões prováveis não atende à exigência paradigmática trazida pela Revolução Francesa, de que uma ciência somente merece tal estatuto se apresentar-se construída sobre o alicerce único de silogismos da lógica apodítica.

Ao eleger uma dentre as várias interpretações possíveis, o intérprete chega à interpretação entendida como a mais adequada pela chamada *lógica da preferência*. Para Eros Grau, não existe uma única resposta correta na aplicação do direito. No processo hermenêutico, chega-se a várias interpretações plausíveis. E como a norma não é objeto de *demonstração*, mas de *justificação*, não se cogita de uma única resposta correta. “Por isso, a alternativa *verdadeiro/falso* é estanha ao direito; no direito há apenas o aceitável. O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução.” (GRAU, 2002, p. 88.)

Não nos sendo possível encontrar a sentença ideal, a sentença possível, entretanto, deve se

revelar legítima pela própria fundamentação, de modo que se possa estabelecer um certo consenso de que se está diante de uma sentença razoável para o caso concreto em face do direito aplicável, conquanto outras soluções fossem aceitáveis.

5. O caso concreto é matéria-prima para a justiça da solução

Para a construção de uma solução justa, três elementos são essenciais: a vinculação à lei, o bom senso e a singularidade do caso concreto. A afirmação de Mauro Cappelletti faz da diversidade fática do caso um dos três balizadores da criatividade judicial em ordem à boa decisão.

Com efeito, por se tratar de uma ciência do individual, o direito não se presta às abstratas generalizações conceituais sonhadas pelo Iluminismo e cultivadas pelo normativismo, somente podendo resgatar seus vínculos originários com a justiça quando abandona o atacado das abstrações formais e retorna ao varejo dos casos concretos, fonte genética de sua vitalidade.

Depois de demonstrar que a relação do intérprete com o texto faz da compreensão do direito uma atividade essencialmente argumentativa, Ovídio A. Baptista da Silva propõe a superação da racionalidade linear da epistemologia das ciências empíricas em favor de uma “aceitabilidade racional”, construída sob inspiração do verossímil haurido ao pensamento clássico. Isso significa reconhecer a importância “do caso” na conformação do Direito. Daí o resgate da concepção do Direito enquanto ciência do individual, de modo a superar-se a proposição dogmática e generalizante da ciência jurídica como uma ciência abstrata e formal (2004, p. 265).

O sentido da norma é dado no caso concreto. Em outras palavras, o sentido do direito não se revela para o intérprete quando o exame da norma é feito em abstrato. É a dinâmica social que imprime sentido às regras jurídicas existentes. A ordem jurídica ganha sentido ao

ingressar no cotidiano das pessoas, de modo que o sentido do direito “somente se manifesta no momento em que as normas jurídicas são experimentadas, avaliadas e aplicadas” (PAES, 2007, p. 41).

Nada obstante a influência exercida pela concepção de Montesquieu acerca da função do juiz, a pretensão de reduzir atuação do magistrado à condição de mero oráculo da vontade do soberano já fixada na lei malogrou diante da ambiguidade natural à linguagem, que sempre reclamou a interpretação interdita pela Escola da Exegese. Essa interpretação se dá no caso concreto. Embora a interdição tenha sido atenuada com o desenvolvimento da filosofia do direito, pode-se dizer que essa interdição subsiste como questão hermenêutica não superada pelo positivismo jurídico. Porém, cada vez mais ganha espaço a percepção de que os juízes não se limitam a declarar o direito preexistente, mas participam da criação do direito nos casos específicos, dando contornos à ordem jurídica para superar o caráter geral, abstrato e teórico das normas, a fim de atribuir-lhes significação específica, concreta e prática.

A afirmação de Mauro Cappelletti, de que a matéria-prima do caso concreto é um dos balizadores da solução justa, revela-se verdadeira quando se percebe que é ilusória a ideia de uma solução abstrata que se afaste do caso concreto para refugiar-se na generalidade teórica da norma. Sem reduzir a distância que separa o *standard* da norma das peculiaridades do caso específico não se pode pretender alcançar a sentença razoável. Essa aproximação é operada pelo engenho da interpretação: “A lei, como produto inacabado, está sempre a exigir a atividade interpretativa, que mediará o espaço que há entre a generalidade da lei e a especificidade dos fatos, impondo sempre atuação criativa do agente da interpretação/aplicação.” (PAES, 2007, p. 47.) É nesse sentido que a teoria jurídica contemporânea atribui ao magistrado a tarefa de mediar, pela interpretação, o espaço que separa o modelo normativo da situação de fato examinada: “O

juiz desempenha o papel de agente redutor da distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto.” (COELHO, 1997, p. 43.)

A sentença razoável é resultado de uma boa construção da decisão do caso concreto.

6. A construção da decisão do caso concreto

Em precioso estudo acerca da discricionariedade judicial, Michele Taruffo revela que a solução do caso concreto é o resultado de uma construção complexa em que fato e norma interagem numa progressiva relação dialética conduzida pelo intérprete. Fato e norma aproximam-se pelo engenho da interpretação. Daí a fecunda observação de que “no contexto da decisão de um caso particular, a ‘construção do caso’, com vistas à decisão, se verifica através de numerosas e complexas passagens entre o ‘fato’ e o ‘direito’” (TARUFFO, 2001, p. 434).

Fruto de recíprocas conexões estabelecidas pelo intérprete entre fato e norma, a construção da solução no caso concreto lembra a ideia de *círculo hermenêutico* (HEIDEGGER, GADAMER), mas também faz rememorar o processo de *ida e volta do olhar* do intérprete no exame relacional dos elementos implicados no caso (Engisch). Ao destacar a intensa atividade dialética desenvolvida na construção da relação fato-norma, Michele Taruffo desautoriza a simplificação teórica a que o positivismo jurídico pretende reduzir a complexa operação da subsunção. O autor demonstra que a subsunção não se restringe à ideia de um simétrico acoplamento resultante de uma instantânea operação mental. Ao contrário, trata-se de uma complexa operação intelectual que se desdobra em sucessivas relações articuladas entre fato e norma, sob a presidência dos valores éticos que nos inspiram à justiça. Pondera o autor: “O que se usa chamar de *sussunzione* do fato da norma, ou correspondência entre fato e norma, é, somente, o resultado final de um particular círculo hermenêutico que liga, dialeticamente,

o fato e a norma até chegar a uma correspondência entre o fato, juridicamente qualificado, e a norma interpretada com referência ao caso, no qual ela é concretamente aplicada.” (2001, p. 434.)⁽⁴⁾

Portanto, na construção da solução do caso concreto são determinantes as relações que se estabelecem entre fato e norma, num movimento circular de progressiva interação⁽⁵⁾, a revelar que a discricionariedade judicial permeia todo o processo de descoberta do direito para cada caso concreto, descoberta que a experiência ordinária indica estar mais acessível ao juiz que instruiu a causa do que aos integrantes do órgão recursal colegiado⁽⁶⁾. Daí decorre a polêmica afirmação teórica de que o juiz cria o direito para a situação específica.

7. O juiz recria o direito

A discricionariedade judicial não é um exercício recente na história do Direito. A pesquisa realizada por Ovídio A. Baptista da Silva revela

(4) Michele Taruffo fornece importante subsídio acerca dessa questão, ao esclarecer que “[...] a escolha da norma aplicável e a determinação de seu significado se verificam em direta conexão dialética com a individualização dos fatos, juridicamente relevantes; de outro lado, essa determinação dos fatos se verifica em função da norma que o juiz julga aplicável e do significado (*‘guiado’* pela referência aos fatos) que à norma é atribuído” (2001, p. 434).

(5) Esse movimento circular de progressiva interação opera como uma espiral hegeliana da dialética entre fato e norma.

(6) A doutrina reconhece a consistência dessa assertiva: “Se, por um lado, acredita-se que a decisão judicial possa apresentar um erro, por outro, não se pode concluir que as decisões colegiadas ou proferidas em grau de revisão estão isentas das mesmas críticas. Ao contrário, todas as decisões contam com a possibilidade de vício na apreciação dos fatos e do direito do caso. E mais, na grande maioria dos casos, é o juiz da primeira instância que está mais próximo das partes e dos demais sujeitos do processo, o que lhe permite melhor percepção da realidade judicial (o contato direto com os litigantes, as testemunhas, a confiança no perito, o debate judicial etc.). Com os sucessivos rejuvimentos, vão se diluindo — quando não aniquilando — as vantagens dessa imediação, da oralidade, etc.” (PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35 — sublinhei.)

que os romanos já corrigiam a lei quando da aplicação do direito ao caso concreto. Adepto da ideia de que ao juiz cabe aplicar a lei e não aperfeiçoá-la, a crítica de Savigny à prática dos juriconsultos romanos é ilustrativa de que a aplicação do direito implicou historicamente certa criatividade do aplicador do direito:

Se examinarmos o uso que os juriconsultos romanos fazem de suas próprias regras, veremos que a prática não está sempre de acordo com a teoria. Frequentemente eles ultrapassam os limites da verdadeira interpretação, para entrar no domínio da formação do direito, de modo que suas interpretações extensivas, extraídas dos motivos da lei, corrigem, não a expressão, mas a própria lei, constituindo verdadeiras inovações. (SAVIGNY, 1930, *apud* BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 279.)

Nas restrições opostas à criatividade judicial, Savigny conta com um grupo numeroso de seguidores. Com efeito, a negativa de reconhecimento de poder político ao magistrado é ressaltada ainda pela posição tradicional de certos autores, para os quais “a máquina judicante é uma máquina inerte e passiva; é de sua essência ser passiva; o princípio de seu movimento não está nela; a soberania que julga não é mais senhora de seu descanso tanto quanto não é de seu movimento”. Na realidade, tais premissas — na eloquente observação de Antonio Carlos Wolkmer — são inteiramente falsas, pois o juiz possui papel bem maior do que lhe é atribuído, exercendo ideologicamente uma extraordinária e dinâmica atividade recriadora (1995, p. 169)⁽⁷⁾.

Nada obstante as restrições opostas por Savigny e seus seguidores, a criatividade judicial é uma contingência da natureza hermenêutica do ato de aplicação do direito. E assim é por

(7) Para Antonio Carlos Wolkmer, “[...] o papel do juiz é acentuadamente marcante, não só como recriador através do processo hermenêutico, mas também como adaptador das regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social” (1995, p. 172).

que “o ato de interpretar implica uma produção de um novo texto, mediante a adição de sentido que o intérprete lhe dá” (STRECK, 2000, p. 194).

Herbert Hart alinha-se entre os teóricos que adotam a compreensão de que o juiz cria direito novo ao resolver um caso concreto. Para o jurista inglês, a criatividade judicial é uma contingência da generalidade e abstração da lei. Para decidir, o juiz tem que escolher entre as alternativas que medram do solo polissêmico da ambiguidade da linguagem da lei. Para Herbert Hart, o direito somente impõe limites para a escolha (decisão) do juiz, e não a própria escolha (decisão)⁽⁸⁾.

Quando o juiz aplica o direito no caso concreto, o faz por um ato criativo, pois não se limita a declarar o direito preexistente na norma mediante uma mecânica operação de lógica dedutiva. Vai ficando superada tanto a concepção que limita a identificação o direito à lei quanto a ideia de que o justo é algo existente *a priori*: a ideia de justiça somente pode ser haurida no contexto de determinada situação concreta. Isso por que — explica Gadamer — a distância entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta que se projeta em cada caso particular é essencialmente insuperável (GADAMER, 1994, *apud* STRECK, 2000, 197).

O juiz opera uma criativa mediação entre fato e norma, com a finalidade reduzir a distância que separa a generalidade da norma aplicável do caso concreto. Nesse processo de aproximação, são necessárias várias passagens discricionais do fato à norma e vice-versa, para que se abra ao juiz a compreensão dos sentidos a serem atribuídos à norma para assegurar-se a realização do direito no caso em particular. A síntese formulada por Arnaldo Boson Paes é precisa: “[...] o ato de criação do direito é um ato

de concreção da generalidade do ordenamento jurídico à particularidade do caso concreto.” (2007, p. 50.)

Daí a afirmação de que o juiz constrói — recria o direito, nesse sentido figurado — a norma de decisão a partir da interpretação da regra aplicável na situação concreta, não se podendo pretender continuar a circunscrever a atividade judiciária à mera aplicação da técnica silogismo. A norma de decisão figura então, tal qual na clássica lição de Hans Kelsen, como a regra que regulará determinado conflito, embora o jurista alemão prefira a formulação teórica de que a sentença fundada na lei é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Em conclusão, é a construção jurisprudencial do direito que dá robustez à lei, atuando diretamente no processo de elaboração do direito vivo. O juiz cumpre o importante papel de elaborar o novo direito — na criativa dicção de Arnaldo Boson Paes — ao redor das leis, realizando a função de impedir que o processo de cristalização do direito provoque o divórcio entre a lei e a vida do direito, entre a norma e o direito que de fato vige, procurando diminuir a diferença entre a lei e a justiça (2007, p. 47).

Contudo, é inevitável a pergunta sobre a compatibilidade entre Estado de Direito e discricionariedade judicial.

8. Estado de Direito e discricionariedade judicial

A afirmação de que a discricionariedade judicial não está em contradição com o Estado de Direito, senão que é antes condição de possibilidade para a própria realização da tarefa estatal de prestar a jurisdição, exige uma explicação introdutória. Essa explicação principia pela consideração elementar de ser a aplicação do direito um ato humano confiado pela ordem jurídica a uma determinada pessoa. Esse operador jurídico atua na sua condição existencial de ser humano no contexto social

(8) Essa formulação tornou-se um clássico da discricionariedade judicial. Foi enunciada por Herbert Hart em conferência proferida na Universidade de Harvard, em 1957, conforme revela a pesquisa de Cristina Brandão (2006, p. 86).

e diante do caso concreto colocado à administração da justiça⁽⁹⁾. Vale dizer, a ordem jurídica confia a uma determinada “personalidade” a realização do direito no caso concreto. Assim, é certo que esse operador jurídico atuará enquanto indivíduo ao aplicar o direito no caso concreto — atuará enquanto “personalidade”, ainda que tal atuação não constitua o exercício de uma liberdade irrestrita, porquanto a própria ordem jurídica estabelece balizas que circunscrevem o exercício da discricionariedade judicial. Contudo, sua atuação é o exercício de uma subjetividade.

Poder-se-ia redarguir que o princípio da legalidade afastaria qualquer espaço à discricionariedade na qual pudesse o julgador transitar hermenêuticamente, na medida em que caber-lhe-ia apenas declarar a vontade do legislador mediante simples silogismo, dispensando-se a intromissão discricional de sua interpretação acerca da melhor solução para o caso concreto. Contudo, o princípio da legalidade, ainda que interpretado de forma estrita, não logra subtrair ao juiz o dever de procura pela justiça possível para o caso concreto. É que, mais do que no âmbito da formulação legislativa, “... no plano da jurisdição os homens são chamados enquanto ‘personalidades’ a modelar e aplicar o Direito” (ENGISH, 2008, p. 251).

A tentativa de subtrair a natureza discricionária ao ato de aplicação do direito mediante a exigência de uma esquemática administração da ordem jurídica por meio do recurso ao mecanismo do silogismo jurídico tem sido recusada, por não produzir o resultado de justiça que o senso comum reclama do direito. Como é sabido, a alteração do paradigma científico

costuma ser consequência do reconhecimento do resultado social insatisfatório que o modelo teórico produz na prática cotidiana (SANTOS, 1989, p. 170)⁽¹⁰⁾.

A utilização do formal mecanismo do silogismo tende a produzir decisões inadequadas, porquanto dissociadas das especificidades do caso concreto. Quanto mais o operador jurídico se afasta das particulares circunstâncias do caso concreto, com o objetivo de preservar o *standard* de padronização genérica da regra, para melhor acoplar a lógica mecânica do silogismo, tanto mais abstrata — por que descontextualizada do caso concreto — tende a ser a solução obtida por meio dessa esquemática subsunção formal e generalizante. É fácil compreender esse fenômeno. Uma solução orientada pela aplicação de regras abstratas, que não recolle do contexto fático os possíveis sentidos da regra que está em questão em cada caso, tende a não alcançar a justiça conformada às particulares circunstâncias do caso.

A sociedade democrática quer o direito para almejar a justiça em cada caso. Daí a ordem jurídica conferir ao magistrado a criatividade necessária para alcançar a justiça no caso concreto em face do direito existente. Como diz Karl Engisch, os juízes atuam “[...] para procurar o que é de direito, o que é conveniente e o que é a medida justa no caso concreto, por modo a empenhar a sua responsabilidade e a sua ‘melhor ciência e consciência’, sim, mas ao

(9) H. Rupp, embora partidário da vinculação do juiz à lei, declara no *Neue Juristische Wochenschrift* — NJW (Novo Semanário Jurídico) de 1973, p. 1774: “A lei não se limita a aceitar resignadamente os subjectivismos do juiz ou do funcionário administrativo, antes tais subjectivismos são acolhidos no pluralismo do Estado de Direito como oportunidade e esperança do indivíduo de encontrar no juiz, não apenas um computador cego ou um missionário político, mas um ser humano [...]” (apud ENGISH, 2008, p. 273.)

(10) Boaventura de Sousa Santos explica como um paradigma teórico pode sofrer alteração por força do resultado social que produz na comunidade: “A concepção pragmática da ciência e, portanto, da verdade do conhecimento científico parte da prática científica enquanto processo intersubjectivo que tem a eficácia específica de se justificar teórica e sociologicamente pelas consequências que produz na comunidade científica e na sociedade em geral. Por isso, existe uma pertença mútua estrutural entre a verdade epistemológica e a verdade sociológica da ciência e as duas não podem ser obtidas, ou sequer pensadas, em separado. Porque só são aferíveis pela sua eficácia produtiva, são indiretas e prospectivas. Só a concepção pragmática da ciência permite romper com a circularidade da teoria.” (1989, p. 170.)

mesmo tempo também por um modo criativo e talvez mesmo inventivo” (2008, p. 252).

A reivindicação da Escola do Direito Livre — a discricionariedade judicial deve ser elevada à condição de um princípio geral para a conformação do direito — é apresentada por Karl Engisch como postulado cuja consideração apresenta na atualidade mero interesse histórico. Contudo, o autor sublinha a conveniência de que o juiz esteja menos subordinado à lei do que às especificidades do caso concreto, deixando entrever, latente, a discricionariedade ínsita ao fenômeno da aplicação do direito nas palavras seguintes:

[...] reaviva-se a cada passo a ideia de que não se deve vincular demasiado à lei o prático que a aplica ao caso individual, de que temos que lhe dar carta branca e oportunidade para dominar de forma sensata, justa e conveniente, tanto segundo a especificidade do caso como segundo a sua convicção pessoal, a situação concreta, quer se trate de um litígio judicial, quer de um problema da administração (ENGISCH, 2007, p. 252).

Em resumo, tem-se que a discricionariedade judicial é ínsita à aplicação do direito.

9. A discricionariedade judicial é ínsita à aplicação do direito

A discricionariedade judicial tem sido concebida como o fenômeno da integração da lei existente observado nos casos concretos (BRANDÃO, 2006, p. 85).

Para demonstrar que a ciência não pode prescindir da leitura retórica do processo de investigação científica, Boaventura Sousa Santos lembra que remonta a Aristóteles a tradição de conferir à retórica estatuto científico na produção do direito, tradição resgatada por Chaïm Perelman. O cientista português cita Perelman: “É comum e não necessariamente lamentável que o magistrado conhecedor da lei formule o seu juízo em duas etapas: primeiramente chega à decisão inspirado pelo seu sentimento de justiça; depois junta-lhe a motivação técnica.” (SANTOS, 1989, p. 120.)

Os verbos julgar e decidir poderiam ser compreendidos como expressões equivalentes do fenômeno da aplicação do direito. Mas não para a arguta compreensão de Ovídio A. Baptista da Silva. Para ele, perceber a distinção existente entre essas duas atividades do juiz é condição de possibilidade à compreensão do tema da discricionariedade judicial. Decidir é algo diverso de julgar. Diz o autor:

A *discricionariedade* será, necessariamente, o suporte para qualquer espécie de decisão. Quem ignora isso, não comete erro jurídico: o engano decorre de uma equivocada compreensão da psicologia humana. *Julgar* é atividade de um juiz incumbido de declarar (ato cognitivo) a vontade da lei; *decidir* (ato volitivo) é a consequência da faculdade de julgar e pressupõe o poder de ‘decidir-se’ entre duas ou mais alternativas possíveis, quer dizer, legítimas. (BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 274.)

A valiosa citação de Theodor Viehweg, feita por Ovídio A. Baptista da Silva, para ilustrar como se desenvolve o complexo fenômeno da aplicação do direito, permite um passo adiante na compreensão da natureza discricionária da atuação do juiz na decisão de cada caso concreto, revelando a fragilidade científica da proposta de aplicação do direito adotada pelo sistema lógico-dedutivo do silogismo e, de outra parte, preparando o terreno teórico sobre o qual podemos nos deparar com o conceito de sentença razoável de forma produtiva.

O autor do clássico *Tópica e jurisprudência* preleciona:

[...] o que de modo simplista se chama aplicação do direito é, visto de uma maneira mais profunda, uma recíproca aproximação entre os fatos e o ordenamento jurídico. Engisch falou neste sentido, de um modo convincente, ‘do permanente efeito recíproco’ e de ‘ida e volta do olhar’. W. G. Becker dá uma importância decisiva a este fenômeno. Partindo de uma compreensão provisória do conjunto do direito, forma-se a compreensão

dos fatos, que por sua vez repercute de novo sobre a compreensão do direito... Olhando para trás, comprova-se como do sistema jurídico-lógico, isto é, de um nexo de fundamentos intacto, não resta já quase nada e o que resta não é suficiente para satisfazer, sequer de um modo aproximado, as modernas aspirações sistemático-dedutivas. Onde quer que se olhe, encontra-se a tópica, e a categoria do sistema dedutivo aparece como algo bastante inadequado, quase como um impedimento para a visão (*apud* BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 283).

Chamado a solucionar o caso concreto sob julgamento, o magistrado inicia a progressiva descoberta do direito. Realiza uma repetida aproximação entre os fatos e as normas, recolhendo o resultado do respectivo efeito recíproco, numa espécie de conformação interativa de fatos e normas. Examina os fatos a partir das normas aplicáveis. Em movimentos circulares, volta às normas aplicáveis, já tendo lançado um primeiro olhar para os fatos. Os fatos, por sua vez, exercem influência sobre a interpretação das normas. Então, retorna das normas aos fatos e já faz um exame mais específico dos fatos, dando vida ao movimento de ida e volta do olhar de que fala Karl Engisch. O olhar evolui de forma circular entre fatos e normas. Volta às normas e retorna aos fatos, num cotejo progressivo que se repete até alcançar a solução que se pareça a mais adequada — é assim a sentença razoável — para aqueles fatos diante das normas incidentes.

Assim compreendido, o processo de aplicação do direito ao caso concreto pressupõe a direta interferência da subjetividade do magistrado em todos os movimentos de aproximação entre fatos e normas, revelando a intrínseca discricionariedade do ato decisório, inclusive aquela que se faz contingência incontornável no processo de sua preparação, elaboração, evolução e conclusão. Michele Taruffo, não obstante sustente a necessidade de um instrumental teórico que permita sindicat

razoabilidade da sentença, reconhece que “[...] a decisão é fruto de um raciocínio complicado, irreduzível a esquemas lógicos elementares, caracterizado por numerosas passagens, em que o juiz exerce amplos poderes discricionais” (TARUFFO, 2001, p. 451).

A consistente intuição científica de Ovídio A. Baptista da Silva acerca de a discricionariedade do juiz se tratar de uma contingência incontornável da natureza hermenêutica da ciência jurídica ganhou novo impulso teórico na obra do jurista Arthur Kaufmann, filósofo do direito que vinha sendo cada vez mais pesquisado pelo jurista gaúcho e que teve influência decisiva nas suas últimas obras. Além de ratificar as noções acerca da inexorabilidade da discricionariedade judicial recolhidas da obra de Karl Engisch, em Arthur Kaufmann a consistente intuição científica de Ovídio A. Baptista da Silva vai se confirmar pela consideração superior de que o direito nunca foi uma ciência lógica — “o direito é originariamente analógico” (KAUFMANN, 1976, p. 38).

Daí a seguinte afirmação do jurista gaúcho, recebida com o sabor de uma novidade algo libertária para os operadores jurídicos:

[...] a analogia não deve ser utilizada apenas como um instrumento auxiliar, de que o intérprete possa lançar mão, para a eliminação das lacunas. Ao contrário, o raciocínio jurídico será sempre analógico, por isso que as hipóteses singulares nunca serão entre si idênticas, mas apenas ‘afins na essência’. Este é o fundamento gnoseológico que não só legitima mas determina, como um pressuposto de sua essência, a natureza hermenêutica do Direito, cuja revelação pela doutrina contemporânea conquista, cada vez mais, os espíritos (BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 285).

Ao destacar a relevância do caso concreto para a construção da solução justa, Cândido Rangel Dinamarco vale-se de duas expressões que sugerem a presença de discricionariedade judicial na aplicação do direito. O jurista diz

que o juiz tem *liberdade para optar* entre soluções legítimas e deve fazê-lo consultando seu *sentimento de justiça*. Depois de ponderar que o “o juízo do bem e do mal das disposições com que a nação pretende ditar critérios para a vida em comum não pertence ao juiz”, Cândido Rangel Dinamarco reconhece que cabe ao juiz examinar o caso concreto e procurar a justiça do caso, utilizando sua sensibilidade, buscando a solução no sistema jurídico e nas razões que lhe dão sustentação. Nesse trabalho, o juiz “tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça” (DINAMARCO, 1987, p. 280).

A aguda formulação adotada por Herbert Hart se entremostra também na percepção de Ives Gandra da Silva Martins Filho acerca do fenômeno da discricionariedade judicial. Se para o jurista inglês a ambiguidade da linguagem da lei impõe ao juiz a opção discricional pela escolha de determinada solução para o caso concreto, para o jurista brasileiro o caráter ordinariamente genérico da lei muitas vezes não fornece ao juiz os critérios pelos quais construir a solução específica para o caso concreto, de modo que ao juiz incumbe o dever de atribuir sentido específico à norma jurídica diante do caso examinado, num esforço interpretativo capaz de superar o caráter algo abstrato das palavras em que a norma é formulada. “Portanto, sempre que a lei não define minuciosamente a atuação do juiz, dando-lhe margem de liberdade na concretização do que se encontra genericamente tratado na lei, cabendo ao juiz dar o conteúdo às palavras abstratas do preceito, estamos diante desse campo de discricionariedade em que o juiz decidirá.” (MARTINS FILHO, 1991, p. 47.)

Da mesma forma que Karl Engisch postula que reconheçamos com naturalidade que a discricionariedade judicial constitui um componente próprio ao Estado de Direito e compatível com o princípio da legalidade, ao

lado do poder discricional que o direito administrativo atribui ao administrador público em determinadas situações⁽¹¹⁾, Ives Gandra da Silva Martins Filho afirma que a discricionariedade é uma característica própria dos poderes estatais, que se comunica ao Poder Judiciário: “Assim, seja por previsão de faculdade, seja por impossibilidade de previsão minuciosa dos elementos em que o juiz deverá se basear para decidir, conclui-se pela existência de um poder discricional do juiz, semelhante ao do administrador, como característica comum de qualquer dos Poderes do Estado.” (MARTINS FILHO, 1991, p. 47.)

A discricionariedade judicial na aplicação do direito apresenta-se como uma natural consequência da complexa avaliação das circunstâncias de cada caso concreto, porquanto é sobre o terreno da singularidade de cada situação fática examinada que o juiz irá edificar — depois de ter por ela optado — uma solução ajustada diante do direito aplicável àquela particular situação. A lição do professor italiano Alessandro Raselli não é recente: “Per la complessa valutazione delle circostanze del caso singolo, il giudice dovrà tener presenti volta per volta lo scopo particolare per il quale la sanzione è comminata e quindi deciderà secondo un apprezzamento discrezionale.” (1935, p. 23.)

10. A sentença razoável – considerações complementares

A sentença razoável é aquela cuja fundamentação revela tratar-se de solução adequada em face do ordenamento jurídico e diante das

(11) Embora destaque que a discricionariedade judicial não pode degenerar em abuso de poder por parte do magistrado, Karl Engisch sustenta que tal característica do fenômeno jurídico é plenamente compatível com o regime do Estado de Direito: “O resultado a que chegamos com referência à tão discutida discricionariedade é, portanto, este: que pelo menos é possível admitir — na minha opinião é mesmo de admitir — a existência de discricionariedade no seio da nossa ordem jurídica conformada pelo princípio do Estado de Direito.” (2008, p. 228-29.)

circunstâncias do caso concreto, nada obstante outras decisões sejam aceitáveis para o caso. Isso porque, não se podendo cogitar de uma decisão ontologicamente ideal, “a incerteza que em todo o caso frequentemente subsiste quanto à decisão ‘justa’ seria então um ‘mal’ que se tem de aceitar” (ENGISCH, 2008, p. 220).

Karl Engisch explicita o pensamento que o conduz à afirmação anterior, assinalando que o próprio julgador, muitas vezes, permanece em dúvida a respeito do acerto da decisão que adotou, dilema do qual, entretanto, muitas vezes não pode se desvencilhar na medida em que lhe incumbe, na aplicação do direito ao caso concreto, debruçar-se sobre as opções de soluções legítimas para a particular situação em julgamento e optar por uma delas no exercício dessa liberdade que se convencionou denominar de discricionariedade judicial, com o objetivo de alcançar a solução mais adequada — aquela que lhe pareça a mais apropriada para a situação. Karl Engisch observa a respeito que “frequentemente o próprio autor da decisão não pode libertar-se das suas dúvidas, perguntando-se se ‘efectivamente’ toma a decisão acertada; mas dirá de si para si que pelo menos considera correcta a decisão defensável” (2008, p. 250).

Ainda que Dworkin esteja a circunscrever a discricionariedade judicial aos casos difíceis em artigo escrito em 2003, a seguinte passagem do ensaio de Cristina Brandão sobre o referido artigo auxilia na compreensão do conceito de sentença razoável. Diz a autora:

Como o próprio Dworkin confessa em seu artigo de 2003, os juízes têm lançado mão de princípios os mais diversos quando necessitam decidir uma causa que não encontra paradigma legal, pelo menos não à primeira vista, à primeira análise. E suas decisões, fundamentadas que são em princípios, têm a pretensão de ser a mais correta, a decisão ‘razoável’ por excelência, quando outras decisões racionais sempre são possíveis em casos difíceis (BRANDÃO, 2006, p. 85).

Sentença razoável e fundamentação suficiente são os dois pilares sobre os quais repousa a legitimidade da discricionariedade judicial. Chaïm Perelman percebeu essa relação complementar ao assimilar a decisão aceitável à decisão justa. A solução justa não o é simplesmente, como pretenderia o positivismo jurídico, pelo fato de ser conforme a lei; “será antes a ideia prévia daquilo que constituirá uma solução justa, sensata, aceitável que guiará o juiz em sua busca de uma motivação juridicamente satisfatória” (2000, p. 114).

Perelman não pretende uma solução ideal, fala de solução sensata. Tampouco pretende uma motivação juridicamente perfeita, fala de motivação juridicamente satisfatória. A sentença aceitável é aquela suscetível de alcançar determinado consenso. Não se exige consenso absoluto; basta um consenso satisfatório, construído no âmbito do senso comum teórico do campo jurídico por meio de uma ideia prévia daquilo que seja uma solução justa para o caso.

A relevância das singularidades do caso concreto radica em que a justiça consiste em conceber uma solução jurídica adequada para uma determinada situação em concreto. A situação em concreto é que vai conformar o contexto em que o juiz vai poder compreender, dentre os sentidos recolhidos na ambiguidade da linguagem da norma, o sentido a ser atribuído à norma aplicável para a apropriada solução do caso concreto. A compreensão do fenômeno da aplicação do direito implica a percepção de que: a) se trata de *compreender* uma situação *individual* (o caso concreto); b) que essa *compreensão* é realizada por uma *individualidade* (o juiz); c) e que essa *individualidade* não compreende senão de uma maneira própria, de uma maneira individual.

Essa relevante questão mereceu esta impressionante ilustração de Karl Engisch:

Aquilo que há de individual no caso concreto torna-se então relevante, não sob o aspecto objectivo (do lado das circunstâncias particulares) apenas, mas também sob o

aspecto subjectivo (do lado da instância que julga e aprecia). O que há de individual no objecto (no caso concreto) e a individualidade do sujeito (aquele que aprecia o caso) convergem num certo ponto. Aquilo que o filósofo Theodor Litt disse outrora, a saber: ‘A *forma* individual não pode ser vivenciada senão por um modo individual’, ‘o que é compreendido é o individual, mas, mais ainda, ele é sempre e necessariamente compreendido de uma maneira individual.’ (ENGISCH, 2008, p. 222-23.)

O juiz enquanto individualidade examina uma situação individual, de modo que “a sub-sunção das situações concretas a um conceito assim preenchido quanto ao seu conteúdo vai de mão dada com valorações que são pessoais e ‘intransmissíveis’, que pelo menos não podem ser verificadas como sendo ‘as únicas correctas’” (ENGISCH, 2008, p. 266).

A sentença razoável é o resultado desse criterioso olhar pessoal com o qual o juiz se aproxima desde o fato até a norma e retorna desde a norma até o fato, em sucessivas conexões relacionais, para encurtar a distância que separa a generalidade da norma da singularidade do caso concreto.

Nesse contexto, a pretensão de exigir a denominada sentença ideal não deve se converter numa quimera para o relator, quando no exercício da função revisora em recursos de natureza ordinária; mas é o caminho mais curto — e muitas vezes inconsciente — para a reforma da sentença razoável.

11. Fundamentação “completa” x fundamentação suficiente

O exame do tema da sentença razoável não poderia relegar ao esquecimento um dos mais importantes aspectos em que se desdobra o contraste que no presente estudo se estabelece — a finalidade didática justifica essa dicotomia — entre sentença ideal e sentença razoável. Esse aspecto diz respeito à fundamentação da sentença.

É sabido que a fundamentação das decisões objetiva assegurar ao jurisdicionado e à sociedade a aferição da efetiva realização da garantia fundamental a uma prestação jurisdicional justa. Com efeito, a fundamentação das decisões é um dever constitucional do juiz e sobre o seu cumprimento repousa a possibilidade de aferição da adequação da decisão judicial no caso concreto. É na fundamentação que a sentença demonstrar-se-á razoável.

A importância da questão radica no fato de que a ilusória pretensão da sentença ideal do relator muitas vezes apresenta-se encoberta sob a inexequível exigência de uma fundamentação “completa” da sentença. Assim, como não lhe basta a sentença razoável, não lhe basta a fundamentação suficiente. O resultado prático tende a ser a reforma da sentença. A exigência de uma fundamentação completa encobre muitas vezes uma prévia deliberação pela reforma da sentença razoável e pela sua substituição pela sentença ideal do relator. Sentença ideal do relator e exigência de fundamentação completa parecem faces da mesma quimera.

No entanto é possível exigir uma fundamentação “completa” da sentença?

A questão é complexa. Mas a resposta parece ser negativa.

Mesmo que se pudesse afastar a relevante contingência objetiva da insuficiente estrutura judiciária ante o volume crescente de demanda em massa por jurisdição no exame dessa questão, ainda assim a resposta parece ser negativa em face da impossibilidade de recuperarem-se todos os pressupostos hermenêuticos de qualquer decisão. Muitos elementos do itinerário hermenêutico de construção da sentença ficam pelo caminho; não foram abandonados; foram empregados nesse itinerário, mas já não aparecem na linguagem a que se reduz o resultado (a sentença). A linguagem reduz o que foi percebido. Daí a observação de *Hegel*: “o Isto dos sentidos ... não pode ser alcançado pela linguagem” (*apud* ARENDT, 2002, p. 9). Ainda

que quisesse, o juiz não poderia reproduzir as relações fáticas recolhidas por sua percepção sensorial, pois “nada do que vemos, ouvimos ou tocamos pode ser expresso em palavras que se equiparem ao que é dado aos sentidos” (ARENDDT, 2002, p. 9).

Uma das feridas do narcisismo humano radica na constatação de que nossa racionalidade não é tão dominante quanto se imaginava até Freud vir desfazer essa ilusão iluminista. Nossa capacidade de explicar as coisas é menor do que se imaginava. E, de outro lado, descobrimos com a filosofia que nosso acesso à verdade é limitado e contingente. Temos que nos contentar com a verossimilhança e renunciar à quimera do acesso à coisa em si: “Fenomenologicamente falando, a ‘coisa em si’ não consiste em mais que a continuidade com que as matizações perspectivistas da percepção das coisas se vão induzindo umas as outras.” (STRECK, 2000, p. 185.)

Hannah Arendt formulou uma bela imagem acerca do limite de nosso acesso à verdade. Talvez possa servir à valorização da percepção transmitida pelo juiz à sentença quanto aos fatos da causa: “O mundo cotidiano do senso comum, do qual não se podem furtar nem o filósofo nem o cientista, conhece tanto o erro quanto a ilusão. E, no entanto, nem a eliminação de erros, nem a dissipação de ilusões pode levar a uma região que esteja além da aparência.” Se o juiz que colhe pessoalmente a prova está sujeito ao erro e à ilusão, a possibilidade de engano do relator do recurso é tendencialmente maior no que respeita à prospecção da verdade dos fatos — *rectius*, da verossimilhança dos fatos alegados. Os limites de nosso acesso à verdade no processo judicial foi identificado por Ovídio A. Baptista da Silva pela assertiva de que “o processo oferece *versões*, não *verdades*” (2004, p. 212).

Hoje já se compreende que não se pode, em qualquer ciência, ter acesso direto ao objeto em estudo. À lei e aos demais objetos da ciência tem-se apenas acesso indireto. Este acesso é

realizado pela via do significado, por meio da linguagem. Não se chega ao objeto puro, chega-se ao seu significado. A lição de Ernildo Stein traz luz à questão, quando o professor gaúcho aborda a relação sujeito-objeto na construção do conhecimento: “[...] quando dizemos que o acesso aos objetos se faz pela clivagem do significado, pela via do significado, dizemos que o nosso acesso aos objetos é sempre um acesso indireto. Nós chegamos a algo, *mas enquanto algo*” (STEIN, 1996, p. 19). A impossibilidade de acesso direto ao objeto em estudo decorre do fato de que o homem não tem outro caminho para aproximar-se do objeto senão aquele fornecido pela linguagem — e seus limites. E trata-se de um problema central para a própria filosofia, “porque já sempre se interpôs entre a linguagem com que nos encaminhamos para os objetos e os objetos, todo o mundo da cultura, todo o mundo da história” (STEIN, 1996, p. 18).

Na esteira das considerações filosóficas de Ernildo Stein, são eloquentes as observações de Lenio Luiz Streck acerca dessa questão: “Somos incapazes de expor todos os pressupostos que estão no universo hermenêutico”; “algo sempre escapa” (STRECK, 2000, p. 182).

Do relator do recurso e da turma recursal, é razoável alimentar a expectativa de que estão empenhados à positiva compreensão da sentença e até de seus pressupostos hermenêuticos implícitos: “Aquele que pretende compreender um texto tem que estar a princípio disposto a que o texto lhe diga algo.” (STRECK, 2000, p. 190.) Isso é verdadeiro também no que respeita à sentença, pois, como revela Rui Portanova, “é verdadeiramente impossível ao juiz ‘indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento (art. 131 do CPC). São tantas as influências que inspiram o juiz que dificilmente ‘a explicação de como se convenceu’ (Barbi, 1975, p. 535) será plenamente satisfatória.” E justifica: “No julgamento há premissas ocultas imperceptíveis.” (PORTANOVA, 1992, p. 15.)

Ao invés de postular a quimera da fundamentação completa, trata-se mais propriamente

de estabelecer uma comunhão de sentido acerca da sentença, o que requer do tribunal uma atitude de positiva compreensão do julgado de primeiro grau⁽¹²⁾, de modo a resgatar o postulado de que “a compreensão só se instala no instante em que começa brilhar em nós o que o texto não diz, mas quer dizer em tudo que nos diz” (LEÃO, 2001, p. 18). Para compreender o sentido de uma produtiva política judiciária acerca da recorribilidade, é necessário que os tribunais exercitem a compreensão da sentença pelos seus próprios motivos, no pressuposto filosófico da moderna compreensão, é dizer, no pressuposto “do compreender pelos motivos, enquanto apreensão dos motivos daquele que se exprime”, de modo que pese o escopo da compreensão, enquanto “um encontro espiritual com a individualidade que se exprime”. Como na poesia, trata-se de “compreender melhor o autor do que ele se compreendeu a si próprio” (ENGISCH, 2008, p. 165/66).

Se a fundamentação completa revela-se uma quimera, é na fundamentação suficiente, entretanto, que se vai poder aferir a razoabilidade da solução adotada e também o respeito às balizas que delimitam o exercício legítimo da discricionariedade judicial.

12. Balizas à discricionariedade judicial

Se a discricionariedade judicial revela-se como elemento constitutivo do ato de aplicação do direito, isso não significa, contudo, que o juiz esteja livre para deliberar apenas de acordo com sua exclusiva vontade, senão que deve exercer seu poder discricionário de acordo com os critérios de racionalidade jurídica que informam o ordenamento normativo, cujo controle realiza-se por meio da motivação da decisão adotada; garantia fundamental do cidadão (CF, art. 5º, LV e art. 93, IX). O livre convencimento é depositário da razoabilidade, não sobrevive ao aleatório e ao idiossincrático.

(12) O fenômeno do crescimento da jurisdição de massa tem acarretado algumas consequências negativas. Entre elas, está a fundamentação cada vez mais sintética das sentenças.

Pondera Michele Taruffo:

[...] no momento em que se reconhece a natureza criativa do raciocínio decisório, emerge, com particular evidência, a necessidade — típica do Estado de direito, fundamentado sobre o princípio da legalidade — que esse ato criativo se verifique conforme critérios de racionalidade, e seja reconduzível dentro do contexto — dinâmico tanto quanto se deseje — mas não isento de ordem — do ordenamento (TARUFFO, 2001, p. 456).

Para Ovídio A. Baptista da Silva, a discricionariedade judicial é pressuposto inerente à natureza hermenêutica do ato de aplicação do direito. Por conseguinte, não pode ser eliminada, como sonham os positivismos ao interditar aos juízes, a criativa atividade da interpretação. Entretanto, a discricionariedade judicial está sujeita a limites. Tais limites são estabelecidos pela própria ordem jurídica e modulados pelos princípios da razoabilidade: “O juiz terá — na verdade sempre teve e continuará tendo, queiramos ou não —, uma margem de discricção dentro de cujos limites, porém, ele permanecerá sujeito aos princípios da *razoabilidade*, sem que o campo da juridicidade seja ultrapassado.” (2004, p. 271.)

É chegada a hora de indicar algumas conclusões.

13. Conclusão

Uma sentença razoável é uma sentença defensável para o caso concreto diante do direito aplicável, a qual deve se revelar legítima pela própria fundamentação, de modo que se possa estabelecer um certo consenso acerca de sua razoabilidade como solução no caso concreto, conquanto outras soluções fossem aceitáveis.

A reforma da sentença de primeiro grau justifica-se quando a sentença não é razoável, vale dizer, quando a causa não teve uma *solução legítima* em face do direito, tendo-se presente, aqui, como razoável, a possibilidade de mais de uma solução legítima para a mesma causa em

face do direito aplicável, superando-se a ideia iluminista de que a sentença ou é certa, ou será errada. A reforma da sentença também pode se justificar quando proferida em contrariedade à lei ou em desconformidade com a jurisprudência uniforme.

Em se tratando de *sentença razoável*, a mera circunstância de não ser ela a *sentença ideal* que o relator proferiria se fosse o julgador originário, não justifica a reforma, sobretudo quando o recurso ordinário implicar exame de matéria de fato.

Não se trata de questionar, aqui, a legitimidade da função revisora dos tribunais. Trata-se de interrogar sobre o método com o qual devemos nos dirigir para realizar o exame dos recursos de natureza ordinária, tendo os olhos postos no compromisso maior com a efetividade da jurisdição, numa sociedade marcada pela desigualdade social e pela demanda massiva de jurisdição trabalhista.

A manutenção da sentença razoável é recomendável, não só por privilegiar o valor maior da efetividade da jurisdição, mas também pelo fato decisivo de que ao juiz de primeiro grau foi dado manter o irredutível contato pessoal com as partes e com a prova proporcionado pela imediação da audiência⁽¹³⁾, além de conhecer a

(13) A Lei n. 9.957/00 introduziu o procedimento sumariíssimo trabalhista para as causas com valor de até 40 salários mínimos. Comentando o veto presidencial ao inciso I do § 1º do art. 895 da CLT, *Estêvão Mallet* desenvolve crítica consistente à ampla admissibilidade de recursos de natureza ordinária no caso de procedimento caracterizado pela oralidade, imediatidade e concentração. Diz o autor: "O texto do projeto de que se originou a Lei n. 9.957 limitava, de modo sensível, o efeito devolutivo do recurso ordinário, restringindo-o apenas aos casos de 'violação literal à lei, contrariedade à súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ou violação direta da Constituição da República'. Aprovado no Congresso, o dispositivo proposto foi considerado excessivo, comprometendo o acesso das partes ao duplo grau de jurisdição, o que serviu de pretexto para o seu veto. Com isso tirou-se da Lei 9.957 o que talvez nela houvesse de melhor. A larga permissão de recursos de natureza ordinária não se justifica em procedimento que procura privilegiar a oralidade, a imediatidade e a concentração dos atos processuais.

realidade socioeconômica da comunidade em que a decisão será executada, o que autoriza a presunção de que o juízo de primeiro grau de jurisdição reúne as melhores condições para compreender as diversas dimensões do conflito e, assim, para fazer justiça no caso concreto.

Portanto, a confirmação da sentença razoável deve ser a diretriz geral da função revisora dos tribunais no julgamento de recursos de natureza ordinária, sobretudo quando se estiver diante de matéria de fato. Trata-se de ponto de partida para a necessária construção de uma nova concepção de recorribilidade, comprometida com efetividade da jurisdição e com a realização dos direitos sociais.

14. Referências bibliográficas

ARENDETT, Hannah. *A vida do espírito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRANDÃO, Cristina. Algumas considerações sobre a discricionariedade judicial. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 86, jul./set. de 2006.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico* 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação: aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LEÃO, Emmanuel Carneiro. Prefácio da obra de Martin Heidegger, *Ser e tempo*, vol. 1, 10 ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

Aliás, nada mais contrário à imediatidade e à oralidade do que o duplo grau de jurisdição. O reexame amplo da causa pelo juízo do recurso, que não participou da colheita da prova, quebra inevitavelmente a imediatidade, enfraquecendo e desvalorizando a atividade cognitiva desenvolvida pelo juízo de primeiro grau e, mais ainda, a própria tarefa de apreciação direta da prova." (MALLETT, 2002, p. 98.)

- MALLET, Estêvão. *Procedimento sumaríssimo trabalhista*. São Paulo: LTr, 2002.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O poder discricionário do juiz. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, n. 2, p. 32-48, set. 1991.
- PAES, Arnaldo Boson. Criação judicial do direito: limites, solução justa e legitimidade. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região (Piauí)*, Teresina, v. 4, n. 1, jan./dez. 2007.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.
- PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- RASSELLI, Alessandro. *Il potere discrezionale del giudice civile*. v. 2. Padova: CEDAM, 1935.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 2 ed. Lisboa: Afrontamento, 1989.
- STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- TARUFFO, Michele. Legalidade e justificativa da criação judiciária do direito. *Revista da Esmape — Escola da Magistratura de Pernambuco*, Recife, v. 6, n 14, jul./dez. 2001.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

O silêncio de um olhar para dentro: as novas relações sociais no contexto de um novo mundo do trabalho

Moacyr Araújo Côrtes^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo insere-se no rol dos estudos sobre as afetações sociais impostas pela “nova” reestruturação produtiva, em tempos duma acumulação flexível e da consequente/progressiva precarização do trabalho. Sua análise volta-se ao destrinchamento de algumas práticas e de determinados posicionamentos sistemáticos das reivindicações empresariais, que, em configuração figurativa de rede, degrada paulatinamente as principais frentes de resistência do trabalhador e dos seus direitos. Convergindo as disposições epistemológicas da Sociologia do Trabalho e do Direito, especificamente do Direito do Trabalho, pauta-se por uma postura ideológica aberta que, ao menos, inclina-se a expor uma realidade social há muito desgastada.

Palavras-chave:

- ▶ Exploração — Reestruturação produtiva — Trabalhador.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Afetações de uma nova reestruturação produtiva
- ▶ 3. O avanço de um “novo” reformismo social
- ▶ 4. Terceirização
- ▶ 5. A dissolução da subordinação jurídica
- ▶ 6. *Dumping* social: afetações nas relações de trabalho
- ▶ 7. Considerações finais
- ▶ 8. Referências bibliográficas

(*) Graduando do Curso de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Integrante do Grupo de Estudos em Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da UFBA. Assistente Técnico do Ministério Público do Estado da Bahia.

1. Introdução

Vivenciamos tempos difíceis perante o Direito do Trabalho brasileiro. Nuvens carregadas em forças ideológicas diversas se avolumam e recobrem a realidade de exploração e opressão, impelindo a apegos de representações distorcidas do que seria uma fotografia leal das necessidades sociais. Como num nimbo, a passividade extravasa em torrentes silenciosas de múltiplos enfrentamentos entre as classes dos trabalhadores e a do empresariado, carregando em sua substância as disputas pelos espaços onde se faz o trabalho contemporâneo, desde o legislativo até as ruas. Formam-se, com isso, verdadeiros alagadiços que acabam por conjecturar premeditadamente a sustentação da poderosa mesquinhez dos interesses do capital à base do afogamento das garantias e direitos individuais e coletivos duramente conquistados.

Liquefeitos nas vestes da pós-modernidade, destes conflitos extravasa a energia sobre eles empregada, propagando-se em sucessivas ondas de retrocessos e avanços que, por vezes, permitem um novo suspiro, assim como uma longa e duradoura asfixia social. E meio que silenciosamente percebemos a ronda dos olhares mais aguçados que, nesse ambiente nebuloso, atuam como lanternas que tentam entender, esmiuçar, e iluminar as novas artimanhas, peripécias e expectativas perante os lados categóricos. A realidade, por sua vez, passa a ser “esclarecida”, e nos encontramos em meio a uma louca sinergia de conjunção, perante a qual se edificam as reinvenções e reincorporações da antiquíssima lógica de acúmulo sob as novas vestes da competitividade, da qualidade, e eficiência, como também em “inovadoras” formas gestão da força do trabalho, ampliação da produtividade, alteração no relacionamento das empresas e organização da produção.

Pautando-se por uma “nova” perspectiva a reestruturação torna-se desmedida; reestruturaram-se as formas de produção, reestruturaram-se as ideias de racionalização e redução de custos

das empresas, reestruturaram-se os fundamentos da alta lucratividade, reestruturaram-se as instituições estatais para incorporarem esse processo político e ideológico, reestrutura-se, enfim, a vida das pessoas, tudo o que então concatenado à lógica destrutiva do mercado, na qual o capital vale sempre, e a força humana de trabalho só conta enquanto parcela imprescindível para a reprodução deste mesmo capital. E assim, um voraz receituário empresarial se faz presente, espalha-se esvoaçante pelo mundo, empunhando uma lança de duas pontas, com a qual, por um lado, digladiava-se pela expansão e, por outro, principia por novas formas de administração e gerenciamento do que já se tem assegurado, cominando numa única sangria: a da precarização das formas de trabalho.

É sobre esse cenário de ameaçadoras realidades, ilustradas em palavras simbólicas, que se pretende principiar numa análise que possa contribuir para um mínimo de entendimento diante de um novo mundo do trabalho. Um mundo do trabalho em plena transformação, no qual o franco processo de reestruturação da produção e dos modelos que a representa passa a interferir em variadas esferas sociais, principalmente no Direito que a sustenta e lhe oferece um arcabouço de falsas legitimações. Por isso, afirma-se importante trazer à tona as percepções e representações forjadas dentro desse processo produtivo, a fim de se desenvolver uma análise sobre a realidade vivenciada por sujeitos diversos. Para tanto, serão analisadas em capítulos algumas novas facetas jurídico-sociais que em seu em conjunto corroboram com a visão exposta nesta iniciação.

2. Afetações de uma nova reestruturação produtiva

O itinerário histórico de eferescência da segunda metade do século XIX agitou profundamente o desenvolvimento do mundo do trabalho, marcando o estabelecimento da II Revolução Industrial com os seus modelos procedimentais básicos propugnados por Taylor e o empresário Ford. Neste percurso

histórico, postulava-se a maior precisão das ferramentas e máquinas, a uniformidade do ritmo de trabalho e a padronização extensiva da produção, impelindo a reações de padrões organizacionais nos quais o trabalhador assumiria a função precípua de instrumento do sistema produtivo. Estes modelos, o taylorista e o fordismo, serviram de sustentáculo para o pensar ostensivo sobre o labor na indústria, no sentido de entendê-lo, esmiuçá-lo e dividi-lo sistematicamente ao seu limite possível, de cadenciá-lo à execução constante pela direção do empregador e subordinação do empregado, e conduzi-lo ao gerenciamento da produção em larga escala dentro de um mercado em pleno crescimento.

A ideia era a de maior sistematização das atividades laborais e a utilização de uma metodologia diferenciada que propunha transformar o disciplinamento nas fábricas para torná-lo menos físico e, por outro lado, impor uma racionalização alienante que dificultasse a resistência individual e recrudescesse a coletiva. Para tanto, sistemas verticalizados foram implementados, o domínio crescente sobre as etapas do ciclo produtivo era a ordem expressa, funcionava-se rigidamente, seguindo metas traçadas de cima para baixo, sem espaço para grandes mudanças. Numa economia de escala vivenciava-se uma época de estabilidade e garantia da produção homogênea. E, no itinerário duma produção em massa, exigia-se o mesmo comportamento dos seus operários, das associações de classe, e do próprio Direito do Trabalho que caminhava em franca expansão, regido pela ampliação político-ideológica e o poder de regulamentação concomitante do chamado Estado de “Bem-Estar Social”. Uma época em que “O emprego (...), passa a despontar como principal veículo de inserção do trabalhador na arena socioeconômica capitalista, visando propiciar-lhe um patamar consistente de afirmação individual, familiar, social, econômica e, até mesmo, ética”⁽¹⁾.

(1) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

Muito embora tal estabilidade aos olhos leigos parecesse eterna, logo ao fim dos anos 60 esse modelo começou a dar alarmantes sinais de esgotamento. Percebeu-se a conjunção de diversos fatores de âmbito interno às indústrias, assim como de âmbito social que inflamaram ao estabelecimento de um forte período de recessão, a exemplo da crise econômica no início dos anos 70 advinda das constantes altas dos preços do petróleo (crise do petróleo), das progressivas inovações tecnológicas que não alcançava a todos, das modificações radicais na organização da produção e a necessária competitividade com países orientais, da necessidade do combate ao desemprego⁽²⁾. Somando-se a isso, têm-se dois fenômenos que se articularam, inicialmente nos países mais avançados e depois se alastrando por todo o mundo, para potencializar a crise: a onda de rebeliões da classe trabalhadora, que desejava maior cota na riqueza construída durante as décadas anteriores, questionando o poder diretivo, e exigindo maior cogestão, assim como a queda vertiginosa nas taxas de lucros, provocada pela defasagem entre a produção crescente e o consumo que diminuía⁽³⁾.

Como alternativa viável à manutenção na lucratividade dos negócios, começava a emergir um novo modelo da produção capitalista, caracterizado pela acumulação flexível e desregulamentada (ou regulamentada prolf empresariado)⁽⁴⁾. Um modelo no qual os processos de trabalho modificavam-se em inovações tecnológicas e flexibilidades, tanto em seus produtos que passariam a ser confeccionados e disponibilizados na medida da demanda de mercado (evitando dispêndios

(2) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 68.

(3) VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do Direito. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 7, n. 13 e 14, 2004.

(4) HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 16. ed. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2007.

com excedentes), quanto no entendimento dos novos padrões de consumo diminutos, assinalando novas formas de comércio, da prestação de serviços, novos mecanismos de disputa de mercados e, de maneira precípua, novas formas de organização desse trabalho. E assim, remodelavam as indústrias a seguirem um diferenciado conceito de administração horizontal do processo produtivo, orientada à qualidade em todos os sentidos organizacionais — Qualidade Total no planejamento, na organização, e no controle da atividade produtiva. Um modelo de produção flexível, apoiado na transferência de etapas de produção às “empresas parceiras”, com a formação de grandes grupos econômicos.

Ganha notoriedade e ocidentalização o modelo japonês de organização fabril, também conhecido como Toyotismo, que fora pensado para implementar novas técnicas de administração, principalmente a supressão da burocracia corporativa desnecessária (*downsizing*), o salário individualizado por produtividade, a manutenção de um fluxo contínuo de produtos com vistas à eliminação de estoques (*kan-ban*) e a produção em tempo real (*just-in-time*)⁽⁵⁾. Os capitalistas à frente deste processo de mudança garantiam a prioridade da redução de custos, pensavam a todo o instante a produtividade do trabalhador, defendiam a competitividade, conduziam à flexibilização em lugar da rigidez, alienavam para a neutralização dos conflitos, fazendo o mundo do trabalho transformar-se drasticamente. Não foi por acaso que a mencionada redução de gastos atingiu em cheio a mão de obra assalariada, sempre com a finalidade da elevação dos lucros. Os idealizadores deste projeto, e quem os adotou, acordaram pela lógica do crescente excedente de trabalhadores desempregados, comprimindo os salários sempre para baixo e tornando este “exército de reserva” maior e cada vez mais dócil.

(5) MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 174.

Em consequência, espalha-se entre os próprios trabalhadores o temor real constante (de sobrevivência), que incentiva a competitividade e o aumento da produtividade, de modo a criar uma nítida pressão psicológica à concorrência individual entre eles, quebrando o senso de coletivismo associativo. Seguindo tal parâmetro destrutivo, as empresas implementam em larga escala a proposta da terceirização, reaproveitando parte dos trabalhadores expulsos, desempregados, com salários bem mais baixos, valendo-se agora de outra empresa menor que comercializa, de forma precarizada, a força de trabalho desta mão de obra. Ressalta-se também a progressiva mitigação da subordinação jurídica do empregado ao empregador, que teoricamente diluiu o poder diretivo deste último em prol de uma maior colaboração continuada e coordenada, e da direção difusa e pontual parassubordinação, dando ensejo a diversas fraudes e sonegações de direitos trabalhistas. Neste sentido, estas imposições assumem a natureza de verdadeiro processo de redefinição do perfil do trabalhador, que agora é chamado, inclusive, a assumir riscos antes exclusivamente tomados pelos capitalistas a partir do advento de “novos” contratos de trabalho. É dentro dessa confluência que o movimento operário restou duramente atingido, tanto pelas manobras do mercado, quanto as dos governos com a repressão violenta ao sindicalismo e, sobremaneira, com a adoção interna destes fundamentos pelo Estado — a institucionalização e burocratização de um agudo processo político e ideológico de subordinação à ordem do capital.

Enfim, a indústria e os postos de trabalho passaram a combinar a automação com os novos métodos de gestão de mão de obra, tornaram-se flexíveis, exigindo isso também do trabalhador e do novo direito que começava a se reestruturar a ponto de legitimar todo este movimento. O desemprego e a fragilização dos sindicatos despontaram disso tudo não como consequências, mas sim como fins dessa reestruturação produtiva, pressionando ao dismantelo

da classe profissional. Se já existiam poucas estabilidades, elas não mais existem; as crises se tornaram constantes, possibilitando a quem as comanda o exercício de um poder psicossocial impositivo de reverência aos postos de trabalho, à empregabilidade, de imposição a exclusão de empregados, direitos e políticas sociais das etapas do processo produtivo. Vejamos, então, no próximo capítulo algumas faces das transformações que dão sustentáculo a esse novo modelo da produção capitalista.

3. O avanço de um “novo” reformismo social

A partir da breve análise acima referendada, evidencia-se em poucas palavras a força desta reestruturação produtiva dentro do mundo do trabalho, capaz de tendenciar a remodelação da estrutura social que lhe sustenta e envolve. Começa-se a perceber a construção de todo um planejamento social voltado para a ressignificação dos pressupostos sociológicos, antropológicos, e político-econômicos condicionantes das circunstâncias fáticas que determinam e/ou modificam o ordenamento jurídico, de maneira que a consecução desse modelo produtivo não fique restrita às atuações perante o mercado; edificam-se relações de todos os tipos e entrosamentos em diversificados ramos sociais como a política, a economia e o direito com a finalidade de que estes possibilitem a sustentação dos seus interesses. Trataremos a seguir especificamente das mudanças e pressões sobre o Direito do Trabalho.

Não é nenhuma novidade que o Direito do Trabalho surge em plena crise social de enfrentamento às extremas explorações do capitalismo liberal no século XIX, em relação às espoliações das jornadas de trabalho excessivas, a baixíssimos salários, aos constantes acidentes de trabalho que sofriam homens, mulheres e crianças, em atenção às lutas e reivindicações sociais por melhores regulamentações desse labor. Ante as agitações operárias ocorridas na época, os Estados (inicialmente na Europa) estrearam toda uma regulamentação específica,

com critérios, regras e princípios próprios, possibilitando garantias mínimas de trabalho e albergando as necessidades do contingente populacional que vendia a sua força ao capitalista. Durante muito tempo, foi esta a perspectiva de garantismo estatal que tendenciava e nutria as razões políticas, econômicas e ideológicas das sociedades para o advento de novas legislações em diversos países, inclusive nos da América Latina, no sentido sempre de resguardar e incentivar a continuidade da indústria por um lado e, de outro, ofertar proteção ao trabalhador exigente/insatisfeito⁽⁶⁾.

E desse modo, as insurreições operárias serviram como predisposições sociológicas ao surgimento da legislação do trabalho, assim como as condições de classe como predisposições antropológicas e, fundamentalmente, os ditames político-econômicos do capitalismo em crise serviram como justificativas ao modelo de regulação social-democrático, que outrora dera sustentação ao chamado estado de bem-estar social em vários países centrais e periféricos⁽⁷⁾. Destarte, o Direito do Trabalho assume a postura de parâmetro jurídico civilizatório à expansão de direitos, sendo que até os seus vetores principiológicos como o da proteção e o *in dubio pro misero* incentivavam, por meio da interpretação, a melhoria social dos trabalhadores.

Todavia, como mencionado no capítulo anterior, este crescente amparo começa a ser afetado pela conjugação de inúmeras crises no cenário interno das empresas, e também no cenário da vida social a exemplo das crises econômicas no início dos anos 70 advindas das constantes altas dos preços do petróleo (crise do petróleo), das progressivas inovações tecnológicas que não alcançava a todos, das modificações radicais na organização da

(6) BRONSTEIN, Arthuro S. Reforma laboral en America Latina. Entre garantismo y flexibilidad. In: *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 116, 1997.

(7) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2012.

produção e a necessária competitividade com países orientais, da necessidade do combate ao desemprego, acabando por atingir de forma violenta as relações individuais e coletivas de trabalho.

Tentava-se a todo custo a fuga da recessão; escapava-se na escassez do emprego e no crescente desestímulo à produção. Nesta mudança paradigmática, o protecionismo da legislação laboral, aquele que outrora trazia o equilíbrio contratual diante da evidência de ser o trabalho humano produtivo um valor social a ser protegido e de ser o trabalhador um sujeito ordinariamente vulnerado nas relações de emprego, não mais provém aos interesses de recuperação dos lucros dos empresários⁽⁸⁾. E, assim, a intenção do lucro desmedido dá início à progressiva investida sobre as concretas garantias que se mostravam, e ainda se mostram, como barreiras aos intentos desregulamentadores. Tornaram-se comuns, em vias de defesa do capital, a institucionalização e a burocratização por um agudo processo político e ideológico de subordinação à sua ordem, pareadas à enorme expansão do neoliberalismo (incentivado desde as décadas de 1980 e 1990) e ao declínio vertiginoso do estado de bem-estar social, subterfúgios estes que fortaleceram o sistemático processo de retrocesso nas conquistas sociais, especialmente as trabalhistas.

Neste quadrante histórico, identifica-se o apoio a um ideário indigno; a um verdadeiro programa a ser implementado inicialmente nos países de centro e logo depois nos países subordinados — o Estado Mínimo, que contempla os interesses de toda a mencionada reestruturação produtiva, com privatizações aceleradas, o enxugamento do estado, políticas fiscais e monetárias de arrocho, desmontagem dos direitos sociais dos trabalhadores, combate ao sindicalismo classista, bem como uma clara animosidade contra qualquer proposta contrária

(8) MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

aos seus valores⁽⁹⁾. Este posicionamento sistemático das reivindicações empresariais passa a atuar em forma de redes, com o intento de degradar paulatinamente as principais frentes de resistência do trabalhador, seja o movimento sindical, seja os seus direitos e, por final, as garantias do seu emprego.

É dentro desse contexto que o Direito do Trabalho em seu caráter protecionista/expansionista, apesar de bastante combativo, cede espaços a esta constante corrente de pensamento desagregador e permite ser gerido e adequado às necessidades patronais e aos influxos do mercado, possibilitando a inversão da sua lógica originária. Até mesmo os atores sociais que personificavam a sua resistência prospectiva/combativa, também atingidos por tal ofensiva, encontram-se vulnerabilizados. Postula-se a substituição da imperatividade das normas trabalhistas pela simplória proteção contratual ou a livre negociação coletiva; sustenta-se que os institutos jurídicos de defesa do trabalhador geram crises para as empresas; que a rigidez das normas trabalhistas atrapalha o crescimento econômico; que o conjunto de leis que protegem o trabalhador é arcaico e que necessita de reformulação urgente, sendo que a largos saltos, levando em consideração o tempo para as suas conquistas, são adotadas medidas de desarrimo aos direitos e garantias trabalhistas e a conseqüente redução dos níveis de proteção pelo ordenamento jurídico.

Há nesse paradigma a exaltação dos clamores pela flexibilização normativa, seja pela via legal, seja pela via convencional, podendo ocorrer tanto pela positivação (heterônoma ou estatal) quanto com a desregulamentação (autônoma ou de substituição), seja em âmbito interno à ordenação do trabalho na empresa, seja em âmbito externo no ingresso do trabalhador

(9) ANTUNES, Ricardo. Trabalho e Precarização numa Ordem Neoliberal. In: GENTILI, Pablo; FRIGOTTO, Gaudêncio (Orgs.). *A Cidadania negada – Políticas de Exclusão na Educação e no Trabalho*. São Paulo: Cortez, 2001.

na empresa⁽¹⁰⁾. A exposição elencada é de derrogação das garantias de cunho trabalhista, partindo de brechas e procedimentos legais para substituí-las por benefícios inferiores e menos custosos aos interesses da empresa, traduzindo-se em adaptações das normas trabalhistas às modificações verificadas no mercado. Para facilitar a apresentação desta realidade e não se passar despercebido em meio a tanta informação, segue uma breve sistematização de algumas mudanças identificadas que remontam bem esta situação:

- a adoção do regime de FGTS pela Lei n. 5.107/66, que acabava com a estabilidade decenal e trazia outros diplomas de retrocesso jurídico social;
- o advento da Lei n. 9.601/98, que permitiu a contratação a prazo determinado fora das hipóteses de transitoriedade da CLT, instituindo também o regime de compensação de jornada com base anual;
- a criação do regime de trabalho por tempo parcial — art. 58-A da CLT — com duração de férias variável e inferior ao patamar praticado no regime geral celetista;
- a franquia à suspensão contratual para qualificação profissional — art. 476-A da CLT e seus parágrafos — possibilitando a adequação da execução dos contratos de trabalho a volatilidades mercadológicas;
- a expansão da terceirização nas empresas de telecomunicações — art. 94, II, da Lei n. 9.472/97;
- os diplomas que estimulam a fraude como o art. 442 da CLT, com a presunção da inexistência de vínculo empregatício entre o cooperado e a cooperativa e entre os cooperados e os tomadores de serviço cooperado;
- a possibilidade e chancela do poder público a negociações coletivas que abandonam importantes garantias legais, inclusive derogando normas de ordem pública, ao ar-

gumento de especificidade de categoria ou necessidade de manutenção de empregos, como no caso da OJ n. 342, II — redução de intervalo intrajornada para alimentação e repouso dos rodoviários, a OJ n. 323, II SDI – TST com a semana espanhola de compensação de jornada, e também a jornada de plantão de 12 x 36 ou 24 x 72;

- a interpretação ampliativa das hipóteses de terceirização para além da Lei n. 6.019/74 e a Lei n. 7.012/83, com a edição da Súmula n. 331 do TST, inclusive com a terceirização permanente na diferenciação de atividade-meio e atividade-fim;
- as interpretações flexibilizadoras de normas tutelares da saúde e segurança do trabalho em favor das já canceladas Súmulas ns. 349 do TST e 364, também do TST;
- a restrição da base de cálculo do adicional de periculosidade para o trabalho com contato com substâncias inflamáveis e explosivas — Súmula n. 191 do TST, conceitos abertos como habitualidade ou intermitência no contato com o perigo para obstaculizar o direito ao adicional de periculosidade — Súmula n. 364, I, TST;
- a limitação do adicional e transferência para situações de transitoriedade — OJ n. 113, SDI-1 TST, o amparo à tendência do rebaixamento global de salário da Súmula n. 6 do TST que exige a presença dos requisitos da equiparação salarial ensejadora da equipara em cadeia;
- mencionam-se ainda as interpretações restritivas com base em conjunto de súmulas e orientações jurisprudenciais que promovem a eliminação de direitos com fundamento na prescrição total;
- em âmbito coletivo, o art. 522 da CLT, Súmula n. 369 do TST, OJs ns. 365 e 369, que restringem o número de integrantes da diretoria e membros do conselho fiscal do sindicato, e sua proteção adequada, demonstrando a interferência estatal por meio de restrições expressas;

(10) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2012.

- e ainda os inúmeros Projetos de Lei que investem nesta direção⁽¹¹⁾.

Deflagra-se, deste modo, um bruto despotismo industrial que condiciona o Direito Laboral a um novo tipo de reformismo de controle da vida social atrelado às transformações econômicas mais contundentes e com feições de uma contraofensiva empresarial (desregulamentação, flexibilização, terceirização, etc.). Nesta hora, os fatores econômicos, políticos e jurídicos andam mais unidos do que nunca, e a obstrução por eles orquestrada vai condicionando o modelo sociojurídico dominante a tal ponto que a legislação trabalhista mostra-se tendenciada pelo modo de produção e o Estado meio que operando na proteção desse *modus operandi*, não sendo errôneo afirmar que o fardo das lutas por conquistas de novos direitos restou mais pesado, e a preocupação pela manutenção dos direitos já angariados agora paira ostensiva. Em atenção à necessidade de melhor elucidar como acontece na prática este movimento, mister se faz voltarmos nossa vigilância a alguns dos fundamentos e consequências desta reestruturação produtiva, como poderá se observar adiante.

4. Terceirização

Já fora comentado que estes são tempos da compreensão flexibilizadora dos métodos produtivos. Reinventam-se as estruturas das empresas e a ordem do dia passa a ser a de um novo padrão organizacional do trabalho dentro do qual busca-se de forma incessante a redução de custos e, conseqüentemente, o aumento dos lucros. E não por acaso, estas transformações convergiram às variadas afetações aos postos de trabalho e aos trabalhadores, que se resignaram à adaptação em temor à onda de desemprego. Foi neste contexto que muitas empresas de considerável porte financeiro, lidando com os mais diversos ramos do

mercado produtivo, passaram a concentrar os seus investimentos de capital e mão de obra prioritariamente em funções cada vez mais qualificadas, especializadas, subutilizando a força de trabalho de profissionais de outras empresas menores em tarefas pouco qualificadas, para serviços de curto tempo ou instrumentais.

Aos poucos, foi se tornando comum este padrão organizativo inflingente duma significativa mutação na personalidade do trabalhador, que antes indivíduo negociador direto da sua força braçal e intelectual, agora um mero produto que, como qualquer outro, se oferta/aluga no mercado. Como se atina, uma aberta coisificação do ser trabalhador dissimulada na oportunidade de emprego e pouco preocupada com as suas conseqüências, pois, enfim, lucra-se por parte da empresa tomadora dos serviços que passa a pagar menos a esta força de trabalho do que se a contratasse diretamente (levando em consideração que os terceirizados possuem salários mais baixos do que os empregados diretos), e por parte da empresa terceirizada que oferta o trabalhador, proporcionalmente à quantidade de trabalhadores que se troca em larga escala.

Estes são os moldes dessa realidade: a empresa tomadora passa a utilizar o número exato de trabalhadores de que precisa a cada momento, e articula-se a afastar determinados serviços do seu ciclo produtivo, desonerando-se dos trabalhadores que estavam neles empregados, além de requerer aos novos e aos remanescentes maior e melhor qualificação profissional. Constrói-se, então, um ciclo perverso neste final de linha, dentro do qual parcela dos trabalhadores expulsos, dos já desempregados, e dos sem maiores qualificações são reaproveitados com salários consideravelmente menores por outra empresa, que comercializa a sua mão de obra. Em outras palavras, retornam encarnados em subcontratos, fragilizados em sua aderência ao emprego, e com salários bem menores. Assim, a realidade social vai interiorizando o simplório aspecto de relações

(11) MURADAS, Daniela. Influxos legais, jurisprudenciais e princípio da vedação do retrocesso social. In: VIANA, Márcio Túlio et al (Orgs.). *O que há de novo em Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012.

de compra e venda de uma força de trabalho concebida como um corpo social assexuado, desprovido de subjetividade, e reduzida às causalidades econômicas.

Sobre estes ditames atesta-se um movimento contínuo de compressão interna e externa pela terceirização⁽¹²⁾. A interna ou tradicional configura-se quando a empresa tomadora contrata a empresa terceirizada para que os empregados desta última possam lhes prestar serviços instrumentais ou temporários, misturando trabalhadores efetivos com os terceirizados, tratando-se de subcontratação por conta de acréscimo extraordinário de serviços ou por força da necessidade de substituição de pessoal regular e permanente, ou de uma subcontratação de serviços especializados, não ligados à atividade-fim da tomadora (exceção quando for temporário). Nestes contornos, paira uma espécie de negociação sobre os próprios trabalhadores, alugando-os literalmente, precarizando seus salários, sua integridade física, e a sua dignidade. A sua insipiente regulamentação acontece por legislação extravagante e disciplinada em seus limites pela Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que normatiza, entre outros fundamentos, a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora dos serviços em referência às verbas trabalhistas não adimplidas pela terceirizada.

A face externa ou sistêmica da terceirização se expressa quando uma empresa maior horizontaliza o seu processo de produção, atuando em colaboração com diversas empresas menores parceiras que lhes fornecem serviços e produtos e vice-versa (externalização de etapas do ciclo produtivo), com objetivos de reduzir custos, revelando a formação de grupos econômicos. Aqui, deflagra-se o deslocamento da subordinação para a relação empresa-empresa, numa interação que revestida de colaboração

(12) VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do Direito. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 7, ns. 13 e 14, 2004.

realiza-se de maneira verticalizada, visto os aportes financeiros e os aparatos tecnológicos mais avançados continuarem a disposição das empresas maiores.

Os exemplos, a seguir, ilustram bem a realidade de precarização imposta: estudos do DIEESE realizado, envolvendo 40 empresas terceirizadas do ABC paulista, apontavam que, em 72,5% dos casos, os trabalhadores terceirizados recebiam benefícios sociais inferiores; e em 67,5% dos casos, os seus níveis salariais mais baixos. As suas jornadas eram mais extensas e as condições de saúde e segurança mais precárias. Há alguns anos, no país, a empresa Riocell despediu cerca 2.500 empregados. Destes, 1.700 foram recontratados por suas empreiteiras, para realizar o mesmo volume de trabalho daqueles 2.500, embora com salários e benefícios inferiores. Inclusive em países que se acomodam em externalizar seus avanços sociais como no Japão, por exemplo, os operários da empresa Toyota trabalham cerca de 2.300 horas por ano, enquanto os terceirizados chegam a 2.800 horas⁽¹³⁾.

Cita-se ainda a passagem da pesquisa da professora Druck⁽¹⁴⁾, que ilustra bem a terceirização nas empresas estatais do país:

“(...) a Petrobras, que tem sido autuada e condenada por irregularidades na terceirização. Em 2012, a estatal contava com 85.065 empregados e 360.372 terceirizados, uma relação de quatro terceirizados para um concursado. É também na Petrobras que os acidentes de trabalho confirmam a maior vulnerabilidade dos terceirizados: segundo dados da Federação Única dos Petroleiros, de 1995 a 2010 houve 283 mortes por acidentes de trabalho na empresa, das quais

(13) VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do Direito. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 7, ns. 13 e 14, 2004.

(14) Graça Druck. A terceirização no setor público e a proposta de liberalização da terceirização pelo PL n. 4330. In: *Jornal dos Economistas* (n. 291, p. 11-13, outubro de 2013), publicação do Conselho Regional de Economia/RJ (Corecon-RJ) e do Sindicato dos Economistas do Estado do RJ (Sindecon-RJ).

228 foram de funcionários terceirizados. O crescimento da terceirização na Eletrobras também é alarmante: em 2011 havia 8.248 terceirizados na empresa e em 2012 o número subiu para 12.815, 55% em um ano, enquanto o número de empregados cresceu apenas 13%.”

Errôneo é sequer imaginar que os mencionados números são grandezas aleatórias, porquanto expressam pequenos exemplos de uma robusta e cruel proporcionalidade invertida, uma vez que “quanto mais a pequena empresa explora o trabalhador, menor é o preço que cobra da grande pelo contrato. Desse modo, a grande empresa extrai mais-valia *através* da pequena”⁽¹⁵⁾. É por isso que se passa a exigir a polivalência desses trabalhadores terceirizados; profissionais ofertados para o exercício de funções amplamente abertas como Serviços Gerais, Encarregado de, Auxiliar de, Apoiador de, com intuito de burlar a especialização de tarefas e impor a realização de toda e qualquer atividade.

Seguindo esse raciocínio, a perspectiva da proporcionalidade inversa faz com que o trabalhador empobreça enquanto sustenta a produção do lucro e a riqueza dos dois lados empresariais, sendo rebaixado à condição de objeto, mercadoria, a sua força fez-se coisa e o produto do seu trabalho se tornou o próprio trabalho que não lhe pertence⁽¹⁶⁾. E, assim,

(15) VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do Direito. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 7, ns. 13 e 14, 2004.

(16) E, por incrível que pareça, não são raras as vezes que tal situação é despercebida pelo próprio terceirizado, comprovando isto até numa conversa trivial que este pesquisador realizou com um funcionário de serviços gerais da empresa terceirizada CRETA, contratada pelo Ministério Público do Estado da Bahia, e o referido empregado relatava, de maneira bem contente, que esta empresa estava cadastrada formalmente como empresa de comércio, pois ele possuía, assim como os outros colegas de trabalho, carteirinhas de acesso aos serviços e instituições do Serviço Social do Comércio — SESC. Quando questionado sobre qual produto que a empresa CRETA comercializava houve um silêncio constrangedor.

o trabalho para os terceirizados se toma em condições mais precárias com a degradação dos salários ou do próprio trabalho em atividade, assumindo funções de uma estratégia de poder, pois além de dividir o trabalho ele divide também a classe trabalhadora. A desagregação entre os trabalhadores se faz presente e, por outro lado, criam-se vínculos de maior atrelamento, cumplicidade para com a empresa.

Em que pese este ser um amplo receituário para sonegação de direitos trabalhistas individuais, o movimento de terceirização dilacera algumas frentes de luta coletiva como a representação sindical, fragmentada no universo operário de terceirizados e profissionais permanentes concorrentes entre si, com diferentes remunerações, mas sob a opressão das mesmas funções. Desconsiderando estas práticas, os sindicatos desses profissionais permanentes não albergam a classe de terceirizados, e isso de forma proposital vem diminuir a sua força representativa e enfraquecer ainda mais os movimentos de resistência.

Igualmente há de ser ressaltado, para além disso, a existente elevação camuflada da subordinação jurídica entre estes profissionais, vez que no emprego terceirizado o trabalhador passa a receber ordens de comando, de exigências, de organização da empresa tomadora, local onde irá laborar, sob a ameaça constante da vigilância para que a tarefa seja realizada a contento (subordinação indireta) e, por outro lado, permanece subordinado ao poder apenador da empresa terceirizada diante do “descumprimento” das ordens de comando diretivo (subordinação direta). E isto só na teoria, pois na prática todas as duas empresas comandam e penalizam ao mesmo tempo.

Ampliando o olhar sobre os marcos que compõem a prática da terceirização, revela-se que estes não se limitam ao setor privado, invadem e ganham propulsão também dentro da Administração Pública. Inclusive, há quem diga perante a doutrina que este parâmetro mercadológico no país foi rememorado inicialmente com conteúdo normativo de decretos

para a administração pública, nas trilhas da concepção neoliberal de privatizações dos “Serviços Públicos”. Neste contexto, pode-se afirmar que tais fundamentos possuem meandros e ribanceiras escabrosas de práticas nefastas, rechaçadas sobremaneira perante os pensadores do Direito do Trabalho, todavia, adoradas por quem as viabilizam com a finalidade do lucro ou da sustentação deste, e que, nem de longe, este processo é encerrado por aqui. Afinal, em épocas em que a proteção do vulnerável é redirecionada à proteção do posto de trabalho, tudo parece válido, sendo necessário analisar outros vieses desse grande lastro de transformações ocorridas nas relações de trabalho.

5. A dissolução da subordinação jurídica

O presente tópico compõe o grande desafio que é reconstruir a rede de afetações da reestruturação do modelo produtivo. O seu desiderato integra os rumos da busca de certa totalização analítica, aqui intangível, que articula elementos mais gerais desse quadro de mudanças no mundo do trabalho com aspectos da singularidade das suas representações, como as formas de precarização do trabalho, a desregulamentação e flexibilização dos direitos e garantias trabalhistas, a terceirização, o advento de novas figuras contratuais que desvirtuam a configuração das relações de emprego. E, para entender a seriedade dessa situação construída, será decisivo atuar com uma sensibilidade diferenciada; uma que perceba a afetação dessas mudanças no cotidiano, nas condições de trabalho de nossos parentes, de nossos amigos, nas nossas relações de trabalho.

Nesta perspectiva, é que se pode afirmar como a reestruturação dos meios de produção ocasionou profundas modificações nas relações de trabalho. As empresas que passaram a racionalizar ao máximo a sua estrutura sem diminuição de seu porte financeiro fundamentam-se em seu núcleo principal de produção e, consequentemente, descentralizam as atividades-meio,

ponderadas como “periféricas”, delegando-as a outras empresas terceirizadas. Percebendo a lucratividade desta iniciativa, estas empresas, então, começam a propagar o entendimento de que é muito melhor, do ponto de vista da acumulação de capital, manter trabalhadores ao seu dispor sem o devido amparo e responsabilidades das relações empregatícias, e principalmente sem arcar com os custos dos direitos do empregado.

Por outro lado, aos poucos os pesquisadores do mundo do trabalho atinam à lucidez e direcionamento desta manobra, com o surgimento de subordinações jurídicas “diferenciadas”, tanto nas relações de terceirização quanto na relação de trabalho de indivíduos postos como mão de obra que teoricamente não seriam trabalhadores subordinados e também não se encaixam nas perspectiva dos trabalhadores autônomos. Vale rememorar que a subordinação na relação de trabalho terceirizado duplica-se, seja em sua forma direta entre o empregado terceirizado e a empresa terceirizada com o seu poder apenador, seja em sua forma indireta entre a empresa tomadora de serviço e o empregado terceirizado no sentido de fiscalização e submissão às ordens de serviço.

Tudo isto se explica quando se entende que o trabalhador terceirizado fica subordinado tanto à empresa tomadora quanto à empresa terceirizada, não existindo uma divisão ou um limite informador das exigências direcionadas a ele e, por isso, recebendo as pressões e ordenamentos dos dois lados. Muito embora seja este um viés temático de grande repercussão, já foram tecidas as considerações sobre os aspectos da terceirização no capítulo anterior, o que nos remete à análise mais acurada da última espécie, que sucumbe à integração dos mecanismos produtivos, sem amparo da mínima proteção jurídica que o Direito do Trabalho possibilita aos empregados.

Como cediço, as transformações econômicas e sociais dos últimos tempos contribuíram para certo colapso no entendimento tradicional

do trabalho subordinado, do trabalho autônomo, e para as conseqüentes dificuldades de investigação sobre a realidade fática elementar que configura estas relações de trabalho. As empresas, em atenção à necessidade de aumento nos lucros e pautando-se nos aspectos de não assunção de encargos trabalhistas (redução de custos, decisão econômica), iniciam uma verdadeira jornada de finalização das relações empregatícias, e posterior introjeção camuflada de formas contratuais diversas em sua organização, em nítida postura substitutiva (táticas de gerência). E, para escamotear este intento, as novas figuras contratuais ganham nomes diferenciados, ditames que trazem em suas aparências frontais a pujança da autonomia das vontades, e acabam por colocar um véu sobre a identificação dos critérios das verdadeiras relações empregatícias. “O novo modismo contemporâneo disfarça, ilude e simula o velho padrão capitalista de trabalho assalariado, valendo-se de categorias e contratos de parceria, colaboração, autonomia, entre outros.”⁽¹⁷⁾

É uma outra visão sobre o que menciona Uriarte e Alvarez⁽¹⁸⁾: os trabalhadores “não são subordinados”, mas “colaboram” de forma contínua e são “coordenados” pela empresa em suas atividades que, por razões de ordem fática e de desigualação econômica, contratam os seus serviços e os remete a condições de inferioridade, comuns em sua modalidade civil e mercantil, sem possuírem liberdade real e ativa liberdade negocial, restando a estes sujeitos uma tutela diferenciada dos seus direitos e obrigações. Sob esta configuração, os profissionais aparentam realizar especificidades do trabalho autônomo, com a incidência de responsabilidades e obrigações correspondentes, mas sobrepujados às jaezes fáticas de tamanha profundidade que os seus elementos não se

mostram perceptíveis numa simples análise duma relação empregatícia de subordinação tradicional.

Estas nuances configuram meandros esquivos formados sob novas vestes contratuais que impelem a cegueiras embaraçantes tanto a doutrina quanto a jurisprudência (limitadas a procurar os precários ditames da subordinação hierárquica da experiência empregatícia), que não conseguem ou não querem entrever as chicanas que a realidade laboral foi retorcida. Nestes caminhos tortuosos, a subordinação passa por um processo de dissolução em seus padrões clássicos de heterodireção, na velha ordenação e comando direto do empregador sobre a sujeição do empregado em suas atividades, mas sem a perda do controle sob os procedimentos de produção e sem possibilitar vieses democráticos ou emancipatórios de participação do trabalhador, somente focando nas formas de execução do trabalho. A bem da realidade, a aparência de colaboração e cooperação exteriorizante, a feição da autonomia — o trabalhador assume a postura e os riscos da atividade, sem as vinculações empregatícias — não ultrapassa o condicionamento de exploração e alienação do trabalho em si e a dependência por parte do trabalhador, apenas (re)dimensiona a figura deste a atitudes de ressignificações.

O trabalhador agora assina um contrato de prestação de serviço ao invés de um contrato de emprego; ele, na maioria das vezes, não fica mais atrelado ao “chão de fábrica” produzindo, desloca-se de forma “espontânea” ao local da prestação do serviço ou presta-o à distância; sua jornada de labor não mais se traduz somente ao trabalho contínuo e fiscalizado, mas também à disposição do seu tempo à produtividade necessária com jornadas maiores e sem horas extras; não mais recebe ordens diretas, apenas segue um receituário regulamentar da empresa tomadora; os riscos da atividade são assumidos, em parte, pelo trabalhador que fica em posse do produto a ser comercializado;

(17) OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *(Re)pensando o princípio da proteção na contemporaneidade*. São Paulo: LTr, 2009.

(18) Citados por BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 227.

não mais está impelido a uma hierarquia subordinativa pura e simples, mas sim a certa autonomia do *modus faciere* direcionada para resultados e padrões predeterminados pelo tomador; não são chamados de empregados, agora são colaboradores, da mesma forma empresários, aqueles que cooperam para a produção do tomador, contudo, ainda submetidos à dependência econômica deste último.

Estas e outras diversas atipicidades conduzem, principalmente, a pessoa desse trabalhador à introdução em sua consciência da ideia de que são “parceiros reais” do empresariado, não atinando que ainda encarnam outras características da relação empregatícia como a pessoalidade, a onerosidade, a não eventualidade, a dependência econômica, e a desigualdade entre as partes. É como se decifra os fatos, apenas reduzem a subordinação jurídica clássica para excluir estes trabalhadores dependentes da tutela legal da relação de emprego; quebrantam o princípio da primazia da realidade construindo uma nova realidade de exploração não perceptível fora desse contexto. Por isso, a necessidade de uma virada paradigmática que possibilite também novas interpretações a respeito de outros importantes critérios distintivos que outrora se quedaram esquecidos, mas que, ante a intensidade de tal realidade e a penúria que a mesma impele, se fazem mister, como bem afirma o professor Oliveira⁽¹⁹⁾:

“Nesta contextualidade, a dependência econômica — critério jurídico, ao lado da subordinação jurídica, de identificação da relação de emprego, consoante aporte teóricos do Direito do Trabalho — apresenta-se como critério distintivo da relação de emprego capaz de comportar diversas manifestações atuais do trabalho assalariado, inclusive hábil a desvendar criticamente a atipicidade de certas formas de trabalhar e elucidar algumas ocultações do assalariamento

disfarçado. Em outras palavras, a questão cinge-se a tentar rearticular a sinonímia entre empregado e assalariado, a qual, atualmente, não se realiza adequadamente pelo critério da subordinação jurídica. Defende-se a tradução jurídica da noção de assalariado correspondente à ideia de dependência econômica.”

Tal critério diferenciador da dependência econômica não é reavivado para aferir quem tem mais recursos ou menos recursos, é, antes de tudo, uma inflexão a enviezar-se nas buscas por respostas e proteções levando em consideração o sujeito trabalhador alienado dos meios de produção e oprimido por necessidades de subsistência que passa a ser inserido numa estrutura organizacional que suplanta as suas forças de autodeterminação e o explora economicamente para acumulação de capital, por ser ela a detentora dos meios de produzir.

A profundidade no entendimento da condição de desigual e dependente remonta às dissimulações retóricas da liberdade de contratação naturalizadas sob a perspectiva ideológica de formalismos e individualismos. E o seu levante é um retorno às bases ontológicas do Direito do Trabalho, no sentido de identificar e albergar a já grande parcela de trabalhadores, também vulneráveis ante o poderio econômico das instituições empresariais, que restaram sem os amparos legais e principiológicos desse ramo do Direito por motivos de interpretações reducionistas e míopes desses “novos” relacionamentos laborais.

Para além disso, a medida em que ainda se atribua o protagonismo nestas relações a uma subordinação jurídica degradada, desprezada pelas novas experiências contratuais, estar-se-ia pautando-se por uma análise superficial do problema, antevendo a derrocada dos princípios e regras protecionistas do Direito do Trabalho, e desconsiderando as operações da própria estrutura social marcada pelo modelo de produção capitalista e a estratificação de

(19) OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *(Re)pensando o princípio da proteção na contemporaneidade*. São Paulo: LTr, 2009.

classes. Esta virada é conduzida por uma convergência disciplinar crítica, que se apresenta como um aporte viável para o entendimento dessas noções, para delimitar igualmente as possibilidades de maior coerência entre as projeções protetivas do empregado ainda subordinado e a do trabalhador dependente, pois também pensamos que a dependência leva à subordinação.

Diante dessas questões, análises minuciosas se tornam sobremaneira fundamentais para desvendar as artimanhas que sorrateiramente desconstroem a subordinação jurídica clássica como marco da relação empregatícia, fazendo com que as interpretações e aplicações do direito sejam direcionadas à exclusão da tutela legal, às disputas veladas por poder, e ao sangramento da dignidade humana e da tutela constitucional do trabalhador⁽²⁰⁾. Verificar-se-á a seguir o último item da presente discussão, tão interessante quanto as abordagens anteriores e também voltado para o retrato desses novos tempos.

6. *Dumping* social: afetações nas relações de trabalho

Todo o contexto criticado até este momento remonta o quanto as relações de trabalho se tornam superficiais, descartáveis, cujos laços de lealdade e compromissos são tão frouxos quanto a efemeridade do contrato de emprego a curto prazo, e que se traduz numa verdadeira corrosão do caráter social⁽²¹⁾. Entre avanços e retrocessos, as transformações continuam em curso, com seus privilégios à heterogeneidade, à fragmentação, e à indeterminação, atingindo em cheio os segmentos mais próximos à composição dos conflitos humanos, como o Direito, a Sociologia, e a Economia. A nova

realidade pauta-se pela sociabilidade flexibilizada nas formas de trabalho, na reinvenção das estruturas das instituições, e nas manifestações de poder. E, assim, o mundo do trabalho vai atravessando rupturas históricas avassaladoras, capazes de transformar os modos de vida e de labor radicalmente, inclusive fazendo dele um mecanismo manipulável a interesses mais escusos.

Junto a todas as transformações e propostas já debatidas, muitas empresas iniciaram uma plena interiorização de determinadas práticas comerciais duramente criticadas em cenário nacional e internacional que, em tempos de expansionismo industrial, globalização, e corrida pelo monopólio de mercados, e levando em consideração a alta rentabilidade que proporcionam, aparecem em formas multiplicadas e com ares de concorrência leal. Tornou-se comum, inicialmente no mercado internacional, certos segmentos comerciais se fazerem valer da mão de obra mais barata, dos benefícios sociais inferiores, dos níveis salariais mais baixos, jornadas de trabalho mais extensas, das condições de saúde e segurança mais precárias e, principalmente, do regramento legal menos protetivo ao trabalhador de países subdesenvolvidos, para neles se instalarem e produzirem as suas mercadorias a custos bastante inferiores ao que teriam em seus países de origem e, posteriormente, as venderem a preços inferiores aos quais vendidos nos mercados locais. Instala-se, com isso, uma concorrência comercial imperfeita, desleal, também conhecida como *Dumping*, com o fito do lucro total e a consequente eliminação gradual dos concorrentes, podendo chegar ao monopólio da atividade econômica.

A exemplo dessa corrida, temos as grandes marcas esportivas que iniciaram uma verdadeira migração/transferência dos seus chãos de fábricas para países asiáticos, com a finalidade precípua de desonerar o custo da sua produção mediante a utilização da força de trabalho mais barata, alijada dos regulamentos e proteções do

(20) OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *A ressignificação da dependência econômica no Direito do Trabalho*. Disponível em: <jus.com.br/artigos/25575/a-ressignificacao-da-dependencia-economica-no-direito-do-trabalho> Acesso em: 2 jun. 2014.

(21) SENNET, Richard. *A corrosão do caráter — consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

Direito Laboral que os países de origem dessas indústrias ofertam aos seus cidadãos. A *Nike* fabrica um tênis na Coreia por US\$ 16, o mesmo produto que nos EUA lhe custa perto de US\$ 100; na Indonésia — mulheres trabalhadoras dessa multinacional ganham 38 dólares por mês, por longa jornada de trabalho. Em outros ramos da produção de mercadorias e prestação de serviços, temos as empresas Walmart, K-Mart e Sears que deslocaram suas fábricas para Bangladesh, e utilizam-se principalmente do trabalho feminino na confecção de roupas, com jornadas de trabalho de cerca de 60 h por semana e com salários menores que 30 dólares por mês. A Daimler-Benz, fabricante alemã de automóveis, monta seus ônibus em Xangai⁽²²⁾. Enfim, valem-se da inexistência ou fragilidade da legislação social de determinados países, da mão de obra de países que possuem regramentos legais diminutos, para uma intensa e desmedida exploração dos seus trabalhadores, sejam homens, mulheres e até crianças e adolescentes.

Em atenção a este percurso desastroso, percebe-se agora a interiorização deste processo quando da incorporação, em âmbito nacional, destas vezeiras práticas de *Dumping* em nível internacional, espalhando-se à área industrial e de serviços. Contemplando sempre o propósito da redução dos custos na sua produção, principia-se de forma recorrente pela espúria sonegação e fraudes aos direitos trabalhistas, mesmo como numa política interna de gestão de custos e benefícios, conseguindo estipular preços inferiores às suas mercadorias e serviços em comparação aos do mercado, e assim angariar vantagens com consideráveis lucros perante a concorrência, bem como maior direcionamento e aporte destes recursos em tecnologia, modernização de equipamentos, ao aperfeiçoamento de métodos e técnicas de produção de bens ou prestação de serviços, entre outros rendimentos.

(22) Ler VIANA, Márcio Túlio. *Terceirização e Sindicato: Um enfoque para além do Direito*. Também ANTUNES, Ricardo. *Trabalho e precarização numa ordem neoliberal*.

Imperioso é alcançar o entendimento de que a ductibilidade desta prática instrumentaliza as mazelas do mundo do trabalho aos seus interesses, principalmente a estrutura do Estado social garantista, desvirtuando sobremaneira a ordem jurídica laboral que lhes serve agora como meio aos escusos fins pretendidos, pois, de alguma maneira, têm a certeza de que a proteção legal aos seus empregados ou *ex*, não será a eles ofertada. Em verdade, a reinação da desigualdade econômica dos sujeitos torna um deles (o trabalhador) extremamente vulnerável às pressões ilícitas do outro. E com cabriolas inimagináveis, vão afetando a proteção jurídica do sujeito que com ela, teoricamente, deveria ser amparado na sua condição de vulnerável social, e por tabela à coletividade com a desagregação social de que tudo vale pelo lucro numa perspectiva capitalista desproporcional. Deteriora-se o contrato individual de emprego, com sacrifício das obrigações e encargos sociais tutelares do empregado, e direta ou indiretamente, atinge empresas concorrentes, forçando-as a agir da mesma forma, precarizando, por completo, as relações sociais⁽²³⁾.

A exemplo de atividade caracterizadora de “*dumpping*” social nas relações de trabalho, citam-se as constatações dos debates oriundos do Grupo de Estudos em Direito do Trabalho da Universidade Federal da Bahia, orientados pelo professor Oliveira, referentes à “*Conciliação na Justiça do Trabalho*”:

“(…) vem sendo explicitada uma realidade de sonegação e mitigação de direitos trabalhistas, principalmente quando o empregador protela o pagamento de créditos trabalhistas no momento da finalização do contrato de emprego para que, na conciliação da Justiça do Trabalho, possa ofertar créditos menores do que os devidos aos seus ex-empregados, que premiados pela necessidade resignam-se na aceitação. Afinal, seria mais vantajoso ao

(23) PINTO, José Augusto Rodrigues. *Dumping social ou delinquência patronal na relação de emprego?* In: *Revista TST*, Brasília, v. 77, n. 3, jul./set. 2011.

empregador negar direitos trabalhistas, e depois, ofertá-lo se demandado na Justiça do Trabalho, quando poderia em conciliação pagar menos do que realmente deve. É este mais um drama dos procedimentos jurídicos.”⁽²⁴⁾

Remonta-se aí o paradoxo⁽²⁵⁾ existente na proceduralização da conciliação na Justiça do Trabalho, que, se por um lado contribui sobremaneira na finalização das lides processuais existentes, possibilitando transações, renúncias e reconhecimentos entre as partes da demanda, e um alto índice de processos sentenciados, desafogando o Judiciário e dando um fôlego maior para a solução de outros processos mais complexos, por outro, passa a ser calculada pelos empregadores, pensada ao desrespeito dos direitos trabalhistas em sua forma desmedida/desenfreada e, por final, utilizada para sonegar a face pecuniária de inúmeros direitos indisponíveis.

Outro exemplo interessante, que foge aos olhos dos atores envolvidos com o direito trabalhista, são as reiteradas fraudes ou acordos manifestamente lesivos realizados em “Lides Simuladas”. O empregador estimula seus empregados a ajuizarem ações judiciais de cunho trabalhista, com o objetivo de celebrar acordos em valores inferiores àqueles que seriam objeto do acerto rescisório. Assim, obtida a chancela judicial, aquele acordo ganharia o *status* de coisa julgada, o que impediria o empregado de reclamar as diferenças devidas, mas todas elas postergadas dentro da legalidade. Nestes termos, não seria errôneo afirmar que um desmedido (sem maiores critérios) liberalismo individual exaltado acaba mitigando normas

de ordem pública, com grande repercussão social, em prol de uma suposta gestão da autonomia privada (simulada flexibilização do princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas).

Estas práticas coadunam-se às outras já mencionadas para configurar mais uma nova forma mesquinha de pensar as estruturas que sustentam o sistema de produção capitalista, lançando mão dos mecanismos e engrenagens que o mantêm, resignificando-os, trabalhando-os, e refinando-os ainda mais para a exploração dos trabalhadores, individualmente e em sua coletividade. Em seu conjunto, brotam como contrapontos frontais às conquistas ou levantes da classe operária, passando, por vezes, despercebidos, assim como um minador que pinga calado e que nunca seca, espalhando sofridas asperezas à vida cotidiana. Nestes passos de conclusão, importante frisar que, não obstante sejam estas breves palavras apenas a perspectiva de um olhar entre os milhares que se voltam a decifrar algumas nuanças do mundo do trabalho, as transformações pelas quais atravessam estas relações nele não se findam, e não sendo este o seu escopo, recolhe-se a tão somente transcrever a parcialidade dos seus rastros. Então, que sejam iniciadas as suas considerações finais.

7. Considerações finais

Depois de toda a fundamentação ensaiada nesta proposta, os caros leitores poderão identificar que o que se trata aqui não é algo escandaloso, nem tampouco algo ainda não explorado, tendo em vista que o universo do trabalho contemporâneo com as suas chagas é constituído paulatinamente no percurso histórico e dentro dele esmiuçado. E, pesquisando ainda mais o emaranhado desses casos estudados, a ponto de nos misturarmos aos fundamentos categóricos da Sociologia do Trabalho, passamos a perceber os inúmeros enlaces de comunicação nos diversos temas pertencentes ao ciclo de debate exposto, como a afirmação de que a evolução das relações sociais de trabalho

(24) Grupo de Estudos e Debates em Direito do Trabalho. *Ata/Relatório do encontro “A Conciliação Na Justiça Do Trabalho”*. Discussões do dia 28 de março do ano de 2014.

(25) VIANA, Márcio Túlio. Os Paradoxos da Conciliação — Quando a ilusão da igualdade formal esconde mais uma vez a desigualdade real. In: *Revista do Tribunal Regional da 3ª Região*, Belo Horizonte, V. 45, n. 75, p. 185-198, jan./jun. 2007.

enverga-se ao cadenciamento impositivo dos novos métodos da gestão produtiva empresarial, principalmente à sua atividade questionadora dos direitos trabalhistas e das conquistas sociais válidas. Esta é a nossa realidade.

Da mesma forma, não configura novidade a imensa brutalidade entranhada nas relações trabalhistas, caracterizada em nossos tempos também pela crescente indiferença e tolerância à injustiça e ao sofrimento alheio, assim como pela atenuação das reações de repulsa e de mobilização coletiva. É ela reajustada em seu caráter espoliativo, remodelada sob as novas vestes da modernidade, ou melhor, da pós-modernidade, aparentando uma distância temporal figurativa do que esta mais próximo que se imagina. Dentro desse ponto de vista, desencadeia-se um conjunto abrangente de metamorfoses e mutações que vai afetando progressivamente a todos, mediante práticas e estratégias aqui estudadas.

Esta constatação fica tão mais evidente quanto mais se identifica que, inclusive, a consciência dos atores envolvidos nestas transformações passa a estar determinada pelas próprias condições materiais de vida e de trabalho, constituindo parte integrante das condições objetivas do trabalho e, por vezes, mesmo sem se atinar para tal escopo, atuando de maneira a legitimar as forças sociais de exploração e dominação. Por isso, as razões mencionadas impelem à urgência do desvelamento da realidade apontada para, então, à luz dos conhecimentos conquistados, postular seguros mecanismos e posturas de resistência, tendo em vista que nunca existirá plena pacificidade diante dos virulentos desmandos patronais.

Neste entendimento de insurgência, aos poucos, a presente pesquisa nos permitiu uma pequena compreensão de como a legislação trabalhista é condicionada pelo modo de produção, e que, por isso, se torna salutar a defesa de um Direito do Trabalho maior, de vanguarda, enquanto postular a mudança social legítima e que exprima o posicionamento jurídico dos trabalhadores, sempre buscando

entendimentos e interpretações que concretizem padrões dignos dos seus direitos individuais e coletivos. Aqui, o retorno aos retratos fatídicos do cotidiano nada mais é do que um posicionamento político-ideológico que intenciona sensibilizar a um mínimo de consequência reflexiva/questionadora ao que oficialmente consagrado, e transpassar o amplo processo estratégico/pedagógico de “esclarecimento”, “autoconsciência”, “emancipação” e “transformação” desta realidade social⁽²⁶⁾.

Trata-se de um pequeno estímulo às práticas libertadoras que, como pressuposto de uma ação ambientada num projeto transcendente, visa não mais oprimir, e sim buscar libertar o sujeito histórico e a sociedade, o pensamento analítico sobre a realidade que estamos inseridos. Essa é a nossa participação momentânea neste processo; nossa porque imersa no mar de conhecimentos desenvolvidos pelo grupo de autores aqui citados, que não se quedam às limitações impostas pela dominação presente, inclinando-se em outra perspectiva, a de contínuas superações aos avanços e recuos, a de persistência ao aproveitamento de quanto poucos benefícios comportem a legislação e a realidade social que estão inseridos.

Eis o sentido fundamental dessa crítica: um ponto de vista capaz de apontar e analisar alguns dos obstáculos a serem superados para que as potencialidades melhores também presentes no mundo do trabalho possam se realizar. Para bem finalizar, faço minhas as palavras de Roberto Lyra Filho, em sua obra “Direito do Capital e Direito do Trabalho” “(...) Os interesses e reclamos dos trabalhadores devem ultrapassar as mencionadas perspectivas que os aprisionam no único propósito de sobreviver”.

8. Referências bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BRONSTEIN, Arthuro S. *Reforma laboral en America Latina. Entre garantismo y flexibilidad*.

(26) WOLCKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

In: *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 116, 1997, p. 5-27.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

Grupo de Estudos e Debates em Direito do Trabalho. *Ata/Relatório do encontro "A Conciliação na Justiça do Trabalho"*. Discussões do dia 28 de março do ano de 2014.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 16. ed. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2007.

LYRA FILHO, Roberto. *Direito do capital e direito do trabalho*. Porto Alegre: Fabris, 1982.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MURADAS, Daniela. Influxos legais, jurisprudenciais e princípio da vedação do retrocesso social. In: VIANA, Márcio Túlio et al. (Orgs.). *O que há de novo em Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *(Re)pensando o princípio da proteção na contemporaneidade*. São Paulo: LTr, 2009.

_____. *A ressignificação da dependência econômica no Direito do Trabalho*. Disponível em:

<jus.com.br/artigos/25575/a-ressignificacao-da-dependencia-economica-no-direito-do-trabalho> Acesso em: 2 jun. 2014.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Dumping social ou delinquência patronal na relação de emprego?* In: *Revista TST*, Brasília, v. 77, n. 3, jul./set. 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego*. v. II. São Paulo: LTr, 2008.

_____. A supersubordinação — invertendo a lógica do jogo. In: *Revista do TRT 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p. 157-193, jul./dez. 2008.

VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do direito. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 7, ns. 13 e 14, Belo Horizonte, 2004.

_____. Os Paradoxos da Conciliação. Quando a ilusão da igualdade formal esconde mais uma vez a desigualdade real. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 45, n. 75, p. 185-198, jan./jun. 2007.

WOLCKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Isonomia sob enfoques constitucional e internacional: por uma releitura do art. 461 da CLT

Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt^(*)

Resumo:

- ▶ O art. 461 da CLT deve ser interpretado à luz da Carta Magna e dos Tratados Internacionais sobre o tema, os quais, versando sobre Direitos Humanos, têm força hierárquica pelo menos supralegal, quiçá, constitucional, como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal; de outro lado, esses tratados, preservando o princípio da isonomia no trabalho, são internacionalmente reconhecidos como fundamentais desde a Declaração de 1988 da Organização Internacional do Trabalho.

Ora, os rígidos critérios objetivos traçados pelo art. 461 da CLT não podem restringir a aplicação das diretrizes constitucional e internacional. Uma releitura de seu vetusto texto se impõe. Para harmonizar os textos infraconstitucional, constitucional e internacional, sugerimos a perspectiva de visão de que a CLT define uma presunção de ordem apenas relativa para aferição do trabalho de igual valor, em parâmetros que deverão ser sopesados diante do caso concreto. A isonomia deve, pois, se pautar no trabalho de igual valor, em leitura teleológica, ampliativa, evolutiva e concreta da lei, em detrimento da aplicação literal, formal e inflexível do texto do art. 461 da CLT.

Não há nisso qualquer violação ao princípio da reserva de plenário, conforme já decidiu o E. STF. Essa proposição — que liberta o juiz do papel de *bouche de la loi*, ao mesmo tempo em que prestigia a interpretação sistêmica e dinâmica do Direito — visa extrair a máxima eficácia possível dos preceitos garantidores das liberdades civis e dos direitos sociais fundamentais, o que se constitui em uma das mais importantes funções políticas do Poder Judiciário.

Abstract:

- ▶ 1. Article 461 of the Labour Code must be interpreted in the light of the Constitution and the international treaties on the subject, which, when dealing with Human Rights, have at least supralegal hierarchical force, perhaps even constitutional force, as the Supreme

(*) Doutora em Direito pela Universidade de Paris II (Panthéon-Assas), diploma revalidado pela UFMG. Master em Direito Social e Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social, pela Université de Paris II – Panthéon-Assas. Professora de cursos de graduação

e pós-graduação. Juíza Titular da 3ª Vara do Trabalho de Juiz de Fora. Ex-Conselheira da Enamat (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho) e da Escola Judicial do TRT-MG.

Court has already acknowledged; moreover, these treaties, which preserve the principle of equality at work, have been internationally recognized as fundamental since the 1988 Declaration of the International Labour Organization.

2. This means that the objective criteria drawn up in Article 461 of the Labour Code should not restrict the application of constitutional and international guidelines. A rereading of its time-honoured text is required. In order to harmonise the infraconstitutional, constitutional and international principles, we suggest the view that the Labour Code defines only a relative presumption of equal work, in parameters that must be weighed in each specific case. Equality of work must therefore be based on work of equal value, in a teleological, broadening, evolutionary and concrete reading of the law, rather than literal, formal and inflexible application of the text of Article 461 of the Labour Code.

3. By so doing, there is no violation of the principle of restriction to full court, as decided by the Supreme Court. This proposition — which not only frees the judge from the role of “bouche de la loi” but also favours the systemic and dynamic interpretation of law — aims to extract the maximum possible efficiency of the precepts that guarantee civil liberties and fundamental social rights, which is one of the most important political functions of the Judiciary.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Algumas convenções internacionais e a isonomia no trabalho
- ▶ 3. O direito constitucional e a isonomia salarial
- ▶ 4. Conclusão
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

Um gerente de empresa, com 20 anos de carreira nela prestados, tem direito à equiparação salarial com outro gerente, em análogo serviço prestado à mesma empresa, com 24 anos de serviço nela prestados? A interpretação literal do art. 461 da CLT afastaria a pretensão, já que o tempo de serviço na função é superior a dois anos.

E se esses gerentes tivessem diferença de tempo de serviço de apenas um ano, mas trabalhassem em localidades distintas e distantes, com custo de vida equivalente? A mesma interpretação literal do dispositivo afastaria a pretensão.

Com efeito, o art. 461 da CLT, caput e § 1º, com a redação dada pela Lei n. 1.723, de 8.11.1952, dispõem que:

Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

§ 1º Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos.

A equiparação salarial, tal como assentada na Constituição e nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil — tratados esses de direitos humanos — deve se limitar às hipóteses previstas no art. 461 da CLT? A propósito, cuidam os dispositivos de proteção contra a discriminação no salário verdadeiramente de direitos humanos?

A segunda pergunta deste último parágrafo é mais fácil de ser respondida. É sabido que a Organização Internacional do Trabalho, desde os primeiros anos de sua constituição, preocupa-se com a igualdade de tratamento em matéria salarial. A Convenção n. 19 de 1925 já dispunha sobre esse tema. A OIT, desde sempre, cuida da proteção dos direitos humanos, embora muitas vezes sem dizê-lo expressamente. No sistema internacional de direitos humanos, o art. 23º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, trouxe a disposição, pelo menos 23 anos depois a OIT, no sentido de que: “(...) 2. *Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.*” O direito internacional do trabalho é, pois, certamente, parte da proteção dos direitos humanos universais no trabalho.

Já as primeiras perguntas constituem o ponto de partida deste trabalho. A partir da inquietude que essas indagações geraram no espírito da autora é que a reflexão se desenvolveu, a ponto de considerar que o art. 461 da CLT estabelece presunção apenas relativa para afastar a equiparação salarial, quando ausente algum de seus elementos (igual produtividade e mesma perfeição técnica, na mesma localidade e cuja diferença de tempo de serviço não seja superior a dois anos).

Essa presunção, todavia, poderá ser elidida, caso haja alguma circunstância específica que torne despropositada a aplicação inflexível dos critérios objetivos do art. 461. Essa análise, que somente poderá ocorrer diante do caso concreto, levará em conta a aplicação dos princípios-regra de maior importância, de índole constitucional e internacional, com valor superior à legislação infraconstitucional, já que os tratados internacionais de direitos humanos — onde se situam os de isonomia salarial — ratificados pelo Brasil têm *status* pelo menos supralegal — quiçá constitucional.

Propõe-se assim um novo enfoque jurisprudencial a respeito da equiparação salarial, levando-se em conta não só a norma infraconstitucional, mas também a adoção das

perspectivas constitucional e internacional de direitos humanos de índole trabalhista neste campo de aplicação do princípio da não discriminação.

Passemos breve revista em algumas convenções internacionais do trabalho, antes de visitarmos a evolução constitucional neste importante tema da isonomia salarial.

2. Algumas convenções internacionais e a isonomia no trabalho

A partir da constituição da OIT em 1919, no final da 1ª Guerra Mundial, as convenções internacionais do trabalho tinham por objetivo estabelecer o equilíbrio assegurador da paz universal e durável, por meio da melhoria da condição social do ser humano.

Em matéria de isonomia, vigoram algumas convenções no plano jurídico internacional. Baseadas no princípio da igualdade de remuneração para um trabalho de igual valor, têm por objetivo a equiparação salarial. Para atingir essa equiparação salarial, é preciso, segundo o direito internacional do trabalho, assegurar igual remuneração para empregos idênticos ou similares e para — aqui está o grande salto em relação à atual redação do art. 461 da CLT — empregos que não sejam idênticos ou similares, mas cujo valor do trabalho é igual.

A Convenção n. 100 da OIT versa sobre “Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor”⁽¹⁾. Aprovada logo após o término da Primeira Guerra Mundial, teve o contexto do trabalho desenvolvido pelas mulheres durante o conflito. A igualdade de remuneração entre homens e mulheres é considerada uma das primeiras etapas do processo de instauração de melhor equidade na sociedade. Mais de

(1) Aprovada na 34ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra - 1951), entrou em vigor no plano internacional em 23.5.1953 e foi ratificada no Brasil em 25.4.1958 e promulgada pelo Decreto n. 41.721, de 25.6.1957, com vigência nacional a partir de 25 de abril de 1958.

60 anos depois da sua adoção pela comunidade internacional, ainda hoje é considerada importante instrumento de inspiração e de repercussão do princípio da igualdade de tratamento no mundo.

Em 1958, foi adotada a mais ampla Convenção n. 111 da OIT, que trata da “Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação”⁽²⁾. Em seu art. 1º, “a” e “b”, compreende no termo “discriminação”, respectivamente, “*toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão*” e “*qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados*”.

Observe-se, pois, que não há *numeros clausus*: a enumeração é exemplificativa, diante da cláusula aberta a “*toda e qualquer outra distinção, exclusão ou preferência...*”.

Mais de 90% dos Estados-membros da OIT ratificaram essas duas convenções fundamentais, o que demonstra o grande nível de aceitação e de quase consenso sobre os valores sociais e humanos que delas emanam.

Estas duas convenções são consideradas fundamentais pela Declaração da OIT de 1998, relativa aos princípios dos direitos fundamentais no trabalho, dentre os quais se encontra a eliminação da discriminação em matéria de emprego e de profissão. A Declaração de 2008 sobre a justiça social para uma mundialização

(2) Aprovada na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1958), entrou em vigor no plano internacional em 15.6.1960 e foi promulgada, no Brasil, por meio do Decreto Legislativo n. 104, de 24.11.1964 (ratificado em 26 de novembro de 1965), e Decreto n. 62.150, de 19.1.1968.

equitativa afirma que a igualdade entre homens e mulheres e a não discriminação devem ser consideradas como questões transversais na agenda do Trabalho Decente da OIT.

Igualmente a Convenção n. 168 da OIT, “Promoção do Emprego e Proteção contra o Desemprego”⁽³⁾. No art. 6º, estabelece: “1. *Todo Membro deverá garantir a igualdade de tratamento para todas as pessoas protegidas, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião pública, ascendência nacional, nacionalidade, origem étnica ou social, invalidez ou idade.*”

A propósito, a interpretação dos órgãos de controle da OIT tem considerado que cabe remuneração quando há exercício de mesmo trabalho ou trabalho idêntico, mas também quando os equiparandos “realizam trabalho que, mesmo sendo diferentes, são de igual valor”.

A Comissão de Peritos examinou o exemplo da Irlanda, onde o âmbito da noção de “trabalho similar” foi definido como abrangendo desde o “mesmo trabalho” ao “trabalho de mesmo valor”, levando-se em conta o que for preciso em áreas tais como aptidões, esforço físico ou mental, responsabilidade e condições de trabalho⁽⁴⁾.

Garantias desse jaez, é indubitoso. Em alguns casos, têm sofrido franco retrocesso no ordenamento jurídico pátrio, a exemplo da disciplina em discussão, atinente à rígida interpretação que vem sendo conferida ao art. 461 da CLT, se considerado em sua literalidade.

É preciso então indagar a respeito do lugar do direito internacional no ordenamento jurídico interno. A evolução da internalização

(3) Aprovada na 75ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1988), entrou em vigor no plano internacional em 17.10.1991, promulgada, no Brasil, por meio do Decreto Legislativo n. 89, de 10.12.1992, do Congresso Nacional (ratificado em 24 de março de 1993) e Decreto n. 2.682, de 22.7.1998.

(4) “Direito Internacional do Trabalho e Direito Interno: manual de Formação para Juizes, Juristas e Docentes em Direito”. Editado por Xavier Beaudonnet. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011. Edição para a Língua Portuguesa pela ANAMATRA, p. 168.

do direito internacional dos direitos humanos revela que, até 1977, a tradição jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal era de preponderância do direito internacional sobre o direito interno⁽⁵⁾.

De 1977 até 2008, manteve-se o reconhecimento do *status* de lei ordinária aos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil e prevalência da Constituição sobre os tratados ratificados⁽⁶⁾.

Ocorre que, com o advento da ordem constitucional de 1988, as instituições políticas passaram a ter novos desenhos, o que revelou a necessidade de novos posicionamentos acerca de alguns temas jurídicos, mais adequados aos novos paradigmas constitucionais.

Com efeito, a Constituição da República de 1988 elegeu como princípios fundamentais da nova ordem jurídica a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II).

O art. 5º, § 1º, da Constituição Brasileira de 1988, dispõe que os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, vinculando os poderes públicos independentemente do reconhecimento expresso por lei infraconstitucional.

(5) Ac. de 23.7.1952 do Ministro Laudo de Camargo, *Habeas Corpus* n. 24.637, in *Jurisp.*, v. 6, p. 1, 1934 (DJ 10.1.1934), citado no RE n. 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977), que restou o único vencido. A maioria entendeu que “*ato normativo internacional - no caso, a Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias - poderia ser modificado por lei nacional posterior, ficando consignado que os conflitos entre duas disposições normativas, uma de direito interno e outra de direito internacional, devem ser resolvidos pela mesma regra geral destinada a solucionar antinomias normativas num mesmo grau hierárquico: lex posterior derogat legi priori*”, tendo prevalecido o voto do Ministro Leitão de Abreu (trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário 466.343-1), disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 28 set. 2014.

(6) Na decisão da ADInMC 1.480, onde se cuidou do controle de constitucionalidade da Convenção n. 158 da OIT, o STF reiterou sua posição, declarando o conteúdo meramente programático da mencionada convenção.

Por sua vez, o art. 5º, § 2º da Constituição estabelece que: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*”

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, acrescentou o § 3º ao art. 5º, o qual dispõe que: “*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*”

Em 2008, houve, então, importante modificação de jurisprudência de nossa Corte Constitucional. O *leading case* foi o Recurso Extraordinário n. 466.343-1, em cujo seio houve profunda reflexão acerca da necessidade de reconhecimento de lugar privilegiado na hierarquia das normas aos tratados de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, que incorporou o § 3º ao art. 5º da Constituição da República.

A tese então prevalecente foi a da suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados até a introdução do *quorum* qualificado do § 3º do art. 5º da Constituição. Todavia, é preciso ressaltar que importante voto da lavra do Ministro Celso de Mello pregava a equiparação desses tratados à norma constitucional. Para chegar a essa conclusão, valeu-se o Ministro da noção de **bloco de constitucionalidade**, para concluir que, mesmo não sendo formalmente constitucionais (porque inexistente o *quorum* qualificado de que trata o § 3º do art. 5º da CF), tais tratados “*revestem-se de caráter materialmente constitucional*”⁽⁷⁾.

(7) O “bloco de constitucionalidade” é expressão oriunda do direito francês (*Louis Favoreu* e decisão do Conselho Constitucional de 1971, sobre a liberdade de associação), onde as normas constitucionais passaram a ser concebidas não apenas como aquelas inscritas no texto constitucional, mas o conjunto dos princípios e disposições que as leis devem respeitar: os artigos da Constituição de 1958, mas também o preâmbulo da Constituição anterior de 1946, a Declaração dos

Não sendo possível, no nosso modesto entender, a divisão dos tratados de direitos humanos em dois níveis hierárquicos (constitucional e supralegal), temos que a concepção mais adequada é a que os reconhece como materialmente constitucionais, independentemente dos critérios formais de ratificação.

A concepção de bloco de constitucionalidade é salvo-conduto para essa conclusão, na medida em que concebe o texto constitucional não somente como aquele objetivado na Constituição escrita, mas também abrange os textos que visam adicionar, expandir, complementar e integrar os parâmetros normativos fixados na própria Constituição, como é o caso dos tratados internacionais de direitos humanos até aqui conhecidos.

Ainda que se outorgue a esses tratados o valor apenas supralegal, uma consequência ressalta: o poder-dever do juiz de controlar a conformidade das leis aos tratados ratificados, em autêntico exercício de **controle de convencionalidade**⁽⁸⁾. Isso significa que um jurisdicionado pode contestar perante o juiz a aplicação de uma lei por afronta a uma convenção internacional. Como no controle de constitucionalidade difuso, trata-se de uma aferição *a posteriori* e concreta, cujos efeitos somente serão sentidos *inter partes*.

O controle de convencionalidade, com assento constitucional, constitui, pois, grande inovação na aplicação dos direitos fundamentais

Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a carta de meio ambiente (que institui o princípio da precaução), os princípios fundamentais reconhecimentos pelas leis da República francesa e os princípios e objetivos de valor constitucional. Fonte: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique/1.-Conception-des-textes/1.3.-Hierarchie-des-normes/1.3.1.-Differentes-normes>>.

(8) Tradução livre da autora. No original: "habilitation implicitement aux juges pour contrôler la conformité des lois aux traités", in Olivier Duthéillet de Lamothe, in "Contrôle de Constitutionnalité et Contrôle de Conventionalité." Texto publicado em "Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle", Dalloz, 2007. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cccc.pdf>.

no âmbito do direito privado, em especial no campo da isonomia salarial.

Uma vez lembrada a evolução do direito internacional do trabalho e sua aplicação nacional, visitemos agora a evolução constitucional neste importante tema da isonomia salarial.

3. O direito constitucional e a isonomia salarial

O princípio da isonomia consagrado constitucionalmente é densificado em regras específicas, as quais, no tocante às questões salariais, encontram nas figuras da equiparação salarial e do salário equitativo alguns de seus prismas.

A partir da Constituição de 1934, os direitos sociais do homem (decorrentes do direito natural) foram progressivamente inseridos no texto constitucional brasileiro, convertendo-se em direitos fundamentais, juridicamente institucionalizados em direito vigente⁽⁹⁾. O direito à igualdade salarial é contemplado desde então.

A Lei Maior de 1934 assim regulou a questão: "Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil."

Princípio ignorado na Carta de 1937 foi parcialmente albergado em 1946, em conformidade com o disposto no inciso II do art.

(9) BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 577. Adota-se aqui a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, entendidos estes como "direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional." (CANOTINHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., 10. reimp. Coimbra: Almedina, p. 377). O mesmo autor, citando Habermas, indica: "se se deseja falar de direitos no sentido de direito positivo é preciso distinguir entre *droits de l'homme* na qualidade de normas de ação moralmente justificadas e *droits de l'homme* enquanto normas constitucionais dotadas de valor de direito positivo" (*ibidem*, p. 377).

157: “Art. 157. A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão aos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: (...) II – proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil.” Em comparação ao art. 121 da Carta de 1934, suprimiu-se o *caput* do artigo, o que poderia ser interpretado como retrocesso.

Quanto à isonomia de salários, pontuou a Constituição de 1967, mas somente depois da edição da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, a teor do art. 165: “A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: III – proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, *côr* e estado civil.”

A superveniência da Constituição Federal de 1998 trouxe expressivas e contundentes mudanças, entretantes, apresenta timidez diante do texto da Convenção n. 111 da OIT, que maior amplitude ostenta, diante da cláusula de redação aberta pela enumeração meramente exemplificativa.

Especificamente quanto ao princípio em estudo, inseriu a Lei Maior a proibição não apenas de diferença de salários, mas de exercício de funções, *ex vi* do disposto no art. 7º, XXX: “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.” Note-se que o legislador constituinte utilizou a conjunção coordenativa “e”, aditiva, ligando duas orações independentes e estabelecendo uma relação de soma, adição; inexistente alternância, mediante o emprego de conjunção alternativa, como “ou”.

Ora, os rígidos critérios objetivos traçados pelo art. 461 da CLT não podem restringir a aplicação das diretrizes constitucional e internacional. Uma releitura de seu vetusto texto se impõe diante da ordem constitucional vigente.

Com efeito, a função é definida de acordo com o feixe peculiar de atribuições incumbidas ao empregado, que concretamente demandam,

na dinâmica da prestação de serviços, a execução de atividades necessárias ao desempenho da responsabilidade inerente ao cargo.

Ainda que considerada a plena vigência do art. 461 da CLT, é preciso abrir sua interpretação. Para que se verifique identidade funcional entre dois empregados, há que se perquirir se desempenham as mesmas atribuições, ainda que se identifiquem variações no contexto, na forma ou no objeto das atividades realizadas.

Os parâmetros definidos no art. 461 da CLT, para aferição do “trabalho de igual valor”, inclusive os requisitos temporal e espacial, devem ser, pois, sopesados diante da análise do caso concreto, não sendo possível aplicá-los de forma inflexível, sob pena de esvaziar o sentido igualitário privilegiado pela norma.

Propõe-se então a perspectiva de visão de que a CLT define uma presunção de ordem apenas relativa quando estabelece que trabalho de igual valor seria aquele desempenhado entre pessoas, com igual produtividade e perfeição técnica, que labutem na mesma localidade e cuja diferença de tempo de serviço não seja superior a dois anos.

Isso porque a isonomia constitucionalmente prevista e a decorrente dos ordenamentos internacionais ratificados deve se pautar no trabalho de igual valor, não necessariamente, em coro com a limitação expressa no plano infraconstitucional, na identidade de funções (*caput* do art. 461 da CLT), e independentemente, ainda, de eventual diferença de dois anos no exercício e da existência de plano de cargos e salários, os quais devem ser considerados como parâmetros a serem avaliados diante do caso concreto.

A isonomia tem, pois, como norte o trabalho humano digno. E o significado de trabalho é sem dúvida por demais abrangente, compreendendo gama diversa de atribuições e funções, com variantes que vão desde o desenvolvimento de atividades braçais até o “trabalho remoto”, sem qualquer necessidade de comparecimento às dependências do empregador.

A propósito, o trabalho, em seu largo conceito, e até mesmo o exercício de específica e determinada função, pode ou não ser desenvolvido em uma mesma localidade, sem que isso influencie a sua identidade. Exemplos concretos se identificam com atividades altamente intelectuais — que sequer dependem de metas e diretrizes específicas próprias que imponham às empresas atuação mais direta na forma de execução do mister — mais e mais praticadas em sistemas de *home office*, notadamente na cultura globalizada hoje vivenciada, à qual tem se rendido o sistema corporativo mundial⁽¹⁰⁾.

Pontue-se, ainda, que francamente colidem os preceitos do art. 6º, também da Consolidação das Leis do Trabalho — “*Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego*” — com o conceito de “mesma localidade” inserido no *caput* do art. 461, do mesmo diploma normativo.

Como inserir as vetustas restrições expressas no art. 461 Consolidado (“idêntica função”, “mesma localidade”), na cultura globalizada que hoje se vivencia, é tarefa que, mais cedo ou mais tarde, todos os operadores de Direito haverão de enfrentar.

Como priorizado desde a Carta de 1934, deve-se vedar a discriminação e garantir a igualdade, por meio da leitura teleológica e evolutiva dos conceitos que se inserem no art. 461 Consolidado e no texto Constitucional inscrito no art. 7º, *caput* e XXX, como também preceituado no art. 5º da CLT: “A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo.”

Pelo exposto, entendemos que devem ser sopesados os rígidos critérios do art. 461 da CLT,

(10) Em artigo publicado na revista *Exame* de novembro de 2012, noticiou-se que, atualmente, no Brasil, 64% das empresas já permitem o trabalho em casa (teletrabalho). Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/carreira/noticias/as-areas-que-mais-contratam-em-esquema-de-home-office>>.

a exemplo da diferença na função superior a dois anos ou a “mesma localidade”, diante do caso concreto, já que não mais têm o condão de afastar a isonomia pretendida, quando provada a identidade funcional.

O raciocínio que prega a interpretação evolutiva da lei infraconstitucional cuida, antes de tudo, de reconhecimento da superioridade da Constituição e dos tratados internacionais reconhecedores de direitos humanos fundamentais no trabalho, em face da rigidez infraconstitucional, que, por sua vez, se submete a mutações legislativas, com alteração do significado, do alcance e do sentido de suas regras, sempre dentro dos limites da Constituição.

Essa autorização interpretativa dos Magistrados, oriunda do pós-positivismo, constitui, na realidade, reconhecimento do caráter evolutivo e dinâmico do Direito, que não está perfeito e acabado, mas deve sempre interagir com a realidade e com os fatos sociais.

Cuida-se, no dizer de renomados doutrinadores, de eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais, a qual autoriza concluir pela aplicação direta e imediata dos dispositivos constitucionais que os instituem, sempre com o objetivo de assegurar a máxima efetividade possível para os direitos fundamentais.

Para Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, “*O discurso acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética — ao qual, no Brasil, se deve agregar o da transformação social e o da emancipação — deve ter repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas. Trata-se de transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade*”⁽¹¹⁾.

(11) BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 337.

Não há, nessa atividade de interpretação ampliativa, qualquer violação ao princípio da reserva de plenário, conforme já decidiu o E. STF: “*Controle incidente de inconstitucionalidade: reserva de plenário (CF, art. 97). ‘Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97 da Constituição.’*” (cf. RE n. 184.093, *Moreira Alves*, DJ de 5.9.1997).⁽¹²⁾

Da mesma forma, o órgão fracionário teria até mesmo competência para estabelecer se a Constituição recepcionou ou não lei anterior à sua promulgação, no caso, eventual declaração de não recepção do art. 461 da CLT, por restrição à norma constitucional mais abrangente. Nesse caso, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a questão se resolve no plano intertemporal e não no da validade da norma.⁽¹³⁾

- (12) RE n. 460.971, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 13.2.2007, Primeira Turma, DJ de 30.3.2007.) No mesmo sentido: ARE n. 676.006-AgR, rel. Min. Luiz Fux, julg: 22.5.2012, Primeira Turma, DJE de 6.6.2012.
- (13) Cf. BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 89. Nesse sentido: “Vê-se, portanto, na linha de iterativa jurisprudência prevalecte nesta Suprema Corte e em outros tribunais (RTJ n. 82/44 – RTJ n. 99/544 – RTJ n. 124/415 – RTJ n. 135/32 – RT n. 179/922 – RT n. 208/197 – RT n. 231/665, v. g.), que a incompatibilidade entre uma lei anterior (como a norma ora questionada inscrita na Lei 691/1984 do Município do Rio de Janeiro/RJ, p. ex.) e uma Constituição posterior (como a Constituição de 1988) resolve-se pela constatação de que se registrou, em tal situação, revogação pura e simples da espécie normativa hierarquicamente inferior (o ato legislativo, no caso), não se verificando, por isso mesmo, hipótese de inconstitucionalidade (RTJ n. 145/339 – RTJ n. 169/763). Isso significa que a discussão em torno da incidência, ou não, do postulado da recepção – precisamente por não envolver qualquer juízo de inconstitucionalidade (mas, sim, quando for o caso, o de simples revogação de diploma pré-constitucional) – dispensa, por tal motivo, a aplicação do princípio da reserva de Plenário (CF, art. 97), legitimando, por isso mesmo, a possibilidade de reconhecimento, por órgão fracionário do Tribunal, de que determinado ato estatal não foi recebido pela nova ordem constitucional (RTJ n. 191/329-330), além de inviabilizar, porque incabível, a instauração do processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ

A interpretação ampliativa da regra inserida no art. 461 da CLT parece ser, pois, a solução que melhor atende aos valores positivados nas normas-princípio da Constituição e à necessidade de concretizar, com a maior efetividade possível, o direito à igualdade de tratamento contido no art. 5º da CLT (“*A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual...*”), assim como o direito fundamental à isonomia inscrito no inciso XXX, do art. 7º, da Lei Maior (“*proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil*”) e nas Convenções Internacionais ns. 100 e 111 da OIT, ratificadas pelo Brasil e consideradas fundamentais por aquele órgão das Nações Unidas (Declaração de 1998), além de manifestar aderência à vedação do retrocesso social (art. 7º, *caput*) e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).⁽¹⁴⁾

n. 95/980 – RTJ n. 95/993 – RTJ n. 99/544 – RTJ n. 143/355 – RTJ n. 145/339, v.g.).” (Al n. 582.280 AgR, voto do rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12.9.2006, Segunda Turma, DJ de 6.11.2006.) No mesmo sentido: RE n. 495.370-AgR, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 10.8.2010, Segunda Turma, DJE de 1º.10.2010.

- (14) Nesse sentido: TRT – 3ª Região, 02071-2012-109-03-00-8 RO, Setima Turma, relator(a): Juíza Convocada Martha Halfeld F. de Mendonca Schmidt, revisor(a): Des. Fernando Luiz G. Rios Neto, publicação 3.10.2014. Também o acórdão cuja ementa segue: EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. ISONOMIA. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA, AMPLIATIVA, EVOLUTIVA E CONCRETA DA LEI, EM DETRIMENTO DA APLICAÇÃO LITERAL, FORMAL E INFLEXÍVEL DO ART. 461 DA CLT. MUTAÇÃO LEGISLATIVA. APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE NORMAS-PRINCÍPIO CONSTITUCIONAIS, INTERNACIONAIS SUPRALEGAIS E LEGAIS INFRACONSTITUCIONAIS. EFICÁCIA HORIZONTAL OU PRIVADA E MÁXIMA EFETIVIDADE POSSÍVEL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. A isonomia deve se pautar no trabalho de igual valor, em leitura teleológica, ampliativa, evolutiva e concreta da lei, em detrimento da aplicação literal, formal e inflexível do texto do art. 461 da CLT, sob pena de esvaziar o sentido igualitário privilegiado pela norma. O art. 461 da CLT deve, pois, ser interpretado à luz da Carta Magna e dos Tratados Internacionais sobre o tema, os quais, versando sobre Direitos Humanos, têm força hierárquica supralegal. Como vem decidindo o E. STF (v. g. HC 87585/TO - Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgamento: 3.12.2008,

DJe-118, divulg. 25.6.2009), quando aprovados em definitivo pelo Congresso Nacional e promulgados por decreto presidencial, os Tratados Internacionais estão situados hierarquicamente acima das leis, mas abaixo da Constituição Federal, afastando a eficácia da legislação infraconstitucional, quando conflitante. A interpretação do art. 461 da CLT não deve, pois, se atrelar à literalidade da diferença temporal no exercício da função ou ao duvidoso e ultrapassado conceito de “mesma localidade”, em autêntica restrição do conceito constitucional e internacional mais amplo de isonomia, mas clama por ampliação para além da mera identidade de tarefas ou de localidade de prestação do trabalho, da diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador ou da existência de plano de cargos e salários, os quais devem ser considerados meros parâmetros a serem avaliados diante do caso concreto, sempre inspirados pela leitura do preceituado no art. 5º, da CLT (“A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual...”) e no inciso XXX, do art. 7º da Lei Maior (“proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”), assim como nas Convenções Internacionais ns. 100 e 111 da OIT, ratificadas pelo Brasil e consideradas fundamentais por aquele órgão das Nações Unidas (Declaração de 1998). Os rígidos critérios objetivos traçados pelo art. 461 da CLT não podem restringir a aplicação das diretrizes constitucional e internacional. Uma releitura de seu vetusto texto se impõe. Não há nisso qualquer violação ao princípio da reserva de plenário, conforme já decidiu o E. STF: “Controle incidente de inconstitucionalidade: reserva de plenário (CF, art. 97). ‘Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97 da Constituição.’ (cf. RE n. 184.093, Moreira Alves, DJ de 5.9.1997).” (RE n. 460.971, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 13.2.2007, Primeira Turma, DJ de 30.3.2007.) No mesmo sentido: ARE n. 676.006-AgR, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 22-5-2012, Primeira Turma, DJE de 6.6.2012. A jurisprudência do Excelso STF admitiria até mesmo a declaração de não recepção, por órgão fracionário, pelo texto constitucional de lei anterior à sua promulgação, resolvendo-se a questão no plano intertemporal e não no da validade da norma: “a incompatibilidade entre uma lei anterior... e uma Constituição posterior (como a Constituição de 1988) resolve-se pela constatação de que se registrou, em tal situação, revogação pura e simples da espécie normativa hierarquicamente inferior (o ato legislativo, no caso), não se verificando, por isso mesmo, hipótese de inconstitucionalidade” (AI n. 582.280 AgR, voto do rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12.9.2006, Segunda Turma, DJ de 6.11.2006.) No mesmo sentido: RE n. 495.370-AgR, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 10.8.2010, Segunda Turma, DJE de 1º.10.2010. (TRT da 3ª Região; Processo: 01643-2012-

4. Conclusão

O desenvolvimento da “constitucionalização do direito privado”⁽¹⁵⁾, de um lado, e a evolução do “constitucionalismo global”, de outro, têm felizmente adotado a perspectiva dos direitos humanos como pressuposto. No rico contexto internacional e constitucional, o grande desafio do Judiciário trabalhista, no que toca aos direitos humanos, é extrair a máxima eficácia possível dos preceitos garantidores das liberdades civis e dos direitos sociais fundamentais. Essa é uma das mais importantes funções políticas do Poder Judiciário⁽¹⁶⁾.

A respeito da evolução jurisprudencial constitucional e das funções do juiz na sociedade atual, extrai-se significativa passagem do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no célebre Recurso Extraordinário n. 466.343-1:

A interpretação judicial desempenha um papel de fundamental importância, não só

019-03-00-0 RO; Data de Publicação: 8.8.2014; Órgão Julgador: Sétima Turma; relatora: Convocada Martha Halfeld F. de Mendonça Schmidt; revisor: Fernando Luiz G. Rios Neto; Divulgação: 7.8.2014. DEJT/TRT3/Cad.Jud. Página 213). Em sentido semelhante, já se manifestara a Quarta Turma do TRT Regional: TRT da 3ª Região; Processo: 01786-2012-098-03-00-4 RO; Data de Publicação: 21.10.2013; Órgão Julgador: Quarta Turma; relatora: Convocada Martha Halfeld F. de Mendonça Schmidt; revisora: Convocada Maria Cristina Diniz Caixeta; Divulgação: 18.10.2013. DEJT. Página 150.

- (15) SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas Introdutórias*. 1. ed. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 9.
- (16) Em seu voto no Recurso Extraordinário n. 466.343-1, o Ministro Celso de Mello registrou, a propósito, que o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades civis, das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Essa alta missão, que foi confiada aos juízes e Tribunais, qualifica-se como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário. (...) É dever dos órgãos do Poder Público – e notadamente dos juízes e Tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana.

na revelação do sentido das regras normativas que compõem o ordenamento positivo, mas, sobretudo, na adequação da própria Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam a sociedade contemporânea. Daí a precisa observação de FRANCISCO CAMPOS (*Direito Constitucional*. vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), cujo magistério enfatiza, corretamente, que, no poder de interpretar os textos normativos, inclui-se a prerrogativa judicial de reformulá-los, em face de novas e cambiantes realidades sequer existentes naquele particular momento histórico em que tais regras foram concebidas e elaboradas. Importante lembrar, neste ponto, a lição desse eminente publicista, para quem “O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos RE n. 466.343/SP de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte.

O juiz não tem mais o simples papel de “*bouche de la loi*”⁽¹⁷⁾, nem deve se reprimir mais em papel passivo de aplicação estrita da lei, mas tem função de boca interpretativa (“boca criativa”) do seu caráter polissêmico, no contexto do direito vivo. Nos dizeres do Procurador-Geral junto à Corte de Cassação francesa, em novembro de 2011: “Foi-se o tempo em que os controles de normatividade encontravam sua plena expressão na rigorosa e confortável estrutura piramidal da hierarquia kelseniana das normas.”⁽¹⁸⁾

(17) A expressão vem de Montesquieu, em “O Espírito das Leis” (1748), quem assim definia a atividade do juiz: “Os juízes da nação não são mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, são seres inanimados, que não podem moderar nem a sua força, nem o seu rigor.” O Código Civil napoleônico de 1804 também enquadrava rigorosamente a atividade do juiz, em seu art. 5º: “é defeso aos juízes pronunciar por disposição geral e regulamentar sobre os casos que lhes são submetidos”.

(18) Discurso de Jean-Claude Marin, intitulado “Le juge est-il toujours la bouche de la loi ?” (O juiz é ainda a boca da lei?), na Conferência-debate “Club du

Nesse ponto, os métodos da hermenêutica constitucional contemporânea e a visão pós-positivista e neoconstitucionalista levam a produzir interpretações inovadoras e com maior grau de efetividade do ponto de vista da concretização dos direitos fundamentais sociais-trabalhistas.

No que toca à aplicação do princípio da não discriminação em matéria de salário, defende-se a adoção conjunta das perspectivas infraconstitucional, constitucional e internacional, de modo sistêmico e dinâmico, na insegura e estimulante articulação dos diferentes controles de fundamentalidade. A interpretação está mais do que nunca no coração do ofício jurisdicional!

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros: São Paulo, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 10. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Augusto Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

OIT. *Direito Internacional do Trabalho e Direito Interno*: Manual de Formação para Juízes, Juristas e Docentes em Direito. Editado por Xavier Beaudonnet. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT. Edição para a Língua Portuguesa pela ANAMATRA, 2011.

SARLET, Info Wolfgang. Notas Introdutórias. 1. ed. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Châtelet”, em 23 novembro de 2011. Disponível em: <http://www.paris.notaires.fr/sites/default/files/club_du_chatelet_novembre_2011_discours_de_jean-claude_marin_le_juge_est-il_toujours_la_bouche_de_la_loi_discours.pdf> Acesso em: 5 out. 2014.

Sítios internet:

<www.conseil-constitutionnel.fr>

<<http://exame.abril.com.br>>

<www.ilo.org>

<www.legifrance.fr>

<www.oitbrasil.org>

<www.paris.notaires.fr>

<www.trt3.jus.br>

<www.stf.jus.br>

Crise econômica, direito do trabalho e concorrência internacional: o caso da Itália⁽¹⁾

Fabio Petrucci

Em tempos de crise econômica como a que estamos vivendo, há uma tendência de impactar substancialmente os trabalhadores, principalmente empregados e segurados do sistema previdenciário.

Isso em virtude de um entendimento de que o direito do trabalho é conduzido pela economia e, portanto, em períodos de estagnação ou, ainda pior, de recessão econômica, as tutelas laborais devem necessariamente ser reduzidas.

Uma breve representação histórica evidenciará como essa abordagem tem sido sempre profundamente enraizada.

Nos países ocidentais (Europa e Estados Unidos), o capital se acumulou no século 19, com a Revolução Industrial, sem quaisquer normas de proteção dos trabalhadores.

À Revolução Industrial se seguiu a revolução bolchevique na Rússia, enquanto na maior parte dos países ocidentais o Reformismo, sustentado também pela Igreja Católica, com a encíclica *Rerum Novarum* de 1891, adotou um aumento gradual da proteção aos trabalhadores.

Em alguns estados, onde os impulsos revolucionários por um rápido aumento dos direitos dos trabalhadores se fizeram mais fortes, surgiram ditaduras, como o fascismo na Itália, que antepuseram os interesses do Estado (ou de uma parte dele) ao conflito social.

(*) Palestra proferida na Pontifícia Universidade Católica do Paraná em 12 de dezembro de 2013. Trad. José Aparecido dos Santos e Reginaldo Melhado.

Chegamos, portanto, a um novo *boom* econômico do pós-guerra dos países da Europa Ocidental, ajudados também pelo Plano Marshall americano.

Mesmo nesse caso, o grande desenvolvimento econômico ocorreu com uma concomitante baixa proteção dos trabalhadores, que, no entanto, foi fortemente aumentada em virtude da agitação social de 1968 e do atingimento de uma prosperidade econômica generalizada.

Na Itália, o “pico” dessa tutela laboral pode ser identificado na aprovação do Estatuto dos Trabalhadores pela Lei n. 300/1970, que contém o “famigerado” artigo 18 (cuja revogação está sendo discutida nestes dias), regulamentando a dispensa do empregado de modo ainda mais protetivo que o previsto na Convenção n. 158 da OIT.

Com a crise do petróleo dos meados dos anos 70, começaram a se registrar as primeiras dissonâncias entre a economia, em recessão, e a tutela dos trabalhadores, em contínua expansão, mas a grande força dos sindicatos italianos impediu que a referida recessão econômica pudesse produzir efeitos prejudiciais aos trabalhadores, impondo, no entanto, que a manutenção dessas proteções, assim como de um elevado padrão de vida, onerassem exclusivamente a dívida pública italiana.

Uma dívida impagável, porquanto necessária para manter a paz social no interior de um país essencial, inclusive geograficamente, no âmbito da Otan, pelo menos até a queda

do Muro de Berlim, em 1989, o que significou o fim da Guerra Fria e o início da economia global.

A partir desse momento, não existiam mais ideologias ou “cortinas” para proteger economias débeis como a italiana. A única regra era o mercado.

Nesse contexto, os países ocidentais, que alcançaram níveis consideráveis de proteção dos direitos dos trabalhadores e de tutela ambiental, tiveram que começar a “competir” com os considerados emergentes, em particular os do sudeste da Ásia, nos quais não há regras de proteção que protejam contra a devastação do meio ambiente ou contra a exploração dos trabalhadores.

O efeito dessa “concorrência desleal” foi, por um lado, a tendência política, no interior dos países ocidentais, de empurrar para baixo o sistema de bem-estar para as novas gerações de trabalhadores, não se dando conta da distância que havia entre a “não proteção” dos trabalhadores chineses ou vietnamitas e

o modelo europeu, o que faz a derrota dessa escolha desde o início, do ponto de vista social e econômico.

Outro efeito foi o de induzir os capitais europeu e norte-americano a buscar “paraísos” onde, em razão do sistema normativo ambiental, tributário e trabalhista, se garantissem maiores taxas de lucros.

Isso foi possível por meio do ícone do “livre-comércio”, que privou os países mais ricos e, portanto, “consumidores”, da única arma à sua disposição para poder impor aos países em desenvolvimento a adoção de um padrão mínimo internacional de garantias para o meio ambiente e para os trabalhadores, vale dizer, os “direitos alfandegários”.

Nessa “corrida para o rebaixamento” nenhum país pode considerar-se seguro, porque, atrás de cada esquina, sempre haverá outro pronto para oferecer ao capital condições ainda melhores. Para usar a terminologia de um famoso técnico de futebol, a tendência continuará a ser a de tentar explorar os países com “zero regras”.

Terceirização nos serviços públicos

Patrícia Pinheiro Silva^(*)

Resumo:

- ▶ O presente estudo visa a analisar o instituto da terceirização em meio ao serviço público. A abordagem do tema foi procedida a partir do método dedutivo, mediante pesquisa doutrinária, especificamente, na seara administrativa, constitucional e trabalhista, bem como do exame da legislação, e da investigação jurisprudencial brasileira aplicável ao estudo. Dentre os aspectos examinados, foram discutidos os aspectos atinentes à terceirização no serviço público, com foco no tratamento jurídico a ser concedido às pessoas jurídicas de direito público. Assim, analisou-se, sob a égide do Direito Público, o que se entende por terceirização, a fim de estabelecer os limites dentro dos quais a prática é tida como lícita. Por fim, foram estudadas as consequências advindas do uso deste método de gestão pela Administração Pública, tanto em casos de utilização lícita, quanto diante da presença da ilicitude.

Palavras-chave:

- ▶ Desestatização — terceirização — serviços públicos.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Considerações sobre os serviços públicos
 - ▶ 2.1. Delimitações conceituais
 - ▶ 2.2. Níveis de gestão do serviço público
- ▶ 3. Terceirização na administração pública — distinções conceituais
- ▶ 4. Escorço histórico da normatização da terceirização na administração pública
- ▶ 5. Limites à terceirização nos serviços públicos
 - ▶ 5.1. Princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público
 - ▶ 5.2. Princípio da legalidade
 - ▶ 5.3. Atividades passíveis de terceirização
 - ▶ 5.4. Vedação à intermediação de mão de obra
 - ▶ 5.4.1. O concurso público e os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade

(*) Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Juspodivm. Especialista em Direito do Estado pelo Juspodivm. Advogada.

- ▶ 5.4.2. Limite de gastos com pessoal
- ▶ 5.5. Princípio da organização funcional da administração pública
- ▶ 6. Consequências da terceirização ilícita
- ▶ 7. Consequências da terceirização lícita: a questão da responsabilidade do estado pelas verbas trabalhistas
 - ▶ 7.1. A violação ao princípio da isonomia
 - ▶ 7.2. A responsabilidade objetiva
 - ▶ 7.3. A responsabilidade subjetiva
 - ▶ 7.4. O princípio da moralidade
 - ▶ 7.5. O princípio da função social do contrato
 - ▶ 7.6. O valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana
- ▶ 8. Considerações finais
- ▶ 9. Referências bibliográficas

1. Introdução

As cíclicas mudanças no modelo de produção não poderiam passar despercebidas pelos Estados do mundo inteiro.

De fato, o novo modelo de acumulação de capital, veio como resposta à Revolução Tecnológica e à velocidade das comunicações ensejada pela Globalização. Calcado na ideia de flexibilidade, o Toyotismo não tardaria a requerer modificações no papel exercido pelo Estado na economia.

Assim, embalados pelos ideais neoliberais, o Estado e a Administração Pública passaram por um forte processo de desestatização, que tem como um de seus expoentes a terceirização, instituto que será objeto deste trabalho.

Desta forma, o presente estudo terá por objetivo dirimir a problemática consubstanciada nos seguintes questionamentos: o que se entende por terceirização nos serviços públicos? Quais os seus limites e consequências? Para tanto, realizaremos uma análise sistemática do ordenamento jurídico administrativo, constitucional e laboral, bem como buscaremos fontes doutrinárias e jurisprudenciais que tratam da matéria.

Cumpramos observar que este artigo terá como foco a terceirização levada a cabo, especificamente, pelas pessoas jurídicas de Direito Público, tendo em vista que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica encontram-se regida pelo Direito Privado, na forma do art. 173, CF, inclusive no que se refere à contratação de serviços.

2. Considerações sobre os serviços públicos

Inicialmente, mister se faz tecer algumas considerações acerca dos serviços públicos para, a partir daí, delimitar a possibilidade de utilização do instituto de terceirização na prestação desses serviços.

2.1. Delimitações conceituais

O conceito de serviço público foi elaborado e disseminado, inicialmente, na França, onde é utilizado para indicar amplamente todas as atividades estatais (JUSTEN FILHO, 2005, p. 478).

No Brasil, contudo, tal acepção é utilizada como linguagem leiga. Nesse sentido, é frequente a utilização do termo “serviço” ou mesmo “serviço público” para designar tudo aquilo

que o Estado faz, ou, pelo menos, toda atividade administrativa por ele desempenhada. Esta concepção ampla abrangia, assim, serviços que, juridicamente, convencionou-se denominar como obras públicas, atividades típicas de “polícia administrativa” e, até mesmo, a exploração estatal de atividade econômica regida eminentemente pelo Direito Privado (neste último caso, adota-se o rótulo “serviço público industrial, comercial ou econômico”) (MELLO, 2010, p. 682).

Sobre o tema, esclarecedoras são as lições de Odete Medauar (2008, p. 313):

A expressão *serviço público* às vezes vem empregada em *sentido muito amplo*, para abranger toda e qualquer atividade realizada pela Administração pública, desde uma carimbada num requerimento, até o transporte coletivo. (...) No sentido amplo da expressão “serviço público” são englobadas também as atividades do Poder Judiciário e do Poder Legislativo (...). Evidente que aí a expressão não se reveste de sentido técnico, nem tais atividades sujeitam-se aos preceitos norteadores da atividade tecnicamente caracterizada como *serviço público*. (grifos da autora)

Entretanto, a amplitude conceitual está indissocialmente ligada à inutilidade do conceito, que perde, portanto, interesse jurídico. Isto porque um conceito amplo não consegue captar adequadamente as características e o regime jurídico aplicáveis ao instituto sob análise. Assim, inconveniências geradas pela utilização de um conceito excessivamente amplo de serviço público têm conduzido a doutrina a propor outros conceitos, agora mais restritos.

Na verdade, como bem ensina Eros Roberto Grau (2007, p. 111) “*serviço público* não é um conceito, mas uma *noção*, plena de *historicidade*”. Citando Sartre, o autor elucida que, enquanto o conceito seria algo atemporal (2007, p. 134), a noção representa um “esforço

sintético para produzir uma ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas” (2007, p. 135). Assim, a noção de serviço público deve ser resgatada na realidade social, em função das vicissitudes das relações entre as forças sociais, entre os interesses do capital e do trabalho (2007, p. 110).

Corroborando esta assertiva, também Hely Lopes Meirelles (2004, p. 320-321) entende que apenas é possível uma definição genérica de serviço público, não sendo possível a indicação das atividades que o constituem, porque estas variam segundo as exigências de cada povo e de cada época. Por isso, o que prevalece é a vontade soberana do Estado, qualificando o serviço como público ou de utilidade pública, para sua prestação direta ou indireta.

Trata-se, portanto, de noção ligada ao papel que, num determinado tempo, certa sociedade decidiu atribuir ao Estado na economia. Nessa linha, conclui Eros Roberto Grau (p. 136):

Serviço Público, assim, na noção que dele podemos enunciar é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) — ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima).

Como se pode notar, Eros Grau restringe a noção de serviço público, ao excluir de seu âmbito de incidência as atividades econômicas em sentido estrito, cujo exercício apenas caberá ao Estado em caráter excepcional, nos termos do art. 173 da Constituição.

Contudo, a noção de serviço público é ainda mais limitada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 671):

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou de comodidade

material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob regime de Direito Público — portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais —, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

No mesmo sentido, Odete Medauar (2008, p. 313) ensina que:

Serviço Público, como um capítulo do direito administrativo, diz respeito à atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo. E refere-se a atividade prestacional, em que o poder público propicia algo necessário à via coletiva, como, por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano. As atividades-meio (por exemplo: arrecadação de tributos, serviços de arquivo, limpeza de repartições, vigilância de repartições) não se incluem na aceção técnica de serviço público.

Apesar de a noção restrita de serviços públicos ser predominante na doutrina brasileira, no presente trabalho, valeremo-nos do seu sentido amplo, a fim de tratar da terceirização na Administração Pública como um todo. Isso porque, como bem salientado por Helder Santos Amorim (2009, p. 90-91), a interpretação constitucional sobre os limites da terceirização no interior de um ente ou órgão público independe da natureza de sua atividade principal, tendo em vista que este é sempre responsável na mesma medida pelo exercício de suas atribuições. Mais importante para a determinação dos limites da terceirização é a definição do regime jurídico a que se encontra submetido o ente público tomador de serviços terceirizados.

2.2. Níveis de gestão do serviço público

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 240-241), a partir das lições de Guglielmi,

destaca os modos de gestão ou administração do serviço público, que compreende questões de organização, funcionamento e direção dos mesmos.

Destarte, distingue três funções:

a) **Gestão estratégica:** função mais elevada, que concerne à direção e estratégia do serviço público. Pertence, obrigatoriamente, a uma pessoa pública titular do serviço, a quem cabe a última palavra quanto à escolha dos objetivos; não se transfere nem mesmo pela concessão de serviço público. Neste ponto, Dora Ramos (2001, p. 119) destaca que a gestão estratégica abrange a competência para “criar e suprimir o serviço público; para escolher seu gestor operacional; para fixar os princípios de organização e de funcionamento expressos no caderno de encargos imposto ao gestor; para controlar a observância desses princípios e sancionar as violações operadas”.

b) **Gestão operacional:** refere-se ao modo de funcionamento e a uma parte da organização, vale dizer concerne às tarefas correntes de regulação (assegura a continuidade, a logística, a resolução dos conflitos, as faltas e as urgências) e de otimização (envolve operações pelo melhor custo, bem como adaptações previstas no quadro jurídico existente) dos serviços. Abrange competências para: regulamentar os laços com os usuários do serviço público, que são seus clientes; regulamentar os laços com os agentes do serviço público, que são seus empregados; dirigir o trabalho de instalação do serviço público, ou, pelo menos, a disposição dessas instalações. Ela é profundamente heterogênea, uma vez que, em certos casos, as regulações são feitas pela pessoa jurídica encarregada da exploração, e as otimizações são decididas pela pessoa pública que possui a direção dos objetivos.

c) **Gestão material:** refere-se ao efetivo desempenho, à execução material das operações de prestação de serviço. Não é caracterizada

por competências, porque a pessoa executante não está normalmente em situação de produzir atos jurídicos para as necessidades do serviço público. Esta função caracteriza-se pela realização material de atividades que não constituem um serviço público em sua inteireza, uma vez que são apenas tarefas anexas a esse serviço. Outrossim, não há vínculo contratual entre o prestador do serviço (mero executante material sem competência para gerir o serviço público) e o público usuário. A atividade é executada em nome do gestor operacional.

3. Terceirização na administração pública — distinções conceituais

Como reflexo dos processos desestatizantes dos últimos anos, cada vez mais prestações de serviços públicos vêm sendo repassadas para a iniciativa privada, por meio dos institutos da concessão e da permissão — formas de descentralização de serviços por colaboração. Da mesma forma, a Administração vem enxugando seus quadros e dinamizando a execução de suas atividades mediante a contratação de terceiros, vale dizer, por meio da terceirização.

Neste ponto, mister se faz conceituar o que se entende por terceirização na Administração Pública, distinguindo-a das chamadas concessões e permissões de serviços públicos.

A terceirização ou locação de serviços, na Administração Pública, atualmente é disciplinada pela Lei n. 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública). Constitui-se numa das formas pela qual o Estado busca parceria com o setor privado para a realização de suas atividades. Por meio dela, atividades de apoio ou meramente instrumentais à prestação do serviço público são repassadas para empresas privadas especializadas, a fim de que o ente público possa melhor desempenhar suas competências institucionais.

A própria Lei n. 8.666/1993 define “serviços” como a atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração

(art. 6º, II). Assim, o serviço objeto de terceirização é uma tarefa prestada pelo particular imediatamente à Administração para satisfação dos interesses desta em apoio ao exercício de suas atribuições. Apenas de forma mediata, o serviço é prestado à comunidade, através do ente público contratante, beneficiário direto da prestação (AMORIM, 2009, p. 97).

Em verdade, trata-se de nova terminologia adotada para designar fórmulas há muito utilizadas pela Administração Pública, que, contudo, retornou impregnada da nova ideologia neoliberal. “A terceirização é vocábulo emprestado à vida empresarial para designar os antigos contratos de obras, serviços e fornecimentos, desde longa data utilizados pela Administração Pública.” (PIETRO, 2005, p. 19).

De logo, portanto, percebe-se uma distinção entre a terceirização e as concessões ou permissões de serviços públicos, referente ao seu objeto. É que serviços públicos jamais podem ser integralmente terceirizados, pois a locação de serviços refere-se apenas à execução material de atividades específicas.

Essa interpretação decorre do quanto disposto no art. 175 da Constituição de 1988, *in verbis*: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

A respeito do tema, Maria Sylvania Di Pietro (2005, p. 239) entende que:

A concessão tem por objeto um serviço público; não uma determinada atividade ligada ao serviço público, mas todo o complexo de atividades indispensáveis à realização de um específico serviço público, envolvendo a gestão e a execução material (...). A Administração transfere o serviço em seu todo, estabelecendo as condições em que quer que ele seja desempenhado; a concessionária é que vai ter a alternativa de terceirizar ou não determinadas atividades materiais ligadas ao objeto da concessão. A locação de serviços tem por objeto determinada atividade que

não é atribuída ao Estado como serviço público e que ele exerce apenas em caráter acessório ou complementar da atividade-fim, que é o serviço público.

Dessa maneira, na terceirização, a Administração Pública apenas transfere a execução material de determinadas atividades, ao passo que as concessionárias e permissionárias de serviços públicos também recebem a gestão operacional.

Outrossim, segue a autora (2005, p. 241), distinguem-se quanto à forma de remuneração, tendo em vista que a remuneração das concessionárias é feita pelos usuários dos serviços e pelas formas alternativas, complementares, acessórias ou decorrentes de projetos associados, previstas nos arts. 11 e 18, VI, da referida Lei n. 8.987/2004. Já na terceirização, a remuneração é inteiramente paga pelo Poder Público ou pelo gestor operacional.

Cumpra observar que essa distinção restou mitigada, em face do advento da Lei n. 11.079/2004, que passou a prever a figura da parceria público-privada, espécie de concessão de serviço público que permite a remuneração da empresa parceira pelo Poder Público.

Maria Sylvia Di Pietro (2005, p. 242), ainda, traz a distinção quanto às prerrogativas públicas, que apenas são transferidas para a concessionária, não para a empresa terceirizada. Isso porque a concessionária assume a posição do poder concedente na prestação do serviço público concedido, ao passo que a terceirizada é mera executora material de uma atividade que é prestada para a Administração e não para os usuários do serviço público (perante o usuário, é a Administração que aparece como prestadora do serviço).

Por fim, os institutos diferenciam-se quanto ao poder de intervenção na concessão de que goza o poder concedente, em caso de descumprimento do contrato por parte da concessionária (arts. 32 a 34, Lei n. 8.987/2004). Na terceirização, o Poder Público poderá rescindir o contrato, o que apenas acarretará as seguintes consequências: assunção imediata do objeto do contrato;

ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade; execução da garantia contratual; retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração (art. 80, Lei n. 8.666).

Ratificando as distinções elencadas, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 703) leciona:

(...) Nos simples contratos de prestação de serviço, o prestador do serviço é simples executor material para o Poder Público contratante. Daí que não lhe são transferidos poderes públicos. Persiste sempre o Poder Público como o sujeito diretamente relacionado com os usuários e, de conseguinte, como responsável direto pelos serviços. O usuário não entretém relação jurídica alguma com o contratado-executor material, mas com a entidade pública à qual o serviço está afeto. Por isto, quem cobra pelo serviço prestado — e o faz para si próprio — é o Poder Público. O contratado não é remunerado por tarifas, mas pelo valor avençado com o contratante governamental. Em suma: o serviço continua a ser prestado diretamente pela entidade pública a que está afeto, a qual apenas se serve de um agente material. Já na concessão, tal como se passa igualmente na permissão — e em contraste com o que ocorre nos meros contratos administrativos de prestação de serviços, ainda que públicos —, o concedente se retira do encargo de prestar diretamente o serviço e transfere para o concessionário a qualidade, o título jurídico, de prestador do serviço ao usuário, isto é, o de pessoa interposta entre o Poder Público e a coletividade.

Observe-se, por fim, que, em qualquer hipótese, a gestão estratégica do serviço público sempre remanescerá com o Poder Público. Aliás, como ensina Moreira Neto (1993, p. 32), essa é a tendência do Estado atual, que vai perdendo o monopólio da execução administrativa e a administração dos interesses públicos,

para se concentrar na sua direção, bem desempenhando o monopólio da decisão administrativa.

4. Escorço histórico da normatização da terceirização na administração pública

Em meio à proposta de Reforma Administrativa na área Federal, o Decreto-lei n. 200, de 1967 foi o primeiro diploma normativo a tratar da terceirização, tratando da matéria no seu art. 10, § 1º, alínea c, c/c § 7º.

Neste momento, foi permitida a contratação de empresas para a realização material de tarefas executivas, “de interesse direto da administração pública (v. g., o serviço de limpeza de prédio público), figura designada pela norma, em outras passagens, como “contratação indireta ou contratação de serviços”, objeto específico desta obra (AMORIM, 2009, p. 104).

Observe-se que foi permitida a contratação de serviços e não o mero fornecimento de mão de obra, de sorte que a Administração Pública poderia contratar terceiros para a realização de tarefas executivas. Trata-se claramente de terceirização, cessão de tarefas ou serviços a serem realizados autonomamente por empresas capacitadas tecnicamente (especializadas). (CARELLI, 2003, p. 117)

Vale ressaltar que, neste momento, vigorava um paradigma de administração pública centralizadora e burocrática, o que, nas palavras de Helder Amorim (2009, p. 104-105):

(...) confere à norma em apreço um aspecto “despreocupadamente” exortativo da contratação de tarefas internas do setor público ao setor privado, com finalidade estritamente organizacional, num cenário político que não representava qualquer risco de abuso privatista. (...) No paradigma administrativo da época, a preocupação maior do governo militar residia na desburocratização dos processos de decisão na administração pública direta e no controle operacional e financeiro das empresas estatais. O grande desafio da

época era flexibilizar a administração dessas empresas para atribuir maior operacionalidade e reduzir custos nas atividades econômicas do Estado.

Não há que se falar, ainda, na utilização das terceirizações como instrumento a serviço da desestatização, o que somente ocorreria mais tarde, sob as influências da ideologia neoliberal.

Posteriormente, a Lei n. 5.645, de 10 de dezembro de 1970, veio a exemplificar algumas das atividades meramente executivas passíveis de terceirização, ao dispor que “as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato” (art. 3º, parágrafo único⁽¹⁾).

Como se vê, trata-se de rol exemplificativo, mas cuja extensão encontra limites no ponto comum que se pode extrair da lei, qual seja, a necessidade de que tais atividades digam respeito a atividades de apoio, instrumentais, atividades-meio (DELGADO, 2009, p. 411).

Atente-se que, em 30 de setembro de 1986, foi editado o Enunciado n. 256 do TST, que restringia a licitude da terceirização na iniciativa privada às duas hipóteses legalmente previstas (trabalho temporário e vigilância bancária). Por outro lado, a legislação federal incitava a mesma prestação de serviços em atividades instrumentais e de apoio administrativo no âmbito do Poder Público. Esta diversidade de tratamentos entre o Poder Público e o particular repercutiu numa diferença de tratamento interno à própria Administração Pública, entre os entes com personalidade jurídica de Direito Público (regidos pela Lei n. 5.645/1970), e as empresas estatais exploradoras de atividade econômica (regidas pelo Direito do Trabalho na forma do art. 173, CF) (AMORIM, 2009, p. 120)

(1) Este parágrafo encontra-se revogado pela Lei n. 9.527, de 1997.

Em 21 de novembro de 1986, foi publicado o Decreto-lei n. 2.300, disciplinando as licitações e contratos no âmbito da Administração Federal. O referido Decreto-lei trazia previsão expressa da possibilidade de regime de execução indireta de obras e serviços (art. 9º, II).

A Constituição de 1988, no inciso XXI do art. 37, trouxe o fundamento para a contratação de serviços, ao incluí-los, expressamente, entre os contratos dependentes de licitação. “É evidente que o intuito do legislador não foi o de inovar — pois tais contratos sempre foram celebrados —, mas o de tornar expresso que a licitação é obrigatória, inclusive para as entidades da Administração indireta” (PIETRO, 2005, p. 236).

A fim de dar cumprimento ao inciso XXI do art. 37 da Constituição, o legislador editou, em 21 de junho de 1993, a Lei n. 8.666, instituindo normas sobre licitações e contratos da Administração Pública. Numa redação semelhante à trazida pelo Decreto-lei n. 2.300/1986, permitiu o regime de execução indireta de obras e serviços (art. 10, II).

Marçal Justen Filho (2009, p. 125-126) distingue os regimes de execução:

A execução direta verifica-se quando a obra ou serviço é executado pela própria Administração. A Lei acrescentou a expressão “pelos próprios meios” ao conceito existente no Decreto-lei n. 2.300/1986. Desse modo, deixou claro que a execução direta envolve também o instrumental da Administração. No caso de execução direta, a Administração direta não necessitaria, em princípio, do concurso de terceiros. Logo, não caberia cogitar de contratação administrativa (portanto, nem de licitação). (...) As obras e serviços podem desenvolver-se sob regime de execução indireta. A responsabilidade pelo cumprimento das prestações é assumida por um terceiro, que é juridicamente o realizador da obra ou prestador do serviço. A execução indireta se faz sob a modalidade básica da empreitada.

No seu art. 6º, inciso II, a Lei define serviços como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração”, e, a seguir, exemplifica as atividades de: “demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.”

A devida interpretação da norma enseja a delimitação dos serviços passíveis de terceirização.

É que, conforme defende Helder Amorim (2009, p. 129), a Lei refere-se à “utilidade de interesse da administração”, ou seja, a um resultado a ser obtido por meio da atividade contratada. Daí decorrem duas consequências: a) não se trata de descentralização de serviços por colaboração, já que nesta as empresas privadas assumem a prestação de serviços públicos como um todo, diretamente ao usuário; b) tendo em vista que a contratação visa a um “resultado”, afasta-se a contratação de serviços de mero fornecimento de mão de obra.

Outrossim, conclui o autor (2009, p. 129), uma interpretação dedutiva a partir da exemplificação que consta na Lei, permite qualificar as atividades terceirizáveis como aquelas meramente instrumentais e não burocráticas.

Nesse diapasão, influenciado pelo avanço da legislação federal e, até mesmo, da pressão exercida pelo capital e pela própria doutrina trabalhista, o TST, em dezembro de 1993, editou o Enunciado n. 331, calcado na distinção entre mero fornecimento de mão de obra e a verdadeira terceirização. A partir daí, passou-se a admitir a terceirização nas atividades-meio e, conseqüentemente, o Tribunal estendeu para as empresas estatais o tratamento até então apenas concedido às Pessoas Jurídicas de Direito Público.

A década de 1990, no Brasil, iniciou um período de assunção pelos governantes das políticas neoliberais, entre as quais se encontra o enxugamento do quadro de pessoal, por meio,

inclusive, de processos de terceirização. Tem início, portanto, um período de relevante disseminação do instituto do setor público — em muitos casos, diga-se, violando-se os preceitos legais que apenas admitiam a terceirização em atividades de apoio ou instrumentais.

Em face das distorções na aplicação da legislação federal ensejada pela utilização em massa do instituto da terceirização de serviços para camuflar verdadeira intermediação de mão de obra, foi posto na ordem jurídica nacional o Decreto n. 2.271/1997, que traz óbices ao desvirtuamento da contratação de serviços pela Administração Pública (CARELLI, 2003, p. 117).

Com efeito, o art. 4º do referido Decreto vedou a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitissem: a caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra (inciso II); e a subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante (inciso IV).

Na mesma linha, o Decreto expressamente dispõe que:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Saliente-se que o § 1º desse artigo traz uma lista não exaustiva de serviços que são considerados materiais, acessórios, instrumentais

ou complementares dos órgãos ou entidades da Administração Pública Federal, de modo que, quanto a estes, a execução indireta não só é possível como é desejável (LIMA, 2007, p. 65).

5. Limites à terceirização nos serviços públicos

Dado o avanço indiscriminado do uso das práticas terceirizantes no serviço público, inclusive contrariando, muitas vezes, a legislação que trata da matéria, passaremos a verificar os limites traçados pelo ordenamento jurídico para além dos quais se configura a terceirização ilícita.

5.1. Princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público

O regime jurídico de direito público, que rege o direito administrativo, caracteriza-se pela supremacia e indisponibilidade do interesse público.

A supremacia do interesse público implica a sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade, de tal forma que os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. Por sua vez, a indisponibilidade do interesse público indica a impossibilidade de sacrifício ou transigência pelo agente público quanto ao cumprimento do interesse público, vale dizer, o agente é um servo do interesse público (JUSTEN FILHO, 2005, p. 35).

Observe-se que o interesse público não pode ser confundido com interesse do aparato estatal, mas deve estar sempre relacionado com os interesses da coletividade, com o atendimento do bem comum.

Especificamente quanto ao tema do presente trabalho, os contratos administrativos entre entidade pública e terceiros — entre os quais se enquadram os contratos de prestação de serviços ou terceirização —, destacam-se pela circunstância de sua disciplina jurídica sofrer o influxo de um interesse público qualificado a ser, por via delas, satisfeito (MELLO, 2010, p. 621).

Dito isto, cumpre à Administração Pública, nas contratações de prestadoras que efetuar, verificar se há, de fato, interesse público que justifique a terceirização de atividades que, a princípio, foram incluídas no seu rol de competência (LUDWIG, 2007, p. 35).

Assim, o Estado deverá perquirir se a terceirização irá: a) permitir que os entes e órgãos da administração pública possam concentrar-se (DL n. 200/1967, art. 10, § 2º) nas atividades nodais de suas competências para delas melhor desincumbir-se (DL n. 200/1967, art. 10, § 7º); (b) impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa (DL n. 200/1967, art. 10, § 7º); e c) promover a economicidade e melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis (Decreto n. 2.271/1997, art. 2º, III). (AMORIM, 2009, p. 94).

Apenas se viável o cumprimento dos objetivos legais e, portanto, do próprio interesse público, deverá o Estado optar pela terceirização.

Cumpre observar, ainda, que a eficiência da atividade não é mensurada exclusivamente pela redução de custos. “Justamente por cuidar-se de administração do interesse público, que por definição conjuga os anseios de uma coletividade, inexistente o intuito de lucro, de forma que se admite até a operação deficitária de determinadas atividades.” O fato é que existem custos sociais inerentes à atuação do Estado, que não podem deixar de ser atendidos e, por isso, a análise da melhor forma de atender o interesse social deve ser feita com muita cautela (RAMOS, 2001, p. 161).

Por outro lado, como bem salienta Helder Amorim (2009, p. 76), a crescente presença no interior da máquina estatal, por meio de empresas terceirizadas, não pode constituir fator de predomínio do capital privado sobre interesses sociais. Salientando os riscos da terceirização, o autor informa:

Por meio da terceirização, o capital se organiza estrategicamente em todos os vieses da

máquina estatal na defesa dos interesses de mercado, em privilégio de camadas empresariais muito restritas da sociedade, acentuando o ambiente propício à promiscuidade entre o público e o privado, e aprofundando o caráter patrimonialista das relações entre os governos e as elites econômicas. O corporativismo das elites burocráticas, de servidores públicos privilegiados, firmemente combatido pela Reforma do Aparelho de Estado, acaba substituído pelo corporativismo das empresas empreiteiras, prestadoras de serviços, não menos agressivo na colonização privada do espaço estatal.

Dessa forma, a prática da terceirização no serviço público deve ser condicionada pela realização de finalidades de interesse público, subordinando-se à contratação e consequente inserção de particulares no seio da Administração ao atendimento, também por parte dos entes privados, do bem comum.

5.2. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade vem expresso no art. 37, *caput*, da Constituição de 1988, a ele devendo respeito toda a Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Por sua vez, a Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade, o que implica dizer que ela só pode fazer aquilo que a lei permite (PIETRO, 2008, p. 63).

No que concerne ao instituto da terceirização realizada pelas pessoas jurídicas de Direito Público, Helder Amorim (2009, p. 93-94) a vislumbra como uma técnica de organização administrativa de que se valem os órgãos e entes públicos, para obterem auxílio da iniciativa privada no exercício de suas competências, quando estas estiverem relacionadas a tarefas de apoio administrativo legalmente autorizadas.

A contratação se manifestará por meio de um contrato de Direito Administrativo, ato este com conteúdo fortemente vinculado à lei e à Constituição, a serviço das finalidades estatais — daí o seu fundamento estatutário e institucional, como produto do Direito que lhe concebe e antecede.

Assim, a terceirização no serviço público apenas é admitida nos estritos moldes legais, em consonância com o princípio da legalidade.

5.3. Atividades passíveis de terceirização

Conforme explicitamos no item 4, a Lei n. 8.666 trouxe a definição daquilo que entende por serviços passíveis de terceirização. Fixou, então, em seu art. 6º, que se trataria de “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração”, e, a seguir, exemplifica as atividades de: “demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.”

A partir da interpretação da norma, pudemos perceber que a lei define serviços como um resultado a ser obtido por meio da atividade contratada — “atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração”, nos termos da lei.

Neste ponto, traçamos as nossas primeiras delimitações dos serviços passíveis de terceirização, no sentido de que: a) não se trata de descentralização de serviços por colaboração, já que nesta as empresas privadas assumem a prestação de serviços públicos como um todo, diretamente ao usuário; b) tendo em vista que a contratação visa a um “resultado”, afasta-se a contratação de serviços de mero fornecimento de mão de obra.

Por outro lado, uma interpretação dedutiva a partir do rol de atividades elencados na Lei, permite qualificar as atividades terceirizáveis como aquelas meramente instrumentais e não burocráticas. Este entendimento foi ratificado pelo Decreto n. 2.271, que dispôs *in verbis*:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

É de se notar, portanto, que a legislação federal adotou a distinção doutrinária entre atividade-fim e atividade-meio, apenas admitindo a terceirização destas últimas.

Com base nessa distinção, a doutrina (ALEXANDRINO; PAULO, 2010, p. 636-637) propõe uma classificação interessante dos serviços prestados pelo Estado:

a) Serviços públicos administrativos: trata-se de atividades internas da administração pública, as suas atividades-meio. Abrange todas as atividades que beneficiam indiretamente a coletividade ao proporcionar um adequado funcionamento dos órgãos públicos e entidades administrativas, ainda que não representem uma prestação diretamente fruível pela população. São atividades preparatórias que visam a assegurar uma eficiente prestação dos serviços diretamente fruíveis pela população.

Assim, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1993, p. 36) entende que “atividades administrativas instrumentais são as que se referem à satisfação concreta, direta e imediata dos interesses públicos atinentes ao próprio Estado. Esses são os interesses públicos secundários, ou derivados, para o atendimento dos quais o Estado se organiza”.

Odete Medauar (2008, p. 313) exemplifica tais atividades-meio, como: arrecadação de tributos, serviços de arquivo, limpeza de repartições, vigilância de repartições, etc.

Por outro lado, “atividades administrativas finalísticas são as que se referem à satisfação concreta, direta e imediata dos interesses públicos atinentes à sociedade. Esses são os interesses públicos primários, para o atendimento dos quais se justifica a própria existência do Estado” (MOREIRA NETO, 1993, p. 36).

Seguindo em nossa classificação, entendemos que as atividades-fim do Estado, ou seja, atividades prestacionais diretamente voltadas aos administrados, dividem-se em serviços públicos sociais e serviços públicos econômicos. Vejamos:

b) Serviços públicos sociais: são todos os serviços que correspondam a atividades elencadas no art. 6º, e ao Título VIII da Constituição (v. g., educação, saúde, assistência social etc). Sua prestação é obrigatória pelo Estado, que o fará como serviço público, sob regime de direito público. Observe-se que tais atividades não são de titularidade exclusiva do Estado, de tal forma que os particulares poderão prestá-los complementarmente, como *serviços privados* e independentemente de delegação.

c) Serviços públicos econômicos, comerciais ou industriais: são espécies de atividades econômicas em sentido amplo, o que enseja a possibilidade de serem explorados com intuito lucrativo (v. g., serviços de telefonia, de fornecimento de energia elétrica, de fornecimento domiciliar de gás canalizado etc). Ocorre que o legislador entendeu por inseri-las entre as atividades de titularidade exclusiva do Estado, que poderá exercê-las diretamente ou mediante delegação a particulares — ou seja, sob regime de concessão ou permissão (art. 175 da CF/88).

Pelo exposto, verifica-se que apenas o objetivo da terceirização restringe-se ao repasse a empresas privadas especializadas de determinadas atividades-meio ou atividades executivas e burocráticas de apoio (serviços administrativos), realizadas no âmbito interno da Administração Pública, a fim de que o ente

ou órgão público possa se empenhar nas suas competências finalísticas dispostas em lei.

A terceirização realizada em atividades centrais da competência dos entes públicos enseja uma dimensão político-desestatizante ilegítima, fruto de abuso de poder do administrador, que, ao promover a invasão da iniciativa privada no setor público, viola a própria competência. O desvio de objeto contratual e da finalidade do instituto da terceirização viola o regime institucional da contratação de serviços na Administração Pública (AMORIM, 2009, p. 101).

5.4. Vedação à intermediação de mão de obra

A Lei de Licitações e Contratos administrativos, ao dispor sobre os serviços passíveis de terceirização, os define como atividades destinadas a obter determinada utilidade de interesse para a Administração (art. 6º, II).

Destarte, verifica-se que a lei elege como objeto da terceirização a busca por um resultado, a ser obtido por meio da atividade contratada. Disso decorre a inviabilidade de contratação de serviços de mero fornecimento de mão de obra.

Em face das distorções na aplicação da legislação federal ensejada pela utilização em massa do instituto da terceirização de serviços como verdadeira intermediação de mão de obra, foi posto na ordem jurídica nacional o Decreto n. 2.271/1997, disciplinando a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Nesse Decreto, há claras disposições para evitar o desvirtuamento da contratação de serviços pela Administração Pública (CARELLI, 2003, p. 117).

Com efeito, o art. 4º do referido Decreto vedou a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitissem: a caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra (inciso II) ou a subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante (inciso IV).

A proibição à locação de mão de obra encontra fundamento em diversos dispositivos constitucionais, que serão analisados a seguir.

5.4.1. O concurso público e os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade

Desde a Constituição de 1988, a aprovação em concurso público foi adotada como condição para a investidura em cargos ou empregos públicos, na forma do art. 37, inciso II, em obediência aos princípios da impessoalidade e da moralidade.

A impessoalidade, enquanto princípio constitucional expresso que rege a Administração Pública brasileira (art. 37, *caput*, da Constituição), significa a necessária ausência de subjetividade do administrador público no desempenho de suas tarefas. Vale dizer, trata-se de uma imposição lógica dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, que vedam ao administrador a busca de interesses pessoais, próprios ou de terceiros no exercício de suas competências.

Em um de seus aspectos, o princípio da impessoalidade impede que a Administração proceda a discriminações entre os administrados, a fim de lhes beneficiar ou prejudicar. Consubstancia-se em uma faceta do princípio da igualdade, no sentido de que o Estado deve sempre observar a isonomia no tratamento dos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica.

Por outro lado, por meio do princípio da moralidade, busca-se a adequação da conduta do agente público aos “padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé” (Lei n. 8.112, art. 2º, parágrafo único, inciso IV).

Nas lições de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2010, p. 195-196):

O princípio da moralidade torna jurídica a exigência de uma atuação ética dos agentes da Administração Pública. A denominada moral administrativa difere da moral comum, justamente por ser jurídica e pela possibilidade de invalidação dos atos administrativos que sejam praticados com inobservância deste princípio. (...) A doutrina enfatiza

que a moralidade administrativa independe da concepção subjetiva (pessoal) de conduta moral, ética, que o agente público tenha; importa, sim, a noção objetiva, embora indeterminada, passível de ser extraída do conjunto de normas concernentes à conduta de agentes públicos, existentes no ordenamento jurídico.

Assim, o princípio da moralidade será transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado, de tal forma que deverá o agente público cumprir a legalidade atendendo a uma expectativa ética da sociedade (MELLO, 2010, p. 120).

Ora, ao celebrar contratos com mero intuito de conseguir mão de obra, em flagrante violação à regra constitucional que determina a realização de concursos públicos, a Administração viola, simultaneamente, os princípios da impessoalidade e da moralidade.

A fraude inviabiliza o livre acesso democrático aos quadros da Administração Pública pelos indivíduos que preenchem os requisitos necessários à sua ocupação, favorecendo o nepotismo e o apadrinhamento (LUDWIG, 2007, p. 22).

Observe-se que, mesmo que seja realizado procedimento licitatório para a contratação da empresa terceirizada, os princípios constitucionais em análise continuarão a serem vilipendiados.

É que, apesar de a licitação ser regida pelos princípios da publicidade e da escolha da proposta mais vantajosa, “uma vez eleito o vencedor do certame, o administrador poderá a seu talento, por exemplo, em nome de uma relação harmoniosa para a execução contratual, pleitear a contratação pela terceirizada de pessoas por ele indicadas” (RAMOS, 2001, p. 160).

O procedimento licitatório, portanto, “não impede as ingerências dos administradores na escolha dos trabalhadores terceirizados” (AMORIM, 2009, p. 77).

Ademais, a exigência de concurso público tem a finalidade de evitar que o político, valendo-se de sua qualidade de administrador, cause danos ao interesse público, com as constantes trocas de servidores a cada gestão. Na mesma linha, a intermediação traz consigo um interesse eleitoral, tendo em vista que o político passa a ter famílias inteiras a depender dos contratos firmados com as empresas terceirizadas; assim, há uma garantia de inúmeros votos pelo medo de perda do posto de trabalho em caso de o candidato da oposição sair vencedor (MAIOR, 2005, p. 104-105).

Atente-se que a ilicitude é agravada pela impossibilidade de reconhecimento do vínculo de emprego com a Administração, em função da necessidade de concurso público para tanto, o que implica conferir-se tratamento vantajoso à ilicitude (LORA, 2008, p. 101).

5.4.2. Limite de gastos com pessoal

O art. 169 da Constituição estabelece restrições para a o gasto do administrador com despesas relativas a recursos humanos, que não poderá exceder os limites fixados em lei complementar.

A fim de regulamentar o dispositivo, foi editada a Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que fixou limites percentuais para a despesa com pessoal (art. 19).

Para evitar que os maus administradores, em verdadeiro ato de desvio de poder, utilizassem-se de falsas terceirizações para burlar as restrições legais, o legislador determinou que os valores dos contratos de terceirização de mão de obra, que se referissem à substituição de servidores e empregados públicos, seriam contabilizados como “outras despesas de pessoal”.

Neste ponto, Maria Sylvia Di Pietro (2005, p. 237) critica os termos em que o dispositivo foi redigido, uma vez que, aparentemente, ele admitiria a possibilidade de contratos de terceirização de mão de obra.

Contudo, segue a autora (2005), uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico

permite inferir que, sendo inadmissível o contrato de fornecimento de mão de obra, se celebrado, a despesa correspondente será levada em consideração para fins de cálculo das despesas com pessoal. Assim, entende-se que o legislador não tratou da licitude da terceirização, mas apenas das consequências de sua prática para fins de responsabilidade fiscal.

Por outro lado, havendo terceirização lícita, as despesas do contrato não estarão abrangidas pelas limitações da lei, tendo em vista que o objeto do pacto foi um resultado ou atividade.

Esse entendimento foi acatado pelo legislador que, numa verdadeira interpretação autêntica, conferiu a seguinte redação ao art. 64 da Lei n. 9.995/2000 (Lei de Diretrizes Orçamentárias da União):

Art. 64. O disposto no § 1º do art. 18 da Lei Complementar n. 101, de 2000, aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, independentemente da legalidade ou validade dos contratos.

Parágrafo único. Não se considera como substituição de servidores e empregados públicos, para efeito do *caput*, os contratos de terceirização relativos a execução indireta de atividades que, simultaneamente:

- I – sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade;
- II – não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou quando se tratar de cargo ou categoria extinto, total ou parcialmente.

Assim, entendeu o legislador que a substituição de gastos com pessoal próprio pela contratação de terceiros corresponde a um arranjo orçamentário, que não atende à finalidade da norma legal de conduzir o administrador a reduzir os gastos da máquina com pessoal e direcionar os dispêndios para o setor de investimentos. “A regulação da matéria na Lei de Responsabilidade Fiscal é uma tentativa de

evitar subterfúgios que comprometam o objetivo de equilíbrio das contas públicas.” A solução encontrada foi incluir no limite de gastos com pessoal as intermediações de mão de obra (RAMOS, 2001, p. 153).

5.5. Princípio da organização funcional da administração pública

A Administração Pública possui natureza institucional, vale dizer, corresponde a um conjunto de pessoas que atua de modo organizado, permanente e contínuo, conforme regras específicas e comprometida com a promoção de valores fundamentais (JUSTEN FILHO, 2005, p. 565).

Segundo Helder Amorim (2009, p. 105), esta concepção retrata a administração pública como uma “organização funcional”.

Nesse diapasão, o princípio da organização funcional da administração pública encontra respaldo constitucional. É que o Brasil constituiu-se em um Estado Democrático (art. 1º, *caput*, CF/1988), o que demanda que as funções públicas sejam exercidas “por pessoas físicas integradas de modo permanente nas instituições estatais, sujeitas a um regime jurídico que lhes imponha e assegure atuação orientada à realização do direito”. A profissionalização garante a neutralização dos agentes públicos contra influências indevidas dos poderosos ou da própria massa popular (JUSTEN FILHO, 2005, p. 566).

Essa concepção institucional da Administração Pública, calcada num conjunto uniforme de sujeitos, permite que dela se extraia uma identidade que se prolonga no tempo, independentemente dos ocupantes dos cargos ou empregos públicos. Disso decorre a formação de regras e costumes, de padrões de conduta que se impõem a seus integrantes, gerando uma linha de continuidade na Administração e proporcionando aos administrados maior segurança jurídica (JUSTEN FILHO, 2005, p. 566).

Ocorre que a utilização da terceirização, ao invadir competências centrais dos órgãos e

entes públicos, dinamiza “o movimento de desregulamentação institucional e de desprofissionalização do serviço público, concorrendo para liquidar funções e esgotar planos de carreiras indispensáveis ao exercício das responsabilidades estatais”. Assim, resta vulnerabilizado o princípio constitucional da organização funcional da Administração Pública, que demanda um quadro próprio de servidores, organizado e profissionalizado, para o exercício permanente das atividades concretizadoras do interesse público (AMORIM, 2009, p. 20).

Observe-se, contudo, que nem mesmo todas as atividades materiais acessórias podem ser “indistintamente terceirizadas, notadamente se na estrutura administrativa do Poder Público existirem cargos legalmente criados que se destinem a atender àquelas necessidades específicas” (RAMOS, 2001, p. 130).

É que, “se a lei criou cargos ou funções para serem preenchidos por servidores públicos, foi por entender que aquelas atividades, pela sua relevância, demandam a existência de servidores regidos por um regime jurídico específico”, apto a impor-lhes deveres e garantias necessários à salvaguarda da coletividade. Assim, não poderá o administrador, sem prévia autorização legal, deixar de prover aqueles cargos mediante a realização de concurso público, contratando com terceiros o desenvolvimento das atividades, sob pena de violação do princípio da legalidade (RAMOS, 2001, p. 134-135)

Nessa linha, ensina José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 11):

Representando compartimentos internos da pessoa pública, os órgãos públicos não são livremente criados e extintos pela só vontade da Administração. Tanto a criação como a extinção dos órgãos dependem de lei, e nesse sentido dispõe a vigente Constituição quando inclui a exigência na relação das denominadas “reservas legais”, matérias cuja disciplina é reservada à lei (...).

Com efeito, o art. 48, inciso X da Constituição remete ao Congresso Nacional a competência para criar, transformar e extinguir cargos e empregos públicos. Esta competência apenas é excepcionada pelo art. 84, inciso VI, alínea *b*, da Constituição, que atribui ao Presidente competência privativa para extinguir funções ou cargos públicos, “quando vagos”.

Acatando os fundamentos doutrinários e legislativos *supra*, o Decreto n. 2.271/1997 expressamente dispôs, no seu art. 1º, § 2º:

Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Observe-se que, na forma do decreto, existe a possibilidade de que cargos apenas parcialmente extintos tenham suas funções exercidas parte por servidores de carreira e parte por terceirizados. Isso permite a transição do sistema de cargos para o sistema de funções terceirizadas (AMORIM, 2009, p. 125).

6. Consequências da terceirização ilícita

Quando a terceirização for tida como ilícita, o contrato será nulo em função do princípio trabalhista da primazia da realidade e da incidência do art. 9º da CLT⁽²⁾. Desta forma, o vínculo jurídico empregatício será formado diretamente com o tomador dos serviços, que responderá diretamente pelo adimplemento das verbas trabalhistas, na forma da Súmula n. 331 do TST.

Contudo, o mesmo raciocínio não pode ser aplicado à Administração Pública.

É que a Constituição de 1988 adotou a aprovação em concurso público como condição para a investidura em cargos ou empregos

(2) Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

públicos, sob pena de nulidade da contratação (art. 37, inciso II e § 2º).

Essa posição foi expressamente acatada pelo Tribunal Superior do Trabalho, no item II da Súmula n. 331, *in verbis*: “a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).”

Apesar de não se reconhecer o vínculo de emprego, vem prevalecendo na doutrina e na jurisprudência o entendimento segundo o qual o ilícito não pode ensejar o enriquecimento ilícito do Estado, que já foi beneficiado pela prestação do labor.

Diante da impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, Godinho Delgado (2009, p. 425) entende que:

O afastamento desses efeitos antijurídicos da terceirização ilícita suporia assegurar-se ao trabalhador terceirizado todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao empregado estatal direto que cumprisse a mesma função no ente estatal tomador dos serviços. Ou todas as verbas trabalhistas legais e normativas próprias à função específica exercida pelo trabalhador terceirizado junto ao ente estatal beneficiado pelo trabalho. Verbas trabalhistas apenas — sem retificação, contudo, de CTPS quanto à entidade empregadora formal, já que este tópico é objeto de expressa vedação constitucional. Nesse instante, não há que se claudicar quanto à comunicação e isonomia remuneratórias: trata-se, afinal, do único mecanismo hábil a propiciar que o ilícito trabalhista não perpetre maiores benefícios a seu praticante (art. 156, CCB/1916; arts. 186 e 927, *caput*, CCB/2002). O empregador formal (entidade terceirizante) responderia, em primeiro plano, pelas verbas derivadas da isonomia e comunicação remuneratórias. Iria responder, subsidiariamente, por tais verbas, a entidade estatal tomadora dos

serviços, na linha já autorizada pela Súmula n. 331, IV do TST (...).

Desta forma, os direitos trabalhistas deveriam ser integralmente adimplidos pela empresa prestadora de serviços. Em caso de inadimplemento, contudo, será atribuída a responsabilidade subsidiária ao ente público.

Atente-se, por fim, que o administrador que celebrar contratos de terceirização ilícita será responsabilizado civil, administrativa e criminalmente, bem como sujeitar-se-á às penas da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992).

7. Consequência da terceirização lícita: a questão da responsabilidade do Estado pelas verbas trabalhistas

Nas terceirizações realizadas entre entes privados, a doutrina e a jurisprudência trabalhistas pacificaram o entendimento de que há responsabilidade subsidiária do tomador de serviços em caso de inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços.

Atualmente, a discussão que ainda se trava refere-se à responsabilidade do tomador de serviços quando este for uma pessoa jurídica de direito público.

É que o art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/1993 expressamente impede a transferência à Administração Pública dos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora, nos seguintes termos:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.

Com base nessa norma, a doutrina administrativista vem rejeitando qualquer possibilidade de repasse de responsabilidade ao ente público, em caso de terceirização lícita. Este é o entendimento de Marçal Justen Filho (2009, p. 783), que expressamente ressalva a inexistência de responsabilidade da Administração Pública por encargos e dívidas pessoais do contratado. Conforme aduz o autor, a administração Pública não se transforma em devedora solidária ou subsidiária frente aos credores do contratado, mesmo quando as dívidas se originarem de operação necessária à execução do contrato. Assim, o contratado permanecerá como único devedor perante terceiros.

Ocorre que, numa verdadeira jurisprudência *contra legem*, o Tribunal Superior do Trabalho, no item IV da Súmula n. 331, fixou entendimento no sentido de que:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.6.1993).

A fim de solucionar o impasse, a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, de autoria do Governador do Distrito Federal. Esta ação foi julgada em 24 de novembro de 2010, quando o plenário declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. No mérito, o Supremo entendeu que *a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração*

Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.

Assim, a Suprema Corte vedou a aplicação da responsabilidade objetiva ao Estado em função do inadimplemento das verbas trabalhistas por parte das empresas prestadoras de serviços, passando a apenas admitir eventual responsabilidade subjetiva, desde que comprovada a culpa do Estado.

Em que pese a decisão do STF ser dotada de “eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (art. 103, § 2º, CF), apenas por amor ao debate, exporemos as razões pelas quais pugnamos pela ampla responsabilidade da Administração em caso de inadimplemento das verbas trabalhistas pelas prestadoras de serviço.

7.1. A violação ao princípio da isonomia

Se todos são iguais perante a lei, na forma do art. 5º da Constituição, não há sentido, à luz do princípio da isonomia, que a Administração se exima de qualquer responsabilidade quanto ao adimplemento das verbas trabalhistas.

É que, como visto no Capítulo 3, se o tomador de serviço for ente privado, haverá responsabilidade subsidiária (em caso de terceirização lícita) ou solidária (em caso de terceirização ilícita).

O ente público, segundo defende o TST, deverá sempre gozar de responsabilidade subsidiária, ou seja, já possui tratamento diferenciado em face da necessidade de realização de concurso público.

Ora, como bem observa Godinho Delgado (2009, p. 433), seria grosseiro privilégio antisocial se os benefícios da Administração fossem estendidos para a total irresponsabilidade,

pois tal exceção não se encontra autorizada pela Constituição.

No mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros (2009, p. 540) entende que “mais razão há de se exigir do Estado tal responsabilidade, uma vez que lhe compete realizar o bem comum, o qual não pode ser alcançado mediante lesão ao direito dos trabalhadores”.

Outrossim, a inconstitucionalidade dessa distinção é ressaltada no que tange às empresas estatais, uma vez que o art. 173, § 1º, inciso II da Constituição expressamente determina “a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

Por fim, como destaca Pamplona Filho (2001, p. 132), também há violação ao princípio da isonomia no convívio estabelecido pela lei entre a total irresponsabilidade do § 1º e a solidariedade absoluta constante no § 2º, sem que haja uma justificativa legal razoável para esse tratamento desigual, mormente quando a Constituição elencou o trabalho e a previdência como direitos sociais.

Na esteira dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 17), sendo inexistente um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, e, mais além, ainda que existente tal correlação, mas sendo ela incompatível com os interesses prestigiados na Constituição, as discriminações não serão recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária.

7.2. A responsabilidade objetiva

O estágio atual de evolução da teoria da responsabilidade extracontratual do Estado não permite que este se exima do seu dever de reparar o dano lesivo a terceiro e que lhe seja imputável em virtude de comportamento seu, seja este unilateral, lícito ou ilícito, comissivo ou omissivo, material ou jurídico (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 323).

Sobre a evolução da teoria da responsabilidade do Estado, esclarecedoras são as palavras de Saulo José Casali Bahia (1995, p. 11):

Viveu-se, no campo da responsabilidade civil do Estado, uma noção de evolução. Partiu-se da irresponsabilidade do Poder Público (Teoria da Irresponsabilidade), para em seguida admitir-se a responsabilidade do Estado baseada na culpa, nos moldes do Direito Civil (Teoria da Culpa Civilística), carreando-se, progressivamente, a esta responsabilização, aspectos de Direito Público (Teoria da Culpa Administrativa). Ainda neste avanço, iniciou-se a prescindir da aferição apriorística da culpa, admitindo-se sua presunção, com a inversão do ônus probatório, culminando-se com o refinamento oferecido pelas teorias da culpa anônima e da falta administrativa. Num passo seguinte, buscou-se a responsabilização do Estado por atividades lícitas que desenvolvesse (de acordo com a Teoria do Risco Administrativo), pretendendo-se que chegasse aos rigores da Teoria do Risco Integral. No momento, a responsabilidade civil do Estado avança para consolidar-se através da Teoria do Risco Social (Responsabilidade sem Risco).

Nesse diapasão, a própria Constituição de 1988 expressamente abraçou a responsabilidade civil objetiva do Estado ao dispor que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (art. 37, § 6º).

Assim, modernamente, o problema da responsabilidade do Poder Público por atos ou omissões prejudiciais de seus agentes, “é equacionado em termos eminentemente objetivos, sendo o administrado dispensado do ônus probante quanto à culpabilidade direta ou indireta da Administração”, desde que presentes todos os elementos da responsabilidade (dano, vítima, sujeito ativo agente público no

exercício de suas funções, causas com referibilidade ao Estado) (ARAÚJO, 2005, p. 715).

Pelo exposto, verifica-se que a Lei n. 8.666, na contramão de todo o esforço constitucional de avançar na responsabilização do Estado, simplesmente promove a liberação deste de toda e qualquer responsabilidade em face do inadimplemento das verbas trabalhistas.

Com efeito, o Estado responde pelos atos de seus agentes praticados nessa qualidade, na forma do art. 37, § 6º. A expressão “agente público” abrange também os particulares em colaboração com a Administração Pública, categoria na qual se encontra o terceiro contratado para prestar serviços ao Poder Público (RAMOS, 2001, p. 150). Desta forma, os prejuízos causados aos trabalhadores pela empresa prestadora de serviços não poderiam deixar de ser reparados pelo ente público ao qual compete, em princípio, a prestação da atividade terceirizada.

Ainda que o ato não pudesse ser imputado diretamente ao Estado, mas a terceiro que com ele contratou, o ente público não pode se eximir de toda e qualquer responsabilidade.

O fundamento para tal afirmação se encontra no fato de que o Estado responde, objetivamente, também nas situações em que o dano não é gerado por sua atuação direta e imediata, mas sua atividade cria a situação propiciatória do dano, vale dizer, seu comportamento ativo entra, de modo mediato, porém, decisivo, na linha de causação (MELLO, 2010, p. 1.010).

Como observa Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 1.019):

Em última instância, estas hipóteses de danos ora cogitadas não se distanciam muito dos casos em que o prejuízo é causado diretamente pelo Estado. É que a lesão deriva de uma situação criada pelo próprio Estado. É o próprio Poder Público que, embora sem ser o autor do dano, compõe, *por ato seu*, situação propícia à eventualidade de um dano.

De fato, ao terceirizar serviços que, a princípio, lhe caberia prestar, o Estado cria a situação jurídica que ensejou, ainda que de forma mediata, a prestação laboral sem a devida contraprestação. Assume o risco, portanto, de ter que honrar o pagamento de tais verbas.

Da mesma forma, a licitude da contratação (comportamento ativo que corresponde a uma causa mediata do dano) não impede a responsabilidade do ente estatal. É que a responsabilidade independe da licitude do ato, estando calcada na ideia de repartição equânime dos ônus sociais, evitando que alguns administrados (no caso, trabalhadores terceirizados), suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito (MELLO, 2010, p. 1.006).

No mesmo sentido, dispõe Arnoldo Wald (1993, p. 22):

Finalmente, a responsabilidade do Estado tem amparo no princípio da igualdade de encargos de todos os cidadãos (...). Este pensamento firmou-se na doutrina universal, ensejando igualdade de todos os indivíduos diante dos encargos públicos. Na realidade, a verdadeira solução jurídica impõe sempre a reparação dos danos nas relações entre o indivíduo e a coletividade, fazendo recair sobre a comunidade os riscos decorrentes da vida social. (...) Se a aplicação de tal princípio acaba parecendo onerosa é porque, como salienta Pedro Lessa, o aparelho administrativo não está devidamente organizado e o único remédio contra tal desorganização — acrescenta o eminente mestre do nosso Direito — “seria, precisamente, forçar o Estado, por aplicação severa da regra da responsabilidade, a escolher empregados mais esclarecidos e mais devotados ao interesse público”.

Outro fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado está na noção de risco-proveito, segundo a qual deverá responder pelos

danos, independentemente de culpa, aquele que se beneficiar de determinada atividade que crie ou intensifique os riscos já existentes.

No caso, o ente ou órgão público, beneficia-se da força de trabalho do terceirizado, razão pela qual não pode se esquivar da responsabilidade objetiva, ainda que subsidiária, pelas parcelas devidas pelo empregador do trabalhador.

A ideia de risco traduz uma objetivação da responsabilidade, a fim de assegurar uma proteção jurídica à pessoa humana do trabalhador, contra a insegurança material. Todo dano deve ter um responsável, pois *ubi emolumentum, ibi ius* (ou *ibi onus*), vale dizer, a pessoa que se aproveita dos riscos ocasionados deverá arcar com as consequências. Na terceirização, a inadimplência da prestadora de serviços decorreu do exercício de uma atividade que reverteu em proveito do tomador (BARROS, 2009, p. 455-456)

Neste ponto, interessantes são as lições de Alice Monteiro de Barros (2009, p. 456):

O responsável subsidiariamente deverá arcar, em regra, com o pagamento de todas as parcelas que sejam, inicialmente, de responsabilidade do devedor principal. Ainda que ausente a culpa, sua posição assemelha-se à do fiador ou do avalista; não tendo havido o adimplemento da obrigação pelo devedor principal, incide, automaticamente, e sem quaisquer restrições, a plena responsabilidade daquele que, em última análise, figura na relação jurídica única e exclusivamente para garantir a integral satisfação de credor.

Pelo exposto, verifica-se que o princípio da proteção ao trabalhador e a teoria do risco explicam a preocupação de não deixar ao desabrigo o obreiro, fixando-se uma responsabilidade indireta daquele que, embora não seja o empregador direto, tenha se beneficiado da atividade dos trabalhadores contratados pelo subempreiteiro (ABDALA, 1996, p. 589).

Por fim, Ilse Marcelina Bernardi Lora (2008, p. 105) defende a responsabilização objetiva

do tomador, ainda que ente público, calcada na ideia de abuso de direito (art. 187, CC/2002). Embora a terceirização seja um direito assegurado às empresas, por força dos princípios gerais da atividade econômica, em especial da livre-iniciativa e da livre concorrência, não lhes é dado abusar desse direito, contratando prestadoras de serviços economicamente inidôneas e incapazes de assegurar os direitos dos trabalhadores contratados para execução do contrato interempresarial e, ainda assim, pretender se eximir de qualquer responsabilidade, quando notoriamente beneficiaram-se diretamente da força de trabalho.

7.3. A responsabilidade subjetiva

Ainda que se entenda não ser possível a responsabilização objetiva do Estado pelo inadimplemento das verbas trabalhistas — conclusão com a qual não concordamos, vale ressaltar —, não há como fugir da responsabilidade calcada na culpa (subjetiva).

Trata-se, no caso, de responsabilidade indireta, por fato de terceiro, fundada na ideia de culpa presumida *in eligendo* (em razão da má escolha da empresa prestadora) ou *in vigilando* (decorrente da má fiscalização no cumprimento das obrigações contratuais) (SANTOS, 2007, p. 64).

Com efeito, “a empresa tomadora há que selecionar, criteriosamente, aquela que irá prestar os chamados serviços secundários. Um conhecimento da estrutura da prestadora, de seu porte e de sua fidedignidade são indispensáveis, pena de responder pela incorreta e descuidada eleição” (FURTADO, 1993, p. 1.321).

Aliás, como observa Henrique Hinz (2005, p. 140-141):

(...) Não se trata apenas de pesquisar perante as juntas comerciais os dados relativos à fornecedora, ou mesmo os serviços de proteção ao crédito ou banco de dados dos tribunais trabalhistas sobre o número de demandas em que aquela figura como ré, mas, também, de

considerações de ordem matemática-financeira, quer dizer, analisar se os preços cobrados pela empresa fornecedora de serviços são suficientes para o pagamento dos salários dos trabalhadores que serão postos a seu serviço, acrescido dos encargos sociais e lucro dessa. Dito de outra forma, pode o tomador apurar, face aos salários médios praticados no mercado aos trabalhadores que exercem os serviços disponibilizados pela empresa fornecedora, se essa terá como arcar com os salários, encargos fiscais e previdenciários sobre o mesmo incidentes, os encargos tributários decorrentes do exercício da atividade da fornecedora bem como sua eventual margem de lucro. Com essas considerações simples, de ordem mesmo matemática, saberá o tomador se a empresa fornecedora de serviços terceirizados é cumpridora de suas obrigações frente aos seus empregados e o Fisco, ou não.

Da mesma forma, os cuidados devem ir além da escolha de empresa idônea, impondo-se uma constante vigilância no sentido de tomar ciência se vem a prestadora cumprindo suas obrigações trabalhistas. Pode-se, inclusive, apor no contrato cláusula que condicione a liberação de sua prestação à prévia comprovação de quitação por parte da contratada (FURTADO, 1993, p. 1321).

De fato, a Administração tem o dever de fiscalizar a execução, em sentido amplo, dos contratos, inclusive quanto ao cumprimento de leis trabalhistas, na forma da Lei n. 8.666, arts. 58, III c/c art. 67.

Assim, a responsabilidade subsidiária do ente público encontra respaldo também na culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

7.4. O princípio da moralidade

Como visto linhas acima, o princípio da moralidade busca adequar a conduta do agente público aos “padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé” (Lei n. 8.112, art. 2º, parágrafo único, inciso IV). Assim, este princípio

restará transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado, de tal forma que deverá o agente público cumprir a legalidade atendendo a uma expectativa ética da sociedade (MELLO, 2010, p. 120).

Se, com sua opção em terceirizar determinados serviços, a Administração causa, ainda que de forma mediata, prejuízos ao operário, deve responsabilizar-se integralmente e de forma subsidiária pelo adimplemento das verbas trabalhistas.

Nessa linha, há uma expectativa ética da sociedade de que a Administração honre suas dívidas, inclusive no que concerne à energia de trabalho posta à sua disposição, como é o caso do trabalhador terceirizado. A responsabilidade do ente público visa, justamente, a evitar o enriquecimento sem causa do Poder Público em detrimento do trabalhador.

7.5. O princípio da função social do contrato

De acordo com o Código Civil, a liberdade de contratar deve ser exercida “em razão e nos limites da função social do contrato” (art. 421).

Por princípio da função social do contrato, deve-se entender um princípio de conteúdo jurídico indeterminado, que possui o precípua efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, 84). Assim, o contrato “deve respeitar regras formais de validade jurídica, mas, sobretudo, normas superiores de cunho moral e social, que, por serem valoradas pelo ordenamento como inestimáveis, são de inegável exigibilidade jurídica” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 80).

A respeito do aspecto extrínseco do princípio da função social dos contratos, Gagliano e Pamplona Filho ensinam (2010, p. 83):

(...) o contrato é considerado não só como um instrumento de circulação de riquezas, mas, também, de desenvolvimento social.

(...) Ocorre que todo desenvolvimento deve ser sustentado, racionalizado e equilibrado. Por isso, ao concebermos a figura do contrato — quer seja o firmado entre particulares, quer seja o pactuado com a própria Administração Pública — não poderíamos deslocá-lo da conjuntura social que lhe dá ambiência.

Vale dizer, se dentro do seu aspecto organizacional, pode a Administração Pública decidir, ou não, pela contratação de empresas de prestação de serviços para o desempenho de atividades que, de outra forma, seriam de sua própria responsabilidade, deverá ele ter em mente não só o aspecto econômico aí envolvido, mas também os aspectos sociais relacionados a essa operação (HINZ, 2005, p. 140).

Assim, a função social do contrato determina a adequada e efetiva remuneração da força laboral, ainda que para tanto seja necessária a responsabilização subsidiária da Administração Pública em face do inadimplemento do empregador (LORA, 2008, p. 107).

7.6. O valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana

A terceirização implica uma parceria para a otimização do negócio e aumento dos lucros, mas também para a repartição dos ônus.

Calcada que está no princípio da livre-iniciativa, a terceirização, tal qual a ordem econômica deve estar pautada na valorização do trabalho humano, na dignidade da pessoa humana, e nos ditames da justiça social (art. 170, CF).

Ora, como bem defende Alice Monteiro de Barros (2009, p. 539), a isenção da responsabilidade da Administração implica conceder a esta, que se beneficiou da atividade dos empregados, um privilégio injustificável, em detrimento da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho preconizados pela própria Constituição, como fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III e IV).

No mesmo sentido, Ilse Marcelina Lora (2008, p. 107-108):

Com efeito, a Constituição Federal, em diversos dispositivos, de que são exemplos o art. 1º, inciso III (princípio da dignidade da pessoa humana) e inciso IV (valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa como fundamentos do Estado de Direito), art. 3º, inciso I (construção de sociedade livre, justa e solidária como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil), art. 4º, inciso II (prevalência dos direitos humanos), art. 6º (consagração dos direitos sociais) e art. 170, inciso III (função social da propriedade), conferiu manifesta prevalência à proteção do trabalho humano e dos créditos trabalhistas. A concretização de tais princípios é que deve orientar a interpretação de todas as normas que integram o ordenamento jurídico, com a consequente assecuração, a quem trabalha, da contraprestação de seu labor, postura indispensável para assegurar o chamado mínimo existencial, elemento fundamental da dignidade humana.

Por tudo isso, entendemos ser inconstitucional a norma prevista no § 1º, do art. 71, da Lei n. 8.666/1993, que exime o Poder Público de qualquer responsabilidade quanto aos débitos trabalhistas da empresa prestadora de serviços por ele contratada.

8. Considerações finais

Ao final da pesquisa, foi possível extrair as seguintes conclusões sistematizadas atinentes ao tema, conforme a seguir expandido:

1. No Brasil, é frequente a utilização do termo “serviço público”, em sentido amplo, para designar tudo aquilo que o Estado faz, ou, pelo menos, toda atividade administrativa por ele desempenhada. Esta concepção ampla abrangência, assim, serviços que, juridicamente, convencionou-se denominar como obras públicas, atividades de “polícia administrativa”, a exploração estatal de atividade econômica (neste último caso, adota-se o rótulo “serviço público industrial, comercial ou econômico”), etc.

2. Apesar de a noção restrita de serviços públicos ser predominante na doutrina brasileira,

no presente trabalho, utilizamos o seu sentido amplo. Isso porque a interpretação constitucional sobre os limites da terceirização no interior de um ente ou órgão público independe da natureza de sua atividade principal, tendo em vista que este é sempre responsável na mesma medida pelo exercício de suas atribuições.

3. As terceirizações na Administração Pública constituem-se numa das formas pela qual o Estado busca parceria com o setor privado para a realização de suas atividades. Por meio delas, atividades de apoio ou meramente instrumentais à prestação do serviço público são repassadas para empresas privadas especializadas, a fim de que o ente público possa melhor desempenhar suas competências institucionais.

4. Serviços públicos jamais podem ser integralmente terceirizados mediante repasse da sua gestão operacional ou estratégica, pois a locação de serviços refere-se apenas à execução material de atividades específicas. O serviço objeto de terceirização é uma tarefa prestada pelo particular imediatamente à Administração para satisfação dos interesses desta em apoio ao exercício de suas atribuições. Apenas de forma mediata este serviço é prestado à comunidade, por intermédio do ente público contratante, beneficiário direto da prestação.

5. Dado o avanço indiscriminado do uso das práticas terceirizantes no serviço público, inclusive em violação à legislação que trata da matéria, verificamos os limites traçados pelo ordenamento jurídico para além dos quais se configuraria a terceirização ilícita.

6. Os contratos administrativos entre entidade pública e terceiros — entre os quais se enquadram os contratos de prestação de serviços ou terceirização —, destacam-se pela circunstância de sua disciplina jurídica sofrer o influxo de um interesse público qualificado a ser, por via delas, satisfeito. Dito isto, cumpre à Administração Pública, nas contratações de prestadoras que efetuar, verificar se há, de fato, interesse público que justifique a terceirização de atividades que, a princípio, foram incluídas no seu rol de competência.

7. O instituto da terceirização corresponde a uma técnica de organização administrativa de que se valem os órgãos e entes públicos para obter auxílio da iniciativa privada no exercício de suas competências, quando estas estiverem relacionadas a tarefas de apoio. A contratação se manifestará por meio de um contrato de Direito Administrativo, ato este com conteúdo fortemente vinculado à lei e à Constituição, a serviço das finalidades estatais — daí o seu fundamento estatutário e institucional, como produto do Direito que lhe concebe e antecede. Assim, a terceirização no serviço público apenas é admitida nos estritos moldes legais, em consonância com o princípio da legalidade.

8. A Lei n. 8.666 trouxe a definição daquilo que entende por serviços passíveis de terceirização como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração” (art. 6º). A partir da interpretação da norma, traçamos as nossas delimitações dos serviços passíveis de terceirização, no sentido de que: a) não se trata de descentralização de serviços por colaboração, já que nesta as empresas privadas assumem a prestação de serviços públicos como um todo, diretamente ao usuário; b) tendo em vista que a contratação visa a um “resultado”, afasta-se a contratação de serviços de mero fornecimento de mão de obra. Por outro lado, uma interpretação dedutiva a partir do rol de atividades elencados na Lei, permite qualificar as atividades terceirizáveis como aquelas meramente instrumentais e não burocráticas, entendimento este que foi ratificado pelo Decreto n. 2.271, em seu art. 1º.

9. A Lei n. 8.666 elege como objeto da terceirização a busca por um resultado, a ser obtido por meio da atividade contratada. Disso decorre a inviabilidade de contratação de serviços de mero fornecimento de mão de obra. Em face das distorções na aplicação da legislação federal pela utilização em massa do instituto da terceirização de serviços como verdadeira intermediação de mão de obra, o Decreto n. 2.271/1997, em seu art. 4º, trouxe disposições

expressas para combater tais práticas. A proibição à locação de mão de obra encontra fundamento em diversos dispositivos constitucionais, a exemplo da regra do concurso público e dos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade.

10. Segundo o princípio da organização funcional, a Administração Pública possui natureza institucional, vale dizer, corresponde a um conjunto de pessoas que atua de modo organizado, permanente e contínuo, conforme regras específicas e comprometida com a promoção de valores fundamentais. Com efeito, a democracia demanda que as funções públicas sejam exercidas por pessoas físicas integradas de modo permanente nas instituições estatais, sujeitas a um regime jurídico que lhes imponha e assegure atuação orientada à realização do direito, o que permite a formação de uma identidade da Administração que se prolonga no tempo, independentemente dos ocupantes dos cargos ou empregos públicos. A profissionalização garante a neutralização dos agentes públicos contra influências indevidas dos poderosos ou da própria massa popular.

11. A terceirização de competências centrais dos órgãos e entes públicos dinamiza o movimento de desregulamentação institucional e de desprofissionalização do serviço público, concorrendo para liquidar funções e esgotar planos de carreiras indispensáveis ao exercício das responsabilidades estatais. Assim, viola o princípio da organização funcional da Administração.

12. Observe-se que nem todas as atividades acessórias podem ser indistintamente terceirizadas, notadamente se na estrutura administrativa do Poder Público existirem cargos legalmente criados que se destinem a atender àquelas necessidades específicas, sob pena de violação ao princípio da legalidade. É que, se a lei criou cargos ou funções para serem preenchidos por servidores públicos, foi por entender que aquelas atividades, pela sua relevância, demandam a existência de servidores regidos

por um regime jurídico específico, apto a impor-lhes deveres e garantias necessários à salvaguarda da coletividade. Assim, não poderá o administrador, sem prévia autorização legal, deixar de prover aqueles cargos mediante a realização de concurso público, contratando com terceiros o desenvolvimento das atividades, sob pena de violação do princípio da legalidade.

13. Quando a terceirização for tida como ilícita, ainda que o contrato seja nulo, não poderá ser formado vínculo de emprego diretamente com a Administração, em face da exigência de aprovação em concurso público para ingresso nos quadros públicos (art. 37, II e § 2º). Ainda assim, o ilícito não pode ensejar o enriquecimento ilícito do Estado, de tal forma que o trabalhador terceirizado terá direito a todas as verbas trabalhistas; o empregador formal (entidade terceirizante) responderá, em primeiro plano, pelas verbas derivadas da isonomia e comunicação remuneratórias, ao passo que responderá, subsidiariamente, por tais verbas, a entidade estatal tomadora dos serviços, na linha já autorizada pela Súmula n. 331, IV do TST.

14. Atualmente, a discussão que ainda se trava refere-se à responsabilidade do tomador de serviços nas terceirizações lícitas. É que o art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/1993 expressamente impede a transferência à Administração Pública dos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora. Ocorre que, numa verdadeira jurisprudência *contra legem*, o TST pacificou entendimento no sentido de que a Administração responde subsidiariamente pelas verbas trabalhistas, em caso de inadimplimento pela empresa prestadora de serviços.

15. De fato, a irresponsabilidade da Administração viola o princípio da isonomia em face das pessoas jurídicas de Direito Privado, sem qualquer justificativa para tal privilégio antissocial; da mesma forma, há violação ao princípio da isonomia no convívio estabelecido pela lei entre a total irresponsabilidade do § 1º

e a solidariedade absoluta constante no § 2º (relativa aos encargos previdenciários), sem que haja um motivo razoável para esse tratamento desigual, mormente quando a Constituição elencou o trabalho e a previdência como direitos sociais. Outrossim, defendemos a responsabilidade objetiva do Estado, calcada no art. 37, § 6º da Constituição, bem como na ideia de risco-proveito; subsidiariamente, entendemos a aplicação da presunção de culpa, seja pela culpa *in eligendo*, seja pela existência de culpa *in vigilando* da Administração. Por fim, pode-se afirmar que a responsabilidade subsidiária sustenta-se no princípio da moralidade, no princípio da função social do contrato, no valor social do trabalho e no princípio da dignidade humana.

9. Referências bibliográficas

ABDALA, Vantuil. Terceirização: Atividade-fim e atividade-meio — responsabilidade subsidiária do tomador de serviço. In: *Revista LTr*, ano 60, n. 5, p. 587-590, maio 1996.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 18. ed. São Paulo: Método, 2010.

AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BAHIA, Saulo José Casali. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão de obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

- FURTADO, Emmanuel Teófilo. Contemporizando a terceirização. In: *Revista LTr*, ano 57, n. 11, p. 1.318-1.321, nov. 1993.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos: teoria geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- HINZ, Henrique Macedo. A terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e do tomador dos serviços: um enfoque multidisciplinar. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, ano 71, n. 2, p. 131-145, maio/ago. 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. 2009. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LIMA, Denise Hollanda Costa. *Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Direitos fundamentais e responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços: inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, ano 33, n. 60, p. 81-122, jan./jun. 2008.
- LUDWIG, Guilherme Guimarães. Contratação irregular perante a administração pública. In: *Revista da Amatra — V: Vistos etc. / Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região*, ano 6, v. 1, p. 19-51, abr. 2007.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. 2005. Terceirização na administração pública: uma prática inconstitucional. In: *Boletim Científico — Escola Superior do MPU*, ano 4, n. 17, p. 87-117, out./dez. 2005.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração pública no estado contemporâneo. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 30, n. 117, p. 23-56, jan./mar. 1993.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. 2001. Terceirização e responsabilidade patrimonial da administração pública. In: *Revista de Direito do Trabalho*, ano 27, n. 101, p. 127-134, jan./mar. 2001.
- PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- _____. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na administração pública*. São Paulo: LTr, 2001.
- SANTOS, Rodrigo Coimbra. Repensando a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços terceirizados nas atividades lícitas. In: *Justiça do Trabalho*, ano 24, n. 288, p. 59-76, dez. 2007.
- WALD, Arnaldo. Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 30, n. 117, p. 5-22, jan./mar. 1993.

A função revisora dos tribunais — a questão do método no julgamento dos recursos de natureza ordinária

Ben-Hur Silveira Claus^(*), Ari Pedro Lorenzetti^(**), Ricardo Fioreze^(***), Francisco Rossal de Araújo^(****), Ricardo Martins Costa^(*****) e Márcio Lima do Amaral^(*****)

Resumo:

- ▶ O presente artigo trata da função revisora dos tribunais nos recursos de natureza ordinária, abordando o tema na perspectiva da efetividade da prestação jurisdicional, com ênfase no exame do método utilizado pelos tribunais no exercício da função revisora das sentenças por ocasião do julgamento dos recursos de natureza ordinária. Questiona o método muitas vezes adotado pelos tribunais no exame dos recursos de natureza ordinária, examinando suas consequências e sua influência para a recorribilidade excessiva que caracteriza o sistema recursal trabalhista.

Palavras-chave:

- ▶ Administração da Justiça — Função revisora dos tribunais — Duplo grau de jurisdição — Legitimação da jurisdição de primeiro grau — Duração razoável do processo — Efetividade da jurisdição.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A morosidade do Poder Judiciário
- ▶ 3. O método na filosofia
- ▶ 4. A função revisora dos tribunais e o problema da efetividade da jurisdição
- ▶ 5. Entre a “sentença razoável” do juiz e a “sentença ideal” para o relator — um falso dilema a superar
- ▶ 6. A aplicação do direito: não há julgamento sem discricionariedade judicial

(*) Juiz Titular da Vara do Trabalho de Carazinho – RS (4ª Região).

(**) Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Rio Verde – GO (18ª Região).

(***) Juiz Titular da Vara do Trabalho de Encantado – RS (4ª Região).

(****) Juiz Titular da 16ª Vara do Trabalho de Porto Alegre – RS (4ª Região).

(*****) Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Gramado – RS (4ª Região).

(******) Juiz do Trabalho Substituto – RS (4ª Região).

- ▶ 7. O método da transmigração do relator
- ▶ 8. Um acórdão e não uma nova sentença
- ▶ 9. A sentença razoável deve ser confirmada
- ▶ 10. O alcance de uma inovação procedimental
- ▶ 11. Mauro Cappelletti — a atualidade de um diagnóstico
- ▶ 12. Conclusão
- ▶ 13. Referências bibliográficas

O principal defeito dos sistemas jurídicos da *civil law* “... es la profunda desvalorización del juicio de primer grado, con la conexas glorificación, si así puede decirse, de los juicios de gravamen”. (CAPPELLETTI)

1. Introdução

O presente ensaio objetiva contribuir para o debate acerca da função revisora dos tribunais nos recursos de natureza ordinária.

O tema é tratado sob a perspectiva da efetividade da prestação jurisdicional, com ênfase no exame do método utilizado pelos tribunais no exercício da função revisora das sentenças por ocasião do julgamento dos recursos de natureza ordinária. O método utilizado pelos tribunais é examinado a partir de uma premissa elementar: o prévio reconhecimento da dimensão hermenêutica do fenômeno jurídico e da consequente discricionariedade ínsita ao ato de julgar.

2. A morosidade do Poder Judiciário

A morosidade é a principal crítica dirigida ao Poder Judiciário. Trata-se de uma crítica procedente – os processos judiciais demoram demais, regra geral. O Estado, que avoca o monopólio da jurisdição, deve prestar a justiça em prazo breve: a reparação do direito violado deve ocorrer logo. Se a garantia fundamental da duração razoável do processo se torna apenas uma promessa ilusória, então a Constituição não estaria sendo respeitada e o Estado Democrático de Direito estaria falhando. A dimensão do problema ganha maior relevo em face da crescente demanda de massa por justiça diante da insuficiente estrutura dos serviços judiciários.

O método utilizado pelos tribunais no exercício da função revisora no julgamento dos recursos de natureza ordinária tem influência direta na efetividade jurisdicional e no processo institucional de legitimação da jurisdição de primeiro grau.

3. O método na filosofia

Antes de falar sobre o método utilizado pelos tribunais no exercício da função revisora, é conveniente dedicar dois parágrafos para discorrer sobre o método na filosofia.

A palavra método é de origem grega. *Methodos* significa caminho para chegar a um fim. Descartes acreditou que poderia chegar a verdades claras e distintas se contasse com um método científico para a investigação dos fenômenos. Esse caminho para a descoberta da verdade Descartes acreditou ter alcançado no *Discurso do método*, obra que publicou em 1637: “desfazermo-nos de todas as opiniões que recebemos e reconstruir, de novo e desde os fundamentos, todos os sistemas dos nossos conhecimentos”.⁽¹⁾ Mais recentemente, a filosofia veio a perceber a impossibilidade de o cientista livrar-se de todos os preconceitos, propondo um retorno à concepção de Aristóteles, concepção segundo a qual o método é determinado pelo objeto, conforme ensina o filósofo alemão HANS-GEORG GADAMER.⁽²⁾

(1) Descartes, *Discurso do método*. Livraria Exposição do Livro, p. 75.

(2) GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 467: “Como vemos, o problema do método está inteiramente determinado pelo objeto — o que constitui um postulado aristotélico geral e fundamental — e, relacionado ao nosso interesse, valerá a pena considerar a relação especial

A filosofia fenomenológica concebe o método como o próprio movimento do pensamento “às coisas mesmas”. É no âmbito do próprio objeto que o método se dá. O método não é externo ao objeto para o qual se destina: “Toda a procura retira do procurado sua direção prévia”, diz HEIDEGGER.⁽³⁾ Recorremos a ERNILDO STEIN para melhor explicar essa relação existente entre o objeto da investigação e o método escolhido para a investigação. Diz o autor que Heidegger, na obra *Ser e Tempo*:

Descobre que o método se determina a partir da coisa mesma. A escada para penetrar nas estruturas existenciais do ser-aí é manejada pelo próprio ser-aí e não pode ser preparada fora para depois dar acesso ao objeto. Não há propriamente escada que sirva para penetrar no seu ‘sistema’. A escada já está implicada naquilo para onde deveria conduzir. O objeto, o ser-aí, já sempre traz consigo a escada. Há uma relação circular. Somente se sobe para dentro das estruturas do ser-aí, porque a gente já se move nelas. Esta antecipação não crítica do método é consequência inevitável da circularidade do processo hermenêutico. Quem, para desenvolver seu método, parte da compreensão como estrutura fundamental do homem, sempre pressupõe de algum modo em exercício aquilo que visa com o método.⁽⁴⁾

A conclusão é a de que o método já está sempre de certa forma pressuposto quando nos dirigimos para o objeto de nossa investigação científica. Não é possível uma disjunção radical entre objeto e método. Objeto e método estão reciprocamente implicados no fenômeno do conhecimento. E assim é também porque o objeto não nos é dado, mas construído a partir do que sabemos ou pensamos saber sobre ele.

entre ser ético e consciência ética tal como Aristóteles a desenvolver em sua ética.”

(3) HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. vol. 1. 10. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001. p. 204.

(4) STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia — um estudo do modelo heideggeriano*. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983. p. 108.

Em suma, pois, a questão do método depende essencialmente da postura do sujeito cognoscente frente ao objeto.

4. A função revisora dos tribunais e o problema da efetividade da jurisdição

Aos tribunais cabe julgar os recursos interpostos contra as sentenças — julgar a impugnação feita pela parte recorrente à sentença. Trata-se da função revisora do tribunais.

O método adotado pelos tribunais no julgamento dos recursos de natureza ordinária tem importância decisiva para a efetividade da jurisdição. Em linhas gerais, pode-se estabelecer o raciocínio de que a efetividade da jurisdição diminui à medida que aumenta a reforma das sentenças. A recíproca também é verdadeira: aumenta a efetividade da jurisdição à medida que as sentenças são confirmadas. Essa correspondência está intimamente ligada aos princípios constitucionais da celeridade e da duração razoável do processo, uma vez que não se pode admitir, dentro de nossa dinâmica constitucional atual, um processo lento como sendo efetivo. A realidade fática e os aspectos sociais já demonstraram a insuficiência de um processo moroso, ainda que razoável sob o aspecto meramente técnico.

Outro aspecto do problema: a reforma das sentenças estimula recursos. Esse aspecto é relevante, pois, conforme o magistério de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, “a legitimidade da jurisdição de grau inferior diminui na medida em que aumentam os recursos”.⁽⁵⁾ Uma verdadeira pleora de recursos congestiona os tribunais de 2º grau — nos tribunais superiores esse quadro é ainda mais dramático —, com sério déficit para a efetividade da jurisdição. Estatísticas revelam que o índice de recorribilidade, em determinadas fases processuais, chega a mais de 100%, o que indica uma cultura jurídica voltada à recorribilidade, a exigir

(5) SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 240.

uma ação orgânica e concertada das diversas instâncias do poder jurisdicional.

Por certo não se está falando do direito de recorrer em si, mas do abuso, da procrastinação. Nesse aspecto, as penas processuais são importante instrumento pedagógico para a mudança da praxe. Todavia, é na valorização do julgado de 1º grau que reside o papel principal para a construção de uma nova cultura jurídica de recorribilidade. O que não se pode mais aceitar é a perniciosa cultura de se tentar reduzir o primeiro grau de jurisdição à condição de mera instância de passagem.

Afirma-se que o método adotado pelos tribunais tem importância decisiva para a efetividade da jurisdição porque a legitimidade da jurisdição de primeiro grau passa pelo reconhecimento — e pela confirmação — da autoridade judicial que resolveu o conflito na respectiva comunidade. E do método adotado pelos tribunais no exercício de sua legítima função revisora depende em grande medida o fortalecimento da jurisdição de primeiro grau.

5. Entre a “sentença razoável” do juiz e a “sentença ideal” para o relator — um falso dilema a superar

Se há uma relação de pertença entre método, objeto e sujeito cognoscente, logo se percebe que, para acertar na escolha do método, é necessário antes acertar ao definir a finalidade da função revisora dos tribunais no julgamento dos recursos de natureza ordinária. Em linhas gerais, adotada a perspectiva da efetividade da jurisdição, pode-se considerar que a finalidade da função revisora dos tribunais no julgamento de recursos de natureza ordinária é examinar se a sentença conferiu uma *solução legítima à causa* — uma *sentença razoável* —, no que respeita àqueles aspectos objeto do recurso.

Com sua jurisdição delimitada à matéria específica objeto do recurso, ao tribunal cabe verificar se a sentença conferiu uma *solução legítima à causa* (uma *sentença razoável*), e não cogitar se a decisão proferida seria exatamente

aquela *sentença ideal* que o relator proferiria se estivesse no lugar do juiz originário. Quando adota um tal método de trabalho, o tribunal parece desconhecer o irrecusável caráter hermenêutico da aplicação do direito, ignorando a natureza discricionária insita ao ato de julgar.

Embora possa causar alguma perplexidade a afirmação de que o ato de julgar implica discricionariedade do magistrado, em face de nossa formação positivista, tal postulado deve ser recebido com o espírito de acolhimento presente nas palavras que ocorreram a KARL ENGISCH para introduzir estudo desse tema: “Mais difícil do que demonstrar que existe o ‘poder discricionário’ no direito é demonstrar que isso é, não apenas inevitável, mas também algo de bom.”⁽⁶⁾

O tema da discricionariedade judicial será retomado em seguida. Por ora, importa destacar as consequências que decorrem da adoção do método da *sentença ideal* pelo tribunal no exercício da função revisora. É claro que o resultado prático é negativo para a efetividade da jurisdição, pois a probabilidade de reforma da sentença aumenta consideravelmente quando a função revisora é exercida sob inspiração da *sentença ideal* para o relator, a qual tende a ser distinta da sentença prolatada pelo juiz originário exatamente em face da discricionariedade insita à natureza hermenêutica do ato de aplicação do direito ao caso concreto. Afora isso, a própria existência de uma *sentença ideal* pode ser questionada, por se tratar de conceito relativo. Prova disso são as frequentes divergências entre os integrantes do órgão revisor, firmando-se o acórdão com base em simples maioria.

Não é demais acentuar, ainda, que a própria etimologia da palavra *sentença* deixa entrever o elemento subjetivo subjacente em todo julgamento, o qual traz em si aspectos valorativos inevitáveis. O julgamento não se limita a uma

(6) ENGISCH, Karl *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 224 (destaque e itálico no original).

simples operação matemática de subsunção de um fato a uma regra legal anteriormente posta, apresentando-se, antes, como um processo valorativo, um modo de ver e sentir determinada situação. É preciso rechaçar a ideia da sentença-produto (como num sistema fabril) e privilegiar a sentença enquanto ato estatal de vontade e produto de trabalho intelectual, “arte do Direito”, criada como resultado da interação entre homem (jugador) e objeto a ser apreendido (lide), a partir de pressupostos jurídicos e dentro do espaço jurisdicional. Salvo equívoco manifesto, é recomendável que se privilegie a percepção de quem teve contato direto com as partes, colhendo elementos de convicção que muitas vezes não são passíveis de tradução em palavras ou não se mostram numa análise fria dos elementos presentes nos autos, mas que ajudam sobremaneira em sua valoração.

Tanto ao instruir o processo quanto ao julgar a causa, o juiz de primeiro grau está a realizar um trabalho cujo caráter hermenêutico é irrecusável, sobretudo no momento da aplicação do direito, conforme a precisa observação de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA.⁽⁷⁾ O juiz está a aplicar o direito não apenas quando profere a sentença, mas durante todo o processo, o que inclui o rico momento da audiência de instrução. E o faz como o destinatário primeiro da prova e do debate processual, o que consubstancia a imediação que singulariza a jurisdição de primeiro grau – esse irredutível contato humano do juiz com as partes, as testemunhas e o debate processual.

O relevo que se atribui ao caráter hermenêutico da aplicação do direito decorre da particular circunstância de que, conforme HANS-GEORG GADAMER, “a interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, porém, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita

(7) SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 256.

da compreensão.”⁽⁸⁾ Na verdade, interpretar é fazer o inventário das alternativas que se apresentam ao sujeito. Nas palavras de HEIDEGGER identificamos a matriz filosófica de GADAMER: “Interpretar não é tomar conhecimento de que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão.”⁽⁹⁾

Se a interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, então cresce de importância a imediação do julgador originário com as partes em conflito e com a produção da prova, avultando a relevância da sentença enquanto síntese do processo elaborada pelo juiz natural, juiz ao qual as partes tiveram acesso e perante o qual foram ouvidas e compreendidas. Afinal, não se pode perder de vista que julgar não é apenas calcular, medir ou relacionar, mas situar fatos e as normas dentro de determinada ordem valorativa, atividade que não pode ser realizada adequadamente senão considerando o contexto em que se insere a lide.

Por outro lado, conforme bem pontuaram DÉLIO MARANHÃO e LUIZ INÁCIO CARVALHO,

cada sentença traz a marca da personalidade do juiz, fator decisivo para o julgamento. O juiz, como o queria Montesquieu, despersonalizado, a tal ponto que a fixidez dos julgamentos refletisse um texto preciso da lei, não existe mais e nunca existiu. É uma abstração, um mito, sobrevivência do complexo infantil, a que alude Jerome Frank, a respeito do fetichismo da plena segurança e certeza jurídicas, em que se revela a tendência humana de fugir das realidades inquietadoras e desagradáveis e criar a ilusão de um mundo perfeito.⁽¹⁰⁾

Não há como olvidar que a realidade sobre a qual se debruça o juiz é multifacetária e,

(8) GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 459.

(9) HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. vol. 1. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 204.

(10) MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B.. *Direito do trabalho*. 17 ed. Rio de Janeiro: FGV, 1993. p. 34.

por isso, comporta diferentes interpretações, igualmente válidas, conforme o enfoque a partir do qual é analisada. E nem sempre se pode afirmar que esta ou aquela leitura seja a ideal ou a mais perfeita.

O tema em estudo evoca a clássica indagação teórica acerca do caráter científico da jurisprudência e da necessária adaptação por que passa o conceito de ciência quando transposto das ciências da natureza para as ciências do espírito – como é o caso do direito. Nesse contexto, é ilustrativa a seguinte ponderação de KARL ENGISCH para o esclarecimento dessa distinção necessária, distinção imposta pela circunstância de que o objeto do direito é ontologicamente diverso do objeto das ciências de natureza:

[...] o caráter científico da jurisprudência depende naturalmente dos critérios aos quais se queiram considerar ‘científicas’ as elaborações endereçadas ao ‘conhecimento da verdade’ (lógico, matemático, empírico), ou também aquelas elaborações que visam estabelecer um sistema de enunciados normativos metodicamente obtidos e bem fundamentados (eventualmente ‘justos’) — como ocorre precisamente na ciência jurídica.⁽¹¹⁾

6. A aplicação do direito: não há julgamento sem discricionariedade judicial

Sabendo que estava a anunciar uma importante mudança no paradigma científico do direito contemporâneo, um dos maiores clássicos da filosofia do direito resolveu prevenir seus leitores já no prefácio da obra, para que eles não fossem colhidos pela perplexidade que poderia causar a nova afirmação do autor, no sentido de que, ao lado do poder discricionário do legislador e do administrador público, “... é plenamente defensável o ponto de vista

de que também existe o poder discricionário judicial”.⁽¹²⁾

A formação positivista da maioria dos juristas justificava – e possivelmente ainda justifica – a necessidade da advertência feita por KARL ENGISCH em 1977, no prefácio à 7ª edição de sua obra clássica, *Introdução ao pensamento jurídico*: “Pelo que respeita à teoria da discricionariedade (Capítulo VI), porém, a evolução entretanto operada na teoria e na prática motivou-me a uma nova elaboração das minhas ideias.”⁽¹³⁾

A advertência era mais do que justificada, pois o próprio autor estava refazendo uma importante concepção teórica, concepção teórica que não estava presente nas edições anteriores de sua obra. Sem a cautelosa advertência, certamente os leitores teriam maior dificuldade de assimilar, por exemplo, uma indagação que o autor procura depois responder acerca da discricionariedade judicial: “Trata-se aqui da importante questão de saber se as decisões discricionárias dos tribunais podem ser revistas e reformadas por tribunais superiores.”⁽¹⁴⁾

No prosseguimento de seu estudo, KARL ENGISCH, embora destaque que a discricionariedade judicial não pode degenerar em abuso de poder por parte do magistrado, sustenta que tal característica do fenômeno jurídico é plenamente compatível com o regime do Estado de Direito: “O resultado a que chegamos com referência à tão discutida discricionariedade é, portanto, este: que pelo menos é possível admitir — na minha opinião é mesmo de admitir — a existência de discricionariedade no seio da nossa ordem jurídica conformada pelo princípio do Estado de Direito.”

O autor explica sua nova concepção teórica: De discricionariedade, note-se, neste sentido: no sentido de que, no domínio da administração ou no da jurisdição, a convicção pessoal

(11) ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 7 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 19 — anotações ao primeiro capítulo.

(12) *Ibidem*, p. 225-226.

(13) *Ob. cit.*, p. 9.

(14) *Ob. cit.*, p. 214.

(particularmente, a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo ‘espaço de jogo’ será havida como sendo a melhor e a ‘justa’. É problema da hermenêutica jurídica indagar onde e com que latitude tal discricionariedade existe.⁽¹⁵⁾

Assim, “a melhor” e “a justa” poderão ser várias, e não apenas uma única alternativa. Por conseguinte, supera-se a ideia da sentença justa como sendo a sentença ideal, única. Na verdade, a melhor sentença possível e a mais justa sentença possível é aquela que o juiz prolatou, criteriosa e fundamentadamente, no exercício de sua discricionariedade judicial e conforme o “espaço de jogo” de que fala KARL ENGISCH.

Até no âmbito dos atos vinculados do direito administrativo tem sido criticada a ideia de apenas uma necessária e única solução correta em face da possibilidade de adoção de subsunções distintas da norma aplicável. O exemplo apresentado por ROBERT ALEXY ganha maior importância por estar situado no campo dos atos vinculados do direito administrativo, no qual a tradição jurídica reserva estrito espaço à interpretação:

A tese de que em atos vinculados sempre existe uma resposta unicamente correta foi sempre criticada com referência à possibilidade de subsunções controversas. Um exemplo, muitas vezes discutido, é a confiabilidade de um interessado em concessão. Há casos nos quais um julgador a afirma e um outro a nega, e ambos, para sua concepção, podem citar fundamentos consideráveis. Se se agrega que a jurisprudência não dispõe de procedimentos, segundos os quais a correção de uma das duas respostas pode ser demonstrada intersubjetivamente de modo coercitivo, então é natural dizer que não é exato que somente uma delas é correta ou verdadeira, a outra, porém,

falsa. Ambas são, antes, sustentáveis e, nesse sentido, corretas.⁽¹⁶⁾

Em oposição à mera arbitrariedade, a discricionariedade judicial conforma-se “não só através de limites legais claramente visíveis, mas ainda através de outras limitações, determinadas segundo o Direito consuetudinário ou segundo a ‘ideia de Direito e de Estado.’”⁽¹⁷⁾ O “espaço de jogo” mencionado por ENGISCH abarca necessariamente o requisito indispensável da fundamentação das decisões, requisito que constitui a condição de possibilidade para aferir-se a razoabilidade da sentença. A fundamentação, segundo nosso sistema jurídico, deve ser concisa, mas suficiente.

Os juízes não devem descurar do dever constitucional de fundamentação suficiente de suas sentenças (CF, art. 93, IX), uma vez que é exatamente o cumprimento desse dever funcional que permitirá às partes e ao tribunal melhor compreender as razões que conduziram o magistrado a optar pela solução por ele adotada no exercício da discricionariedade judicial no caso concreto, legitimando a atuação do magistrado. Discricionariedade judicial e fundamentação suficiente da sentença são duas faces da mesma moeda: é a fundamentação suficiente que permite sindicarmos a legitimidade da opção adotada em cada caso concreto.

Chamado a descobrir o direito para o caso concreto, ao magistrado outorga-se o poder discricionário correspondente, a ser exercido com retidão, objetividade e imparcialidade.⁽¹⁸⁾ Portanto, não se trata de “uma intervenção arbitrária, mas de uma ponderação judiciosa,

(15) Ob. cit., p. 228.229.

(16) ALEXY, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, v. 89, n. 779, p. 43, 2000.

(17) ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 242.

(18) Esses predicados têm sido reconhecidos pela sociedade à magistratura em geral, a qual é recrutada no primeiro grau de jurisdição mediante rigoroso concurso público, predicados esses que têm sido cultivados pelos programas de formação continuada desenvolvidos pelas Escolas Judiciais dos Tribunais.

segundo pontos de vista firmes, pelos quais a decisão pessoal se orienta sem se lhes abandonar por inteiro”,⁽¹⁹⁾ de modo que a discricionariedade judicial pressupõe “... uma decisão ajustada, proferida com base numa convicção íntima e sincera.”⁽²⁰⁾ Estando conformada por tais balizamentos, a discricionariedade judicial, não obstante subordinada à sindicabilidade recursal, deve sobreviver pela confirmação da sentença, salvo nas hipóteses de excesso ou abuso na utilização desse poder.

A posição de MAURO CAPPELLETTI é similar. Embora prefira tratar do tema da discricionariedade judicial sob a concepção de criatividade jurisdicional, o jurista italiano também conclui que o próprio exercício da função jurisdicional exige a participação dos juízes na produção do direito, o que, porém, não significa reconhecer uma criatividade ir-restrita à atividade jurisdicional. Vale conferir as palavras de CAPPELLETTI:

Em conclusão, parece-me que a criatividade jurisdicional — criatividade do direito e de valores — é ao mesmo tempo inevitável e legítima, e que o problema real e concreto, ao invés, é o da medida de tal criatividade, portanto de restrições. Isso é verdade para a jurisdição em geral e para a justiça constitucional de modo particular. Os juízes não podem fazer menos do que participar na atividade de produção do direito, ainda que, no limite, tal não exclua inteiramente a possibilidade de o legislador ab-rogar ou modificar o direito jurisdicional.⁽²¹⁾

No Brasil, OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA tem insistido na necessidade de reconhecer-se a natureza discricionária do ato de aplicação do direito, como pressuposto para a correta compreensão do fenômeno jurídico:

(19) ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 248.

(20) Ob. cit. p. 242.

(21) CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, reimp. 1999. p. 103.

Somente poderá *decidir* quem puder *optar* entre duas os mais alternativas igualmente válidas e legítimas. Como dissera Carnelutti, para que o juiz decida é necessário, antes, *decidir-se*. Isto, dizia ele, faz com que a decisão seja posta além do juízo, enquanto ‘eleição de quem antes julgara’. Como a exclusiva missão de nossos juízes é descobrir a ‘vontade da lei’, fica subentendido que eles não têm a mais mínima possibilidade *discricionária* de opção entre duas ou mais alternativas que o sistema reconheça como legítimas. Logo, nossos juízes apenas julgam, sem poder decisório. O ponto culminante da crise paradigmática encontra-se aqui. Sem compreensão hermenêutica que supere o *dogmatismo*, não haverá solução. E isto supõe *discricionariedade*.⁽²²⁾

Desmistificada a natureza discricionária do ato de julgar — ou, na linha de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, “do ato de decidir” — e reconhecida como algo natural ao fenômeno da aplicação do direito, a discricionariedade judicial não deve criar perplexidade, mas ser compreendida e exercida criteriosamente pelo magistrado, com a responsabilidade que lhe impõem os deveres do cargo.

O próprio ordenamento jurídico, em diversas passagens, conclama o julgador a exercitar sua discricionariedade. E isso ocorre especialmente quando adota a técnica moderna das chamadas normas abertas. Diante de determinadas situações, em vez de proporcionar ao julgador uma solução estratificada, oferece-lhe o legislador apenas os parâmetros a seguir para construir a solução mais adequada à situação concreta. Afora isso, mesmo quando o legislador baixa normas aparentemente “fechadas”, prescreve que sua interpretação deve observar o seu fim social. E, em ambos os casos, os objetivos perseguidos pelo legislador seriam inatingíveis sem o pressuposto da discricionariedade judicial.

(22) SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 114 (grifos no original).

Poder-se-ia redarguir, argumentando que a subordinação do juiz ao princípio da legalidade tornaria desnecessário o recurso à discricionariedade judicial, sobretudo nos países de *civil law*, bastando ao juiz cingir-se à “vontade majoritária” mediante a aplicação da lei elaborada pelo legislador democrático. Tal objeção foi examinada por MAURO CAPPELLETTI. Depois de reconhecer que nos países de *civil law* “o direito se identifica frequentemente com a lei, a vontade majoritária, que está à base da legislação democrática”, o jurista italiano pondera que a regência do princípio da legalidade não elimina o caráter criativo da jurisprudência. Ao contrário, pressupõe tal criatividade quando se reclama do juiz, para a aplicação do direito ao caso concreto posto para julgamento, a interpretação da lei de regência:

Bem sabemos, porém, que, em certa medida, a ‘lei’ é um mito, que deve ser ‘interpretada’ e completada para traduzir-se em ação real e que a interpretação judiciária, mesmo tendo por objeto a lei, em certa medida é sempre criativa do direito.⁽²³⁾

A propósito, consoante observou JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER, “do ponto de vista sociológico, é certo que a jurisprudência é fonte do direito”, sendo diversas as “normas gerais que dela emergiram”. E arremata: “A negação, à jurisprudência, do caráter de fonte do direito, tem evidente cunho ideológico. Nega-se a produção de direito pelos tribunais, a fim de que eles não sejam tentados a produzi-lo.” O princípio da legalidade, portanto, de modo algum elimina a discricionariedade judicial, retratando, apenas, a primazia da lei, não o seu monopólio. Conquanto isso introduza “uma certa desordem ao sistema jurídico, que deixa de ser monolítico”, conforme ressalta o mesmo autor, “uma ordem perfeita não passa de um sonho, ou melhor, de um pesadelo tecnocrático,

(23) CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 19930 reimp. 1999. p. 102.

tendo mais a ver com os delírios das ideias do que com as realidades da vida”.⁽²⁴⁾

Nada obstante o art. 127 do CPC restrinja o julgamento por equidade aos casos previstos em lei, a inserção de dispositivos constantes da legislação processual mais recente começa a consagrar certa discricionariedade judicial no âmbito do próprio direito positivo. Um exemplo encontra-se na norma do art. 475-A, § 3º, do CPC.⁽²⁵⁾ Introduzida no CPC pela Lei n. 11.232/2005, a referida norma autoriza o juiz a arbitrar de plano o valor da indenização, *a seu prudente critério*, no caso de danos causados em acidente de veículos de via terrestre e no caso de cobrança de seguro relativa a danos causados em acidente de veículo.

No âmbito do Direito do Trabalho, em que a equidade teria aplicação apenas na falta de dispositivos legais específicos para a solução do caso concreto (CLT, art. 8º), o exemplo é o art. 852-I, § 1º, da CLT.⁽²⁶⁾ Introduzida pela Lei n. 9.957/2000, a norma em questão revela uma opção ainda mais clara do legislador contemporâneo pela delegação de discricionariedade judicial ao magistrado para solucionar a causa da maneira que lhe parecer mais justa e equânime em face do caso concreto sob julgamento. A parte inicial do dispositivo reforça a percepção de que o legislador de fato conferiu discricionariedade judicial ao magistrado para bem solucionar a causa. Ao preceituar que o

(24) TESCHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 25-26.

(25) CPC: “Art. 475-A. Quando a sentença não determinar o valor devido, procede-se à sua liquidação.

(...)

§ 3º Nos processos sob procedimento comum sumário, referidos no art. 275, inciso II, alíneas d e e desta Lei, é defesa a sentença ilíquida, cumprindo ao juiz, se for o caso, fixar de plano, a seu prudente critério, o valor devido.”

(26) CLT: “Art. 852-I. A sentença mencionará os elementos de convicção do juízo, com resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório.

§ 1º O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum.”

juízo adotará — “em cada caso” — a decisão que reputar mais justa e equânime, o legislador outorga ao magistrado a discricionariedade necessária para que arbitre a solução adequada às peculiaridades de cada caso concreto. O caso concreto — e suas peculiaridades — submetido a julgamento e a discricionariedade judicial são dois elementos, reciprocamente implicados, que conformam a singularidade ontológica do fenômeno jurídico em cada caso específico.

Essa mesma discricionariedade judicial o legislador já conferira antes ao juiz, para a instrução processual da causa. Com efeito, o legislador, que outorgaria ao magistrado discricionariedade judicial — de natureza substancial — para adotar a decisão mais justa e equânime para o caso concreto (CLT, art. 852-I, § 1º), já lhe havia outorgado antes uma correspondente discricionariedade judicial — de natureza instrumental — para conduzir a instrução do processo, “... com liberdade para determinar as provas”, (...) “limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras da experiência comum ou técnica” (CLT, art. 852-D).⁽²⁷⁾

Não é demais sublinhar que o processo de interpretação não se limita às normas jurídicas, mas também se estende aos fatos trazidos a juízo. E, em relação a estes, não há como negar que o juiz que instrui o processo e colhe as provas se encontra numa posição muito mais privilegiada, mesmo porque é ele quem assume a direção do procedimento probatório, com poderes para dispensar as provas que julgar desnecessárias (não somente sob o prisma do interesse da parte litigante, mas principalmente

sob o prisma da conformação do convencimento do juízo para o julgamento), afora o fato de ter contato direto com as partes e demais fontes instrutórias. E na própria valoração da norma, em sua função social, não se pode prescindir da análise da realidade em que aquela se insere, o que, uma vez mais, confere relevância à posição do julgador originário.⁽²⁸⁾

7. O método da transmigração do relator

Antes afirmamos que ao tribunal cabe verificar se a sentença conferiu uma *solução legítima à causa* (uma *sentença razoável*) e não pretender que a decisão proferida seja aquela *sentença ideal* que o relator proferiria se estivesse no lugar do juiz originário por ocasião do julgamento da causa. No desenvolvimento da referida assertiva, cabe agora questionar a adequação do método da transmigração do relator para o lugar do juiz originário.

É intuitiva a conclusão de que se revela deveras problemática a ginástica mental de o relator (tentar) transportar-se para o passado, para assumir a posição do juiz originário, a fim de imaginar como conduziria a audiência; ou como sopesaria determinado aspecto; ou como julgaria a causa se lá estivesse. “Essa transmigração é impossível”, segundo LUIZ ALBERTO VARGAS e RICARDO CARVALHO FRAGA, que já se ocuparam do tema da função revisora dos tribunais de forma precursora. Na ocasião,

(28) “Se, por um lado, acredita-se que a decisão judicial possa apresentar um erro, por outro, não se pode concluir que as decisões colegiadas ou proferidas em grau de revisão estão isentas das mesmas críticas. Ao contrário, todas as decisões contam com a possibilidade de vício na apreciação dos fatos e do direito do caso. E mais, na grande maioria dos casos, é o juiz da primeira instância que está mais próximo das partes e dos demais sujeitos do processo, o que lhe permite melhor percepção da realidade judicial (o contato direto com os litigantes, as testemunhas, a confiança no perito, o debate judicial etc.). Com os sucessivos rejuízos, vão se diluindo – quando não aniquilando – as vantagens dessa imediação, da oralidade, etc.” (PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35 — sublinhei).

(27) CLT: “Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerando o ônus probatório de casa litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras da experiência comum ou técnica.”

os citados autores questionaram a ideia desse “transporte” [da Turma Julgadora], argumentando que os registros da ata de audiência “jamais poderão transmitir a realidade complexa ocorrida na sala de audiência que somente o juiz, ‘in loco’, pode captar”⁽²⁹⁾, o que revela a inadequação de tal método para a apreciação dos recursos de natureza ordinária.

Cada vez mais sintéticas, em face do grande volume de processos trabalhistas em pauta, as atas não reproduzem completamente o que ocorre nas audiências, especialmente no que tange às percepções que o magistrado recolhe intersubjetivamente e que, regra geral, não são registradas na ata de audiência, mas podem assumir relevância decisiva na formação do convencimento do julgador. Portanto, as atas de audiência tendem a ser manifestamente insuficientes para proporcionar a ulterior reconstituição da complexa realidade que se releva ao juiz no contato com as partes na audiência. Daí decorre a conclusão de que se torna problemática a “transmigração” do relator para o lugar do juiz originário, enquanto método para julgamento do recurso: a posterior reconstituição da audiência não se viabiliza em face à perda natural de diversos elementos que seriam necessários à reconstituição daquele cenário, o qual era irredutível às palavras já naquela ocasião originária; muito mais quando o processo chega ao tribunal já então destituído de diversas particularidades apreendidas pelo juiz de primeiro grau na dinâmica da imediação da audiência. Ao sustentar o cancelamento da Súmula n. 136 do TST, FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA defende o entendimento de que o princípio da identidade física do juiz é aplicável ao processo do trabalho exatamente em face da oralidade que o caracteriza, reconhecendo a impossibilidade da ata reproduzir a complexa realidade da audiência: “a identidade do juiz é de elevada importância porque não é possível reproduzir,

(29) VARGAS, Luiz Alberto de; FRAGA, Ricardo Carvalho. *Fatos e jurisprudência — reflexões iniciais*. Publicado em: <www.uol.com.br/lavargas>.

nas atas e depoimentos, as impressões que resultam da inquirição direta das partes e das testemunhas. Da identidade resulta a valorização da verdade real.”⁽³⁰⁾

No trabalho hermenêutico, não há um deslocamento do leitor para a consciência do autor do texto. Trata-se, antes, de estabelecer uma comunhão de sentido naquilo que foi escrito. Transportando essa verdade para o estudo da função revisora, pode-se afirmar que não deve haver — talvez seja mesmo impossível fazê-lo — um deslocamento do relator para a consciência do juiz de primeiro grau, quando do trabalho de revisão da sentença. Ao contrário, trata-se, mais propriamente, de estabelecer uma comunhão de sentido acerca da sentença, o que requer do tribunal uma atitude de positiva compreensão do julgado de primeiro grau,⁽³¹⁾ de modo a resgatar o postulado de que “a compreensão só se instala no instante em que começa brilhar em nós o que o texto não diz, mas quer dizer em tudo que nos diz.”⁽³²⁾ Para compreender o sentido de uma produtiva política judiciária acerca da recorribilidade é necessário que os tribunais exercitem a compreensão da sentença pelos seus próprios motivos, no pressuposto filosófico da moderna compreensão, é dizer, no pressuposto “do compreender pelos motivos, enquanto apreensão dos motivos daquele que se exprime”, de modo que pese o escopo da compreensão, enquanto “um encontro espiritual com a individualidade que se exprime.” Como na poesia, trata-se de “compreender melhor o autor do que ele se compreendeu a si próprio.”⁽³³⁾

(30) Francisco Antonio de Oliveira. *Comentários às súmulas do TST*. 9 ed. São Paulo: Editora RT, 2008, p. 280.

(31) O fenômeno do crescimento da jurisdição de massa tem acarretado algumas consequências negativas. Entre elas, está a fundamentação cada vez mais sintética das sentenças.

(32) Emmanuel Carneiro Leão. Prefácio. p. 18, da obra de Martin Heidegger. *Ser e tempo*. vol. 1. 10 ed. Petrópolis – RJ: Editora Vozes, 2001.

(33) ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p.165-166.

Ao tratar do trabalho hermenêutico, HANS-GEORG GADAMER fornece um precioso subsídio para ilustrar o debate proposto no presente ensaio:

Quando procuramos entender um texto, não nos deslocamos até a constituição psíquica do autor, mas, se quisermos falar de deslocar-se, o fazemos tendo em vista a perspectiva sob a qual o outro ganhou a sua própria opinião. E isso não quer dizer outra coisa, senão que procuramos fazer valer o direito objetivo do que o outro diz. Quando procuramos entender, fazemos inclusive o possível para reforçar os seus próprios argumentos. Isso acontece já na conversação. Mas onde se torna mais patente é na compreensão do escrito. Aqui nos movemos numa dimensão de sentido que é compreensível em si mesma e que, como tal, não motiva um retrocesso à subjetividade do outro. É tarefa da hermenêutica explicar esse milagre da compreensão, que não é uma comunhão misteriosa das almas, mas uma participação num sentido comum.⁽³⁴⁾

Em síntese, não parece adequado o método da transmigração do relator para o lugar do magistrado que fez a instrução e proferiu a sentença, seja em razão da própria discricionariedade ínsita ao ato de aplicação do direito, seja em razão da impossibilidade de reconstituir-se o complexo cenário da audiência e todos demais aspectos fáticos da causa.

8. Um acórdão e não uma nova sentença

Em que pese o irrecusável caráter hermenêutico da aplicação do direito corporificado na sentença, alguns acórdãos parecem mais uma nova sentença do que um ato de revisão, pois praticamente ignoram a decisão de primeiro grau; reescrevem a litiscontestação e examinam os fatos e a prova como se o tribunal fosse o primeiro destinatário da prova e do debate processual; como se o laborioso

trabalho que resultou na sentença pudesse ser desconhecido. Tal atitude decorre de uma compreensão equivocada acerca do que seja a função revisora dos tribunais (objeto), equívoco que se comunica ao modo de proceder no julgamento do recurso (método).

O resultado que decorre da utilização desse método de apreciação do recurso só pode ser o incremento no número de reformas das sentenças de primeiro grau. E não pode ser diferente. O próprio método induz à reforma da sentença, porquanto não atenta para um pressuposto ínsito ao fenômeno jurídico: desconsidera que o caráter hermenêutico da aplicação do direito implica natural discricionariedade do juiz no julgamento da causa.

Para decidir, o juiz precisa antes decidir-se, o que pressupõe adotar valorações, de modo que é provável que outro julgador — outro julgador significa necessariamente o exame da causa a partir de outra *situação hermenêutica* — julgasse diferente do julgador originário. E não há novidade alguma nisso, pois é inerente à natureza hermenêutica do direito a possibilidade de mais de uma *solução legítima* para determinada situação de conflito de interesses, pois “... os valores, além de relativos, admitem infinitas gradações, de modo que se pode conceber uma sentença menos ou mais justa que outra – ambas, no entanto, legítimas e ditadas conforme a lei”; conforme a esclarecedora observação de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA.⁽³⁵⁾

Tratando desse tema, KARL ENGISCH sustenta que várias alternativas de solução podem apresentar-se como plausíveis para resolver determinado conflito, devendo-se reconhecer a cada uma delas legitimidade:

Ao jurista acode logo aqui um conceito usado em vários contextos, o conceito de *fungibilidade*: se no exercício do poder

(34) GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 437-438.

(35) SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 253.

discrecionário surgem várias alternativas à escolha, cada uma delas pode ser ‘fungível’ e ‘defensável’, em vista da grande ambiguidade que permanece dentro do ‘espaço de jogo’. (...) Todo aquele que se decide, dentro do espaço de jogo, por uma destas possibilidades, está dentro do direito e ninguém pode dizer que só ele tem razão.⁽³⁶⁾

Melhor compreendidas as implicações da natureza hermenêutica do ato da aplicação do direito pelo juiz de primeiro grau na sentença, a função revisora dos tribunais no julgamento dos recursos de natureza ordinária apresentar-se-á relativamente simplificada — e facilitada — quando colocada sob a perspectiva da efetividade da jurisdição. Nesse sentido, cabe aos tribunais tomar a sentença como ponto de partida para o exame do recurso interposto, valorizando o trabalho produzido pelo julgador de primeiro grau, sobretudo no que diz respeito à apreciação de fatos e provas.

Vale dizer, a função revisora está limitada ao exame daqueles aspectos específicos objeto do recurso, não se devendo realizar um reexame *ab initio* de toda a causa, como se pela primeira vez a causa estivesse chegando ao Poder Judiciário para julgamento. Em resumo: a função do tribunal não é julgar a causa; essa função é do juiz de primeiro grau de jurisdição; o tribunal julga o recurso — a impugnação à sentença. Embora possa parecer a mesma coisa, não é. Trata-se de uma distinção fundamental, conforme se infere da lição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA acerca do objeto do recurso: “Objeto do juízo de mérito é o próprio conteúdo da impugnação à decisão recorrida.” Essa conclusão também se impõe quando examinadas as possibilidades identificadas pelo autor quanto ao julgamento do recurso no mérito: ou “nega-se provimento ao recurso, por entender-se infundada a impugnação”; ou

(36) ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 250.

“dá-se provimento ao recurso, por entender-se fundada a impugnação”.⁽³⁷⁾

No julgamento do recurso, deve o tribunal examinar a sentença sob o aspecto da razoabilidade da solução adotada pelo juiz, exame que, por sua vez, deve ser modulado racionalmente dentro do “espaço do jogo”. É o que, a partir de GADAMER, pode-se chamar “participação num sentido comum”. É sobre esse método que o Poder Judiciário deve se debruçar.

Examinada a questão sob a perspectiva da efetividade da jurisdição, a função revisora dos tribunais nos recursos de natureza ordinária deve afastar-se da ilusória ideia da *sentença ideal* [para o relator] e cultivar a ideia da confirmação da *sentença razoável*, sob pena de correr-se o risco de a *revisão* da sentença degenerar na *desconstrução* da sentença, resultado a que se chega quando o método escolhido é inadequado à função revisora, conforme alertam LUIZ ALBERTO VARGAS e RICARDO CARVALHO FRAGA no ensaio já referido.⁽³⁸⁾

9. A sentença razoável deve ser confirmada

A reforma da sentença de primeiro grau justifica-se quando a sentença não é razoável, vale dizer, quando a causa não teve uma *solução legítima* em face do direito, tendo-se presente, aqui, como razoável, a possibilidade de mais de uma solução legítima para a mesma causa em face do direito aplicável, superando-se a ideia iluminista de que a sentença ou é certa, ou será errada. A reforma da sentença também pode justificar-se quando proferida em contrariedade à lei ou em desconformidade com a jurisprudência uniforme.

Mesmo neste caso, no entanto, é preciso que os fundamentos em que se assenta a sentença

(37) MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 168 e 177, respectivamente.

(38) VARGAS, Luiz Alberto de; FRAGA, Ricardo Carvalho. *Fatos e jurisprudência — reflexões iniciais*. Publicado em: <www.uol.com.br/lavargas>.

sejam afastados. Assim, não se trata de construir uma nova sentença, a partir da ótica da jurisprudência dominante ou de outra interpretação legal, apresentada como correta, mas de, primeiro, infirmar os elementos em que se baseou o julgado que ensejou o recurso. O que vemos, na prática, no entanto, em certos casos, é a prolação de nova sentença, como se a anterior não existisse, sem enfrentamento dos fundamentos em que se assenta a conclusão que se considera inaceitável — o que constitui um segundo julgamento da causa, e não a revisão da sentença.

A natureza dialética do processo reclama um autêntico diálogo entre recurso, sentença e acórdão. Esse diálogo é provocado pelos fundamentos do recurso, no limite da matéria impugnada. A sentença é a síntese cuja antítese é a respectiva impugnação representada pelo recurso. O acórdão adequadamente fundamentado é aquele que resulta desse diálogo, produzindo uma segunda síntese, na qual devem ser examinados os fundamentos da sentença em cotejo com os fundamentos do recurso. No caso de reforma da sentença, esse diálogo deve revelar, no acórdão, as razões por que a solução e os fundamentos adotados na sentença não são considerados adequados no caso concreto e, também, as razões por que se entendeu pela prevalência dos fundamentos do recurso e pela respectiva solução diversa.

Em se tratando de *sentença razoável*, a mera circunstância de não ser ela a *sentença ideal* que o relator proferiria se fosse o julgador originário, não justifica a reforma, sobretudo quando a matéria submetida a recurso envolver fatos e provas. É claro que o tribunal estará no exercício de sua legítima função revisora ao concluir pela reforma, se entender que a sentença não conferiu uma solução razoável à causa, porquanto nos recursos de natureza ordinária o tribunal tem jurisdição sobre a matéria que lhe é devolvida pelo recurso, facultando-lhe — mas também exigindo-lhe — o reexame de fatos e prova, quando essa for a matéria objeto do apelo.

Não há dúvida de que também há discricionariedade no exame do recurso pelo tribunal, pois se trata também aqui — no exercício da função revisora do tribunal — de aplicação do direito. Essa discricionariedade conferida ao tribunal é tão legítima como fora a discricionariedade conferida ao julgador de primeiro grau, pois em ambas as situações estamos diante de aplicação do direito a um caso concreto. São duas liberdades que devem conviver em comunhão. Portanto, não se trata de questionar, aqui, a legitimidade da função revisora dos tribunais. Trata-se de interrogar sobre o método com o qual devemos nos dirigir para o exame dos recursos de natureza ordinária, tendo os olhos postos no compromisso maior com a efetividade da jurisdição, numa sociedade marcada pela desigualdade social e pela demanda massiva de jurisdição trabalhista.

Analisada a situação acima sob a égide da efetividade da jurisdição, impõe-se enfrentar agora outra questão, subjacente e mais complexa: qual a discricionariedade que deve prevalecer? A de primeiro grau ou a de segundo grau? Se tanto as decisões de primeiro grau quanto as decisões de segundo grau têm natureza discricionária, tratando-se de solução razoável, deve-se prestigiar a decisão recorrida. Tal conclusão é recomendada, não só por privilegiar o valor maior da efetividade da jurisdição, mas também pelo fato decisivo de que ao juiz de primeiro grau foi dado manter o irredutível contato pessoal com as partes e com a prova proporcionado pela imediação da audiência, além de conhecer a realidade sócioeconômica da comunidade em que a decisão há de ser executada, o que autoriza a presunção de que o juízo de primeiro grau de jurisdição reúna as melhores condições para compreender as diversas dimensões do conflito e, portanto, para fazer justiça no caso concreto.

O magistério de KARL ENGISCH confere razoabilidade à afirmação anterior, pois, para o autor,

Na realidade das coisas, dado como pressuposto que existe um ‘poder discricionário’,

seremos forçados a aceitar que aquilo que ‘em todo o caso’ tem de ser reconhecido como defensável, deve valer como ‘correto’ (e — permita-se-me o atrevimento de mais este excursus: — não deve ficar sujeito a reexame por uma outra instância, pelo menos quando esta não esteja em contacto tão estreito com o caso concreto e não seja essencialmente mais perita na matéria que a instância detentora do poder discricionário, mas apenas, na melhor das hipóteses, se julgue ‘mais sábia’ que esta).⁽³⁹⁾

Portanto, a confirmação da sentença razoável deve ser a diretriz geral da função revisora do tribunal no julgamento dos recursos de natureza ordinária, sobretudo quando se estiver diante de matéria de fato, devendo a reforma da sentença ficar reservada àquelas situações em que o tribunal reputar caracterizado excesso ou abuso do poder discricionário judicial conferido ao magistrado de primeiro grau. Afinal, não faz sentido, seja do ponto de vista lógico, econômico ou político, que outra sentença seja proferida quando a anterior conferiu à demanda uma solução plausível, conquanto não seja a sentença que o juiz relator proferiria, caso fosse o julgador originário.

A função do órgão revisor é avaliar se a escolha do juiz sentenciante é razoável, ou não, e nisso reside a sua discricionariedade. Todavia, sendo a escolha do juiz razoável, a simples substituição daquela por outra solução caracteriza uma tentativa de colocar-se no lugar do julgador primeiro, o que se mostra inadequado, conforme já demonstrado anteriormente. Tem-se, nesse caso, não a revisão da sentença, mas um novo julgamento da causa, o qual muitas vezes não está sujeito à revisão recursal.

Aliás, em se tratando de interpretação de decisões judiciais, a doutrina está assentada no pressuposto de que as decisões judiciais devem ser interpretadas sob a presunção de que a

sentença se apresenta em conformidade com a lei — “a presunção de não se haver decidido contra a lei”.

A valiosa pesquisa realizada por ESTÊVÃO MALLET acerca do tema traz luz ao debate proposto no presente ensaio, na medida em que assenta a questão em exame sobre a correta consideração inicial de que “se o juiz conhece o direito — *jura novit curia* — e, ao decidir, deve aplicar as normas legais, é de se supor que o tenha feito realmente.” Mais do que a legalidade do julgado, a própria justiça da sentença deve ser presumida quando se interpretam as decisões judiciais, conclusão que decorre implicitamente da natureza sistemática da respectiva ordem jurídica. O citado jurista ilustra essa importante questão:

A presunção de não se haver decidido contra a lei envolve, no fundo, desdobramento, no campo da hermenêutica, da concepção sistemática do ordenamento jurídico. A partir de tal concepção, como adverte *Canaris*, ‘a solução adequada ao sistema é, na dúvida, vinculativa, *de lege lata* e é fundamentalmente de reconhecer como justa.’ A decisão de acordo com a lei é a mais adequada ao sistema. Daí presumir-se haver sido adotada, na falta de elementos que indiquem o acolhimento de solução diversa.⁽⁴⁰⁾

10. O alcance de uma inovação procedimental

O procedimento sumaríssimo trouxe uma inovação procedimental que estimula indiretamente a confirmação da *sentença razoável* pelo tribunal.

Na verdade, a inovação procedimental hospeda o embrião de uma potencial mudança de paradigma acerca da função revisora dos tribunais, não obstante muitos de nós ainda não tenhamos percebido o seu alcance. Trata-se da confirmação da sentença por simples certidão: uma simples certidão substitui o

(39) ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 251.

(40) MALLET, Estêvão. *Ensaio sobre a interpretação das decisões judiciais*. São Paulo: LTr, 2009. p. 57.

acórdão, agilizando a tramitação do processo na fase recursal. Considerado o nosso histórico apego aos aspectos formais, muitos tiveram dificuldade de assimilar a racionalização procedimental representada pelo art. 895, § 1º, IV, parte final, da CLT.⁽⁴¹⁾

Mais do que simplificação procedimental, o preceito confere uma *racionalidade avançada* ao sistema recursal da CLT, incorporando a compreensão superior de que o ato de julgar implica natural discricionariedade e que a solução adotada pelo julgador originário, a partir da imediação inerente ao primeiro grau de jurisdição, *tende* a ser ratificada pelo tribunal, dispensando-se a lavratura do acórdão quando o tribunal reputar a *sentença razoável*. A *racionalidade avançada* acolhida no referido dispositivo legal é uma das explicações para o elevado índice de efetividade alcançado pelo procedimento sumaríssimo.

A Justiça do Trabalho tem sido precursora em progressos na efetividade da prestação jurisdicional, premida pela natureza alimentar do crédito trabalhista e pela consequente agilidade exigida para sua satisfação. O preceito em questão é um desses progressos cuja potencialidade crescerá à medida que a demanda de massa por justiça seguir aumentando. Por ora, atua como um elemento fecundo para a reflexão sobre o método a ser utilizado no exercício da função revisora dos tribunais no julgamento dos recursos de natureza ordinária. Logo adiante, poderá operar como fonte de

inspiração para dar-se maior efetividade também ao procedimento ordinário trabalhista, *de lege ferenda*. No futuro, servirá de inspiração à reforma do sistema recursal do CPC.

11. Mauro Cappelletti — a atualidade de um diagnóstico

Embora realizado no ano 1973, é notável a atualidade do diagnóstico feito por MAURO CAPPELLETTI acerca da falta de efetividade da jurisdição na Itália à época. Examinando a questão também no âmbito do direito comparado, o jurista italiano afirma que o principal defeito dos sistemas jurídicos da *civil law* “... es la profunda desvalorización del juicio de primer grado, con la conexas glorificación, si así puede decirse, de los juicios de gravamen”, defeito que o jurista não identifica nos países anglo-saxões do sistema da *common law*.⁽⁴²⁾

A partir do elevado índice de recorribilidade que os sistemas jurídicos da *civil law* ensejam e tendo em conta que a parte frágil economicamente tem maior dificuldade para resistir à demora do processo, MAURO CAPPELLETTI questiona o duplo grau de jurisdição. Critica a concepção de que se trataria de uma garantia absoluta, concluindo que “el exceso de garantías se vuelve contra el sistema.”

As palavras de CAPPELLETTI guardam atualidade quarenta anos depois:

Naturalmente existe todavía quien, de buena o de mala fe, piensa en la apelación y en el ‘doble grado de jurisdicción’ como en una importante *garantía procesal*, tal vez una *garantía de libertad*, incluso algo absoluto e insuprimible. Es indudable que esta concepción no resiste una crítica seria y desprejuiciada. Por un lado, la apelación como juicio *de novo* lleva a esa perniciosa desvalorización del juicio de primer grado ya mencionada. Por otro lado, ningún ordenamiento, ni en Italia ni en cualquier otro

(41) CLT: “Art. 895. Cabe recurso ordinário para a instância superior:

a) das decisões definitivas das Varas e Juízos, no prazo de 8 (oito) dias.

§ 1º Nas reclamações sujeitas ao procedimento sumaríssimo, o recurso ordinário:

(...)

IV – terá acórdão consistente unicamente na certidão de julgamento, com a indicação suficiente do processo e parte dispositiva, e das razões de decidir do voto prevalente. **Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a certidão de julgamento, registrando tal circunstância, servirá de acórdão.**” (grifamos).

(42) CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías e sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. p. 278 (grifos no original).

país — tanto menos em França, donde la idea del ‘double degré de juridiction’ parece sin embargo estar particularmente arraigada — considera el doble grado de jurisdicción como una garantía *constitucional*, o sea protegida como una garantía fundamental e inderogable.”⁽⁴³⁾

Depois de ponderar que cada vez que se acrescenta um novo grau de jurisdição, não só se faz um bom serviço à parte que não tem razão, senão que se faz também um mau serviço à parte que tem razão, CAPPELLETTI sustenta que o exame da matéria de fato deveria ficar circunscrito ao primeiro grau de jurisdição, limitado o recurso à matéria de direito: “Bastante mejor es tratar de tener, como en los sistemas anglosajones y en tantos otros, un cuidado juicio de primer grado, *final* en lo que concierne a las cuestiones de hecho, y abierto solamente a una impugnación por *errores de derecho*, sustancial y procesal, antes que a un verdadero y propio re-examen del mérito de la causa.”⁽⁴⁴⁾

A supressão de recurso em matéria de fato também foi defendida por magistrados do trabalho integrantes da 15ª. Região da Justiça do Trabalho. Ao formular proposta de reforma do direito procesual do trabalho brasileiro no ano de 2010, os referidos magistrados postularam que “... o recurso ordinário seja cabível no que se refere a questões de direito, ou seja, não atingindo as matérias fáticas”.⁽⁴⁵⁾ No mesmo sentido alinha-se o ensaio realizado por *Marcos Neves Fava* sobre o tema da efetividade da execução. O jurista logo percebe a relação intrínseca que, na repartição do ônus do tempo do proceso, se estabelece entre cognição e execução, postulando restringir a recorribilidade

(43) Ob. cit., p. 279 (grifos no original).

(44) CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías e sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. p. 279-280 (grifos no original).

(45) FELICIANO, Guilherme Guimarães (Coord.). *Fênix*: por um novo processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010. p. 88.

das decisões quanto à matéria de fato na processualística trabalhista. Pondera que

[...] um procedimento que se pretenda preponderantemente oral, com vistas a qualificar a apreensão da prova pelo juízo prolator, deveria restringir a recorribilidade, no que toca aos *feitos* da demanda. Ao contrário, persiste no sistema processual — tanto trabalhista, quanto civil comum — a *ampla recorribilidade das decisões, mesmo que exclusivamente de fato*, em detrimento inegável à celeridade da tramitação dos feitos e causando insidioso desmerecimento às decisões de primeiro grau, num constante incentivo à interposição de recursos.⁽⁴⁶⁾

No direito processual civil brasileiro, OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA figura entre os juristas que sustentam ponto de vista semelhante àquele de MAURO CAPPELLETTI quanto à deslegitimação da jurisdição de primeiro grau gerada pelo sistema recursal:

No ponto mais elevado da escala, encontra-se uma magistratura altamente legitimada, contra a qual o sistema político abre mão dos recursos. À medida que descemos na escala hierárquica, reduz-se a legitimidade dos magistrados e avolumam-se os recursos, até atingirmos a jurisdição de primeiro grau, que o sistema literalmente destruiu, sufocando-a com uma infernal cadeia recursal que lhe retira a própria ilusão, de que ela poderia alimentar-se, de dispor de algum poder decisório.⁽⁴⁷⁾

No âmbito do direito processual do trabalho, ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA sustenta a valorização das sentenças de primeiro grau pela sua execução imediata. Ao explorar as potencialidades trazidas à execução provisória pela Lei n. 11.232/05 (CPC, art. 475-O), o jurista defende, *de lege ferenda*, deva ser executada a

(46) FAVA, Marcos Neves. *Execução trabalhista efetiva*. São Paulo: LTr, 2009. p. 165.

(47) SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 239-240.

sentença na pendência do recurso ordinário do empregador:

Há de chegar um instante em que, uma vez confirmada a sentença de primeiro grau em recurso na segunda instância, se há de permitir a execução provisória com prestação jurisdicional definitiva, com atos de alienatários e levantamento de dinheiro. Mais perfeito ainda será o processo de execução trabalhista quando, a partir da sentença de primeiro grau, a prestação jurisdicional seja definitiva. A caução será prestada pelo Estado, garantindo-se o direito do executado mas sem ônus para o exequente.⁽⁴⁸⁾

O presente ensaio não tem o propósito de colocar em questão o próprio duplo grau de jurisdição em matéria de fato. Nada obstante o tema ora versado esteja limitado à discussão acerca da função dos recursos ordinários, o diagnóstico feito por MAURO CAPPELLETTI opera como argumento crítico importante para o debate acerca do fenômeno da desvalorização da jurisdição de primeiro grau nos sistemas jurídicos da *civil law*, conforme evidenciado por OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, debate que é correlato ao tema da função revisora dos tribunais e do método de seu exercício.

Essa discussão será mais fecunda se os tribunais receberem o convite ao debate com a abertura e sensibilidade propostas por ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA.

Recorrendo à doutrina de ANDRÉA PROTO PISANI, o autor mineiro sublinha que

[...] a finalidade do apelo é exatamente permitir que o segundo grau aproveite a lição do que foi ensinado em primeiro ('il secondo giudice ha minori probabilità di errare in virtù della possibilità di utilizzare quello che fu l'insegnamento del primo grado e valutarne i risultati'). Acontece que o 'ensinamento' do primeiro grau, que de fato

muitas vezes existe, pode ser desprezado pelo segundo que, abandonando a verdade, incide no erro. Outras vezes corrige de fato o erro cometido na instância inferior. Portanto, o que há de concreto são reavaliações do mesmo fato, visto por pessoas diferentes, as quais podem ser coincidentes ou divergentes.⁽⁴⁹⁾

As seguintes palavras de ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA servem de inspiração para a reflexão proposta no presente ensaio: "Em meu gabinete, no TRT da 3ª Região, mantenho 99% destas sentenças" [das sentenças de primeiro grau]. "Ainda que não seja esta a média de outros juízes e regiões, dificilmente a reforma vai além de 90%. Quando há mudanças, são pequenas e insignificantes. Não recorro de haver reformado fatos integralmente em uma única sentença. Hoje a atividade dos TRTs é meramente homologatória do que se decide no primeiro grau. Portanto, valorizar os juízes de primeiro grau, que são a parte mais importante do judiciário trabalhista (e de qualquer judiciário), é dever do legislador e do intérprete."⁽⁵⁰⁾

12. Conclusão

Enquanto não houver uma clara orientação para prestigiar as decisões de primeiro grau, devemos renunciar à ilusão da efetividade da jurisdição.

Se entre nós pode parecer prematura a mera supressão de recurso para a matéria de fatos e provas, como sugere a manutenção do veto presidencial ao inciso I do § 1º do art. 895 da CLT,⁽⁵¹⁾ dispositivo que limitava o cabimento

(49) SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da Reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007, p. 25. Em tradução livre, a frase de Andréa Proto Pisani enuncia: o segundo juízo tem menor probabilidade de errar em virtude da possibilidade de utilizar-se daquele que foi o ensinamento de primeiro grau e avaliar os resultados.

(50) *Ibidem*, p. 37.

(51) A Lei n. 9.957/00 introduziu o procedimento sumaríssimo trabalhista para as causas com valor de até 40 salários mínimos. Comentando o veto presidencial ao inciso I do § 1º do art. 895 da CLT, *Estêvão Mallet* desenvolve crítica consistente à ampla admissibilidade

(48) SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da Reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007. p. 76.

de recurso ordinário nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo às hipóteses de violação literal da lei, contrariedade à súmula de jurisprudência uniforme do TST ou violação direta da Constituição da República, pelo menos é razoável admitir a necessidade de uma séria reflexão acerca da finalidade da função revisora dos tribunais no julgamento de recursos de natureza ordinária e a respeito do método adotado para o respectivo exercício.

Essa reflexão deve ter por norte uma conseqüente preocupação com a efetividade da jurisdição, a qual somente pode ser construída laboriosamente mediante uma clara opção pelo fortalecimento da autoridade da jurisdição de primeiro grau e a partir da adoção de método adequado no julgamento dos recursos de natureza ordinária.

A Justiça do Trabalho precisa pensar nisso.

13. Referências bibliográficas:

ALEXY, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 779, 2000.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Execução provisória trabalhista depois da Reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007.

de recursos de natureza ordinária no caso de procedimento caracterizado pela oralidade, imediatidade e concentração. Diz o autor: "O texto do projeto de que se originou a Lei n. 9.957 limitava, de modo sensível, o efeito devolutivo do recurso ordinário, restringindo-o apenas aos casos de 'violação literal à lei, contrariedade à súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ou violação direta da Constituição da República.' Aprovado no Congresso, o dispositivo proposto foi considerado excessivo, comprometendo o acesso das partes ao duplo grau de jurisdição, o que serviu de pretexto para o seu veto. Com isso tirou-se da Lei n. 9.957 o que talvez nela houvesse de melhor. A larga permissão de recursos de natureza ordinária não se justifica em procedimento que procura privilegiar a oralidade, a imediatidade e a concentração dos atos processuais. Aliás, nada mais contrário à imediatidade e à oralidade do que o duplo grau de jurisdição. O reexame amplo da causa pelo juízo do recurso, que não participou da colheita da prova, quebra inevitavelmente a imediatidade, enfraquecendo e desvalorizando a atividade cognitiva desenvolvida pelo juízo de primeiro grau e, mais ainda, a própria tarefa de apreciação direta da prova" (MALLETT, 2002, p. 98).

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías e sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.

_____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993/reimpressão, 1999.

DESCARTES. *Discurso do método*. Livraria Exposição do Livro.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FAVA, Marcos Neves. *Execução trabalhista efetiva*. São Paulo: LTr, 2009.

FELICIANO, Guilherme Guimarães (Coord.). *Fênix: por um novo processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. vol. 1, 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MALLETT, Estevão. *Procedimento sumaríssimo trabalhista*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Ensaio sobre a interpretação das decisões judiciais*. São Paulo: LTr, 2009.

MARANHÃO, Délio. CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1993.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários às súmulas do TST*. 9. ed. São Paulo: RT, 2008.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia — um estudo do modelo heideggeriano*. 3 ed. Porto Alegre: Movimento, 1983.

TESHEINER, José Maria Rosa Tesheiner. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

VARGAS, Luiz Alberto de; FRAGA, Ricardo Carvalho. *Fatos e jurisprudência — reflexões iniciais*. Publicado em: <www.uol.com.br/lavargas>.

Peça Processual

Henrique Cavalcante¹

EXCELENTÍSSIMO PROCURADOR DO TRABALHO DA PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO — OFÍCIO ARAPIRACA (AL)

Ref. PA 000176.2013.19.001/9

HENRIQUE CAVALCANTE, Juiz do Trabalho Titular da Vara do Trabalho de Santana do Ipanema (AL), noticiante *ex officio* da representação que gerou o PA 000176.2013.19.001/9, ciente pessoalmente da respectiva promoção de arquivamento na data de 22.10.13, quando o expediente lhe veio concluso, após afastamento legal para curso, nos termos do art. 73, inciso I, da Lei Complementar n. 35/79, pelo período de 14 a 18.10.13, vem, de forma tempestiva e muito respeitosa, apresentar

RECURSO CONTRA DECISÃO DE ARQUIVAMENTO

destinado à CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, para revisão e reconsideração da referida decisão, requerendo, para tanto, a juntada deste expediente aos autos e remessa, *caso rejeitado o requerimento de manutenção do Inquérito em sede da Procuradoria, formulado nos termos do art. 5º, § 2º, da Resolução n. 69 do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, de 12 de Dezembro de 2007.*

Nestes termos,
Pede deferimento.

Santana do Ipanema (AL), 29 de Outubro de 2013.

HENRIQUE CAVALCANTE
JUIZ DO TRABALHO

EXCELENTÍSSIMO/A RELATOR/A DA CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO,

EXCELENTÍSSIMOS MEMBROS DA CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO,

HENRIQUE CAVALCANTE, Juiz do Trabalho Titular da Vara do Trabalho de Santana do Ipanema (AL), apresenta estas razões de recurso contra promoção de arquivamento de Inquérito Civil Público pelas razões que se seguem, pleiteando o prosseguimento das investigações, conforme fundamentos que se seguem.

1. O recorrente constatou que nas reclamações trabalhistas movidas por empregados sem anotação em CTPS, o descumprimento da Legislação Social e Trabalhista é, em regra, muito mais grave do que nos casos de empregados registrados.

2. A situação se agrava, quando o empregado falece e comparecem seus sucessores em audiência, inclusive filhos menores impúberes, desprovidos de qualquer benefício previdenciário oriundo do INSS, uma vez que o vínculo era clandestino.

3. Nesses casos, independentemente da solução tópica do caso concreto, há em geral uma prática do empregador em manter outros empregados na clandestinidade, com prejuízos para a sociedade e à Previdência Social.

4. Por esse motivo, ao fim de cada mês a Diretora de Secretaria da Vara do Trabalho de Santana do Ipanema, por ordem do recorrente, envia relação das petições iniciais noticiando o fato, para providências a cargo do Ministério Público do Trabalho, resumidas a cobrar uma única obrigação de fazer: **anotação e registro do contrato de emprego**. Busca-se assim a potencialização coletiva da lide individual, com objetivo de prevenção.

5. O recorrente se baseia para tanto em artigos da Constituição e da legislação ordinária vigente:

Constituição da República:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [GN]

Lei Complementar n. 75/93:

Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

I – promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas;

[...]

III – promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os **direitos sociais constitucionalmente garantidos**; [GN]

6. Nas audiências em que se constata essa irregularidade, o recorrente esclarece às partes [sobretudo os empregadores] os riscos do trabalho clandestino, avisando inclusive que no fim do mês oficiará ao Ministério Público do Trabalho para providências, motivo pelo qual, com a assistência de seus Advogados, deveriam se antecipar e solucionar algum outro caso remanescente de trabalho clandestino. E ainda destaca as vantagens se firmar Termo de Ajuste de Conduta, evitando processo judicial, custo com Advogados etc.

7. No caso do arquivamento que se pretende reverter, os fundamentos adotados no relatório foram os seguintes:

a) Pequena quantidade de trabalhadores, que não geraria repercussão social que justificasse atuação;

b) A lide individual fora solucionada;

c) “Ademais, ainda que os direitos acima sejam indisponíveis, a relevância do bem tutelado não justifica a atuação do Ministério Público do Trabalho, como seria em casos de violação a direitos da personalidade; trabalho infantil; trabalho em condições análogas a de escravo; acidente de trabalho.”

8. Com todo respeito e compreensão da independência funcional dos Membros do Ministério Público do Trabalho, e pela diversidade de interpretação das normas e práticas pertinentes às Ações Coletivas, quer nos parecer que a solução encontrada não é a que melhor atende à defesa do ordenamento jurídico e à máxima otimização dos princípios de Direito Social.

9. No que se refere ao número de empregados, é de conhecimento geral que a maioria esmagadora das empresas brasileiras se classifica como micro, ou pequena, cada uma empregando pouca mão de obra, de fato.

10. No entanto, em seu conjunto elas são as maiores responsáveis pela geração de emprego no Brasil. Excluí-las porque, individualmente detêm poucos empregados, significa, ao fim e ao cabo, omitir-se na proteção de uma quantidade enorme de pessoas, desprovidas de qualquer proteção previdenciária, que a anotação da CTPS pode prevenir. Significa deixar não apenas os empregados, como companheira e filhos à míngua, em caso de falecimento. Essa é a realidade que o recorrente verifica nas audiências trabalhistas, e na comarca em que atua.

11. O fato de a lide individual ter sido solucionada é circunstância que se insere na perspectiva *reparatória*. A medida coletiva deve ter escopo preventivo, antecipando-se à existência de novas lides individuais a serem solucionadas apenas em Juízo, em futuro incerto e não sabido.

12. A Justiça do Trabalho é frequentemente [des] qualificada como uma “Justiça dos Desempregados”. Assim, o Ministério Público do Trabalho, como função essencial ao Judiciário Trabalhista, deve, *porque órgão agente desprovido da inércia inerente ao Judiciário*, ir além da lide posta, buscando a lide oculta, seguindo suas pistas, seus sinais.

13. O Ministério Público do Trabalho, *parte imparcial*, com atribuições administrativas, tem a oportunidade e a possibilidade de ingressar na realidade material com maior desenvoltura e evitar, pela prevenção, a necessidade da reparação. Esse é o sentido dos ofícios mensais do recorrente.

14. A atuação do Ministério Público do Trabalho se pauta em algumas linhas importantes, como trabalho escravo, trabalho infantil, acidente do trabalho etc. Essa é uma opção institucional e o recorrente não entra no mérito dessas escolhas, pelo menos nessa oportunidade.

15. No entanto, elas não podem excluir outras necessidades, que constituem um poder-dever. O trabalho clandestino nos parece, a toda prova, uma prioridade que deveria estar na base e na essência do Ministério Público do Trabalho. Ele pode prevenir trabalho infantil e escravo. Empregados registrados estão menos sujeitos a acidentes do trabalho e, com a proteção previdenciária do vínculo registrado, têm amparado o direito personalíssimo ao sustento e à vida, sem os quais não há dignidade da pessoa humana. No extremo, os dependentes previdenciários do trabalhador registrado pelo menos se previnem contra a miséria absoluta, em caso de falecimento de seu pai ou de sua mãe. O trabalho registrado, por si só, é evento que desencadeia benefícios em cadeia aos empregados. E essa percepção acompanha o recorrente há quase duas décadas de seu ingresso na magistratura trabalhista.

16. A existência de trabalho clandestino é o único objeto de representação sistemática do recorrente, que reconhece as limitações de recursos materiais e humanos do Ministério Público do Trabalho, sobretudo no interior de Alagoas. Matérias como direitos individuais homogêneos de natureza patrimonial, por exemplo, não são quase objeto de representação. As representações de outros casos ocorrem somente em situação de fraude grave ou meio ambiente.

PEDIDO

Ante todo o exposto, o recorrente requer a reforma da r. promoção de arquivamento e o prosseguimento do Inquérito [fazendo-o com todas as vênias e de maneira absolutamente respeitosa, expressando sua compreensão da diversidade de visões que o tema dos autos abarca], se não modificada a decisão originária, nos termos da *Resolução n. 69 do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, de 12 de Dezembro de 2007*.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Santana do Ipanema (AL), 29 de Outubro de 2013.

HENRIQUE CAVALCANTE
JUIZ DO TRABALHO

Anexo 1 — Campanha do MPT pela valorização da anotação da CTPS.

http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal_do_mpt/comunicacao/noticias/conteudo_noticia!/ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hH92BPJydDRwN_E3cjA88QU1N3L7OgMC93I_2CbEdFAAovLRY!/?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/wps/wcm/connect/mpt/portal+do+mpt/comunicacao/noticias/campanha+do+mpt+incentiva+registro+da+carteira+de+trabalho

Campanha do MPT incentiva registro da Carteira de Trabalho

Aug 28, 2012

Peça, que tem caráter educativo, será divulgada nos municípios de Arapiraca e Santana do Ipanema

Arapiraca (AL) – O Ministério Público do Trabalho (MPT) em Arapiraca está promovendo uma campanha publicitária de caráter socioeducativo para sensibilizar a população quanto aos direitos trabalhistas.

A campanha, iniciada no dia 27, foi sugerida pelo procurador do Trabalho Gustavo Accioly e está sendo veiculada em outdoors, em ônibus e em rádios nos municípios de Arapiraca e Santana do Ipanema. A mensagem que se pretende passar é o do registro da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) como garantia de segurança, de dignidade e de compromisso entre o trabalhador e o empregador.

Para desenvolver a peça, o MPT utilizou recursos de ação de execução de termo de ajustamento de conduta (TAC), que tramita na 58ª Vara do Trabalho de Santana do Ipanema, contra o ex-prefeito de Piranhas, Inácio Loyola Damasceno Freitas, por manter servidores contratados sem concurso público. A campanha foi produzida pela Agência Chama.

Informações:

MPT em Alagoas

prr19.ascom@mpt.gov.br

(82) 2123-7946

Jurisprudência

**Acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho
Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho**

Tribunal Superior do Trabalho

Processo: TST-RR-3960-90.2010.5.15.0156

Recorrentes Jivanildo da Silva Carvalho

Recorrida: LDC-SEV Bioenergia S.A.

Competência: 3ª Turma

Acórdão:

- **RECURSO DE REVISTA. 1. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONDIÇÕES PRECÁRIAS DE HIGIENE E ALIMENTAÇÃO.** O direito à indenização por danos morais encontra amparo no art. 186 do Código Civil, c/c art. 5º, X, da CF, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana e da valorização do trabalho humano (art. 1º, III e IV, da CF/88). A conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural — o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego. Na hipótese dos autos, embora tenha sido consignada no acórdão a “*demonstração das condições precárias de higiene, especialmente das instalações sanitárias, bem como o fato de que as barracas de alimentação não tinham espaço suficiente para acomodar todos os trabalhadores*” — do que se conclui que os trabalhadores eram privados de condições dignas para higiene pessoal e alimentação —, o Tribunal Regional absolveu a Reclamada da condenação ao pagamento de indenização, por entender que tais circunstâncias não ensejam a ocorrência do dano. Contudo, as condições de trabalho a que se submeteu o Reclamante atentaram contra sua dignidade e integridade psíquica ou física, ensejando a reparação moral, conforme autorizam os arts. 186 e 927 do Código Civil, bem assim o inciso X do art. 5º da Constituição Federal. No que toca ao valor da indenização, registre-se que não há na legislação pátria delineamento do *quantum* a ser fixado a título de dano moral. Caberá ao juiz fixá-lo, equitativamente, sem se afastar da máxima cautela e sopesando todo o conjunto probatório constante dos autos. A lacuna legislativa na seara laboral quanto aos critérios para fixação leva o julgador a lançar mão do princípio da razoabilidade, cujo corolário é o princípio da proporcionalidade, pelo qual se estabelece a relação de equivalência entre a gravidade da lesão e o valor monetário da indenização imposta, de modo que possa propiciar a certeza de que o ato ofensor não fique impune e servir de desestímulo a práticas inadequadas aos parâmetros da lei. No caso dos autos, tem-se que o valor arbitrado na sentença (R\$ 8.000,00) a título de indenização

por danos morais atende aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, razão pela qual impõe-se o seu restabelecimento. **Recurso de revista conhecido e provido, no aspecto.** 2. TRABALHADOR RURAL. PAUSAS POR RAZÕES DE SAÚDE PREVIS- TAS NA NR-31 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. INTEGRAÇÃO JURÍDICA. PAUSA SIMILAR À PREVISTA NO ART. 72 DA CLT. A Constituição Federal, em seu art. 7º, inciso XXII, garante aos trabalhadores urbanos e rurais a “*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*”. Nessa esteira, a Lei n. 5.889/73, que institui normas reguladoras do trabalho rural, em seu art. 13, determina que “*nos locais de trabalho rural serão observadas as normas de segurança e higiene estabelecidas em portaria do Ministro do Trabalho e Previdência Social*”. Com a edição da Portaria n. 86, de 3 de março de 2005, do Ministério do Trabalho e Emprego, entrou em vigor a Norma Regulamentadora n. 31, que estabelece medidas de segurança e higiene para profissionais rurais, entre as quais estão previstas pausas para descanso do trabalhador: “31.10.7 — *Para as atividades que forem realizadas necessariamente em pé, devem ser garantidas pausas para descanso*”; “31.10.9 — *Nas atividades que exijam sobrecarga muscular estática ou dinâmica devem ser incluídas pausas para descanso e outras medidas que preservem a saúde do trabalhador*”. Relativamente a tais pausas para descanso estipuladas pela NR-31, item 10.9, com suporte nos comandos do art. 7º, XXII, CF, e art. 13 da Lei n. 5.889/73, correspondem a 10 minutos de intervalo a cada 90 trabalhados, sem dedução da jornada, por ser tal lapso o que melhor se harmoniza aos objetivos de saúde enfocados pelas regras jurídicas mencionadas. Integração jurídica inerente ao Direito, em geral (art. 4º, LINDB) e ao próprio Direito do Trabalho (art. 8º, *caput*, CLT). Precedentes jurisprudenciais desta Corte Superior. **Recurso de revista conhecido e provido no aspecto.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n. TST-RR-3960-90.2010.5.15.0156, em que é Recorrente JIVANILDO DA SILVA CARVALHO e Recorrida LDC-SEV BIOENERGIA S.A.

Em face da decisão do Tribunal Regional do Trabalho de origem, o Reclamante interpõe o presente recurso de revista, que foi admitido pelo TRT.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, § 2º, do RITST.

PROCESSO ELETRÔNICO.

É o relatório.

VOTO

I) CONHECIMENTO

Atendidos todos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos do recurso de revista.

1. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONDIÇÕES PRECÁRIAS DE HIGIENE E ALIMENTAÇÃO. 2. TRABALHADOR RURAL. PAUSAS POR RAZÕES DE SAÚDE PREVIS- TAS NA NR-31 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. INTEGRAÇÃO JURÍDICA. PAUSA SIMILAR À PREVISTA NO ART. 72 DA CLT

O Tribunal Regional, quanto aos temas, assim decidiu:

“6. Intervalos da NR-31 e aplicação do art. 72 da CLT

Com a devida vênia do entendimento adotado na origem, não existe amparo para sustentar a condenação imposta à reclamada.

Por mais penoso que seja o trabalho executado pelo trabalhador rural, cortador de cana, não há previsão legal para a concessão dos referidos intervalos.

Incabível a aplicação analógica do art. 72 da CLT, pois trata especificamente dos ‘serviços permanentes de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo)’, os quais em nada se relacionam com a atividade desempenhada pelo autor.

Saliente-se que a NR-31 do MTE garante apenas genericamente a concessão de ‘pausas para descanso’, mas não disciplina a forma de concessão, nem a duração dessas pausas, o que impossibilita o acolhimento da pretensão obreira.

Portanto, provejo o apelo da reclamada para excluir da condenação os intervalos equivalentes a dez minutos a cada noventa trabalhados e reflexos respectivos.

(...)

8. Danos morais — Violação da NR-31

Acerca dos danos morais, é necessário pontuar que, para se verificar sua existência, deve ser demonstrado que houve mais do que simples aborrecimento.

Isso ocorre pela comprovação de que o fato ocorrido seja apto a levar a vítima ao constrangimento maior do que aqueles experimentados no cotidiano, ou ainda, levar à ofensa da honra, intimidade ou privacidade do indivíduo.

No Direito Brasileiro, a indenização por danos morais tem dupla função. Além de ressarcir a vítima, sem levá-la ao enriquecimento sem causa, tem o escopo de inibir a ação ilícita por parte do agente causador do dano.

Na hipótese presente, o reclamante aduziu que a reclamada não observou o disposto nos arts. 155 e 200 da CLT, bem como na NR-31 do Ministério do Trabalho e Emprego, especialmente no tocante às instalações sanitárias e às condições de higiene e conforto nos locais das refeições, além de não contar com material destinado aos primeiros socorros e não fornecer regularmente os EPI, violando o princípio da dignidade humana e causando-se dor e constrangimentos passíveis de reparação.

O pedido foi acolhido pelo MM. Juízo *a quo*, que condenou a ré ao pagamento de

indenização por danos morais arbitrada em R\$ 8.000,00.

Vejamos.

Em que pese a demonstração das condições precárias de higiene, especialmente das instalações sanitárias, bem como o fato de que as barracas de alimentação não tinham espaço suficiente para acomodar todos os trabalhadores, não se pode olvidar as peculiaridades do trabalho no campo, especialmente o desenvolvido no corte de cana, a céu aberto, como é o caso dos autos, em que as condições são naturalmente mais precárias, de sorte que não há como exigir da reclamada que proporcione instalações e condições de trabalho idênticas àquelas encontradas em ambientes fechados ou nas cidades.

Eventual descumprimento de algumas das disposições da citada NR-31, não autoriza concluir, por si só, que tenham sido violados os direitos à intimidade e à dignidade humana, de modo a gerar o direito à reparação pleiteada pelo reclamante.

É de se ponderar, ainda, que esta C. 7ª Câmara tem indeferido as pretensões indenizatórias em casos análogos, por entender que a situação retratada não representa violação à honra, imagem ou intimidade. A título de exemplo, as decisões proferidas nos processos n. 0000570-15.2010.5.15.0156 (Relator Des. Laurival Ribeiro da Silva Filho) e n. 0000712-19.2010.5.15.0156 (Relator Des. Manuel Soares Ferreira Carradita).

Nesse espeque, dou provimento ao recurso da reclamada para excluir da condenação o pagamento da indenização por dano moral, restando prejudicada a análise das demais questões abordadas no apelo.” (destacamos)

O Reclamante, em suas razões recursais, pugna pela reforma do v. acórdão regional, quanto aos temas em epígrafe.

Com razão.

a) No tocante ao tema “danos morais”, registre-se que o direito à indenização por danos morais encontra amparo no art. 5º, X, da CF, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da

dignidade humana e da valorização do trabalho humano (art. 1º, III e IV, da CF/88). O art. 186 do Código Civil também trata da matéria.

A conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural — o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego.

Na hipótese dos autos, embora tenha sido consignada no acórdão a “*demonstração das condições precárias de higiene, especialmente das instalações sanitárias, bem como o fato de que as barracas de alimentação não tinham espaço suficiente para acomodar todos os trabalhadores*” — do que se conclui que os trabalhadores eram privados de condições dignas para higiene pessoal e alimentação —, o Tribunal Regional absolveu a Reclamada da condenação ao pagamento de indenização, por entender que tais circunstâncias não ensejam a ocorrência do dano.

Contudo, as condições de trabalho a que se submeteu a Reclamante atentaram contra sua dignidade e integridade psíquica ou física, ensejando a reparação moral, conforme autorizam os arts. 186 e 927 do Código Civil, bem assim o inciso X do art. 5º da Constituição Federal. Nesse contexto, o empregador deve tomar todas as medidas necessárias para prevenir o dano psicossocial ocasionado pelo trabalho.

No que toca ao valor da indenização, registre-se que não há na legislação pátria delineamento do *quantum* a ser fixado a título de dano moral. Caberá ao juiz fixá-lo, equitativamente, sem se afastar da máxima cautela e sopesando todo o conjunto probatório constante dos autos.

A lacuna legislativa na seara laboral quanto aos critérios para fixação leva o julgador a

lançar mão do princípio da razoabilidade, cujo corolário é o princípio da proporcionalidade, pelo qual se estabelece a relação de equivalência entre a gravidade da lesão e o valor monetário da indenização imposta, de modo que possa propiciar a certeza de que o ato ofensor não fique impune e servir de desestímulo a práticas inadequadas aos parâmetros da lei.

No caso dos autos, tem-se que o valor arbitrado na sentença (R\$ 8.000,00) a título de indenização por danos morais atende aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, razão pela qual impõe-se o seu restabelecimento.

Diante do exposto, CONHEÇO do recurso de revista, no aspecto, por violação do art. 5º, X, da CF.

b) Em relação ao tema “**trabalhador rural – pausas previstas na NR-31 do MTE**”, o Reclamante logra demonstrar divergência válida e específica por meio do aresto de fls. 699-700, proveniente do TRT da 18ª Região, no sentido de que “*Ausente previsão legal expressa acerca do período destinado às pausas estabelecidas na NR-31 do Ministério do Trabalho e Emprego, cabível a aplicação analógica dos intervalos previstos no art. 72 da CLT ao trabalhador rural, nos termos do art. 8º do mesmo diploma legal e, ainda, do art. 4º da LICC*”.

A Constituição Federal, em seu art. 7º, inciso XXII, garante aos trabalhadores urbanos e rurais a “*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*”. Nessa esteira, a Lei n. 5.889/73, que institui normas reguladoras do trabalho rural, em seu art. 13, determina que “*nos locais de trabalho rural serão observadas as normas de segurança e higiene estabelecidas em portaria do Ministro do Trabalho e Previdência Social*”.

Com a edição da Portaria n. 86, de 3 de março de 2005 do Ministério do Trabalho e Emprego, entrou em vigor a Norma Regulamentadora n. 31, que estabelece medidas de segurança e higiene para profissionais rurais,

entre as quais estão previstas pausas para descanso do trabalhador: “31.10.7 – Para as atividades que forem realizadas necessariamente em pé, devem ser garantidas pausas para descanso”; “31.10.9 – Nas atividades que exijam sobrecarga muscular estática ou dinâmica devem ser incluídas pausas para descanso e outras medidas que preservem a saúde do trabalhador”.

Conquanto a NR-31 preveja a existência de pausas para descanso, esta não especifica qual a cadência de tais pausas, muito menos seu tempo de duração. Por isso, no caso concreto, o TRT entendeu que a NR-31 não permite a aplicação integrativa do art. 72 da CLT.

Contudo, o art. 4º da LINB dispõe que: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Além disso, o próprio art. 8º da CLT autoriza a analogia como fonte do direito, *verbis*:

“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.”

Desse modo, ainda que a NR-31 não estabeleça a duração dos intervalos para os trabalhadores que desenvolvem suas atividades nos moldes previstos nos itens 31.10.7 e 31.10.9, isso não desobriga o empregador de cumprir a referida norma. Se assim fosse, a garantia do descanso trazida pela NR-31 se revelaria inócua, simplesmente por falta de disposição expressa acerca do tempo de duração do intervalo, ficando o trabalhador sem a proteção necessária à sua saúde e segurança no trabalho.

Ante a ausência de regulamentação quanto ao tempo destinado ao descanso do trabalhador rural, mostra-se correto, portanto, o procedimento de integração jurídica do art. 72

da CLT, nos termos do art. 4º da LINB e do art. 8º da CLT, sob comando do art. 7º, XXII, da Constituição.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

“PAUSAS PREVISTAS NA NORMA REGULAMENTADORA N. 31 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO. Esta Turma já teve oportunidade de se manifestar sobre a matéria em discussão, tendo firmado posicionamento no sentido de que o art. 72 da CLT se aplica analogicamente ao trabalho de corte da cana-de-açúcar, para o fim de definir os intervalos previstos na Norma Regulamentadora n. 31 do MTE, já que o desgaste gerado ao empregado que desempenha essa atividade se assemelha àquele imposto ao mecanógrafo. Destarte, não prospera a alegação de afronta ao art. 5º, II, da Constituição Federal. (...)” (RR-137300-67.2009.5.15.0156, relator Ministro: Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, DEJT de 8.3.2013.)

TRABALHADOR RURAL. PAUSAS PREVISTAS NA NR-31 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 72 DA CLT. Diante da ausência de expressa disposição acerca do tempo de descanso a ser usufruído pelo trabalhador rural de que trata a Norma Regulamentadora n. 31 do Ministério do Trabalho e Emprego, é cabível a aplicação analógica dos intervalos previstos no art. 72 da CLT, com amparo nos arts. 8º da CLT e 4º da LICC. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-1838-07.2010.5.15.0156, relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT de 30.11.2012.)

TRABALHADOR RURAL. PAUSAS PREVISTAS NA NR-31 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 72 DA CLT. A Norma Regulamentadora 31 do Ministério do Trabalho e Emprego dispõe sobre a obrigatoriedade de concessão de pausas para os trabalhadores rurais, em atividades realizadas em pé, ou que exijam sobrecarga muscular estática ou dinâmica. Porém, não consigna qual o tempo, a quantidade e com qual regularidade

devem ser deferidas essas pausas, muito menos a consequência para o não cumprimento da norma. Como não há previsão expressa, na NR-31, sobre o modo de concessão das pausas estabelecidas em seus itens 31.10.7 e 31.10.9, cabível a aplicação analógica do disposto no art. 72 da CLT, nos termos do art. 8º da mesma lei e, ainda, do art. 4º da LICC. Precedentes. Recurso de revista de que não se conhece. (...).” (RR-88-67.2010.5.15.0156, relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, DEJT de 23.11.2012.)

“TRABALHADOR RURAL — PAUSA DURANTE A JORNADA — APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 72 PELA DECISÃO REGIONAL — AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO QUANTO AO TEMPO. O art. 8º da CLT assegura a aplicação da analogia, da jurisprudência, da equidade e de outros princípios e normas gerais de direito, visando a dirimir as questões postas à apreciação do julgador, quando ausente norma específica quanto à matéria em análise. Correta a decisão regional que aplicou, por analogia, o art. 72 da CLT, ante a ausência de regulamentação quanto ao tempo destinado ao descanso do trabalhador rural. Recurso de revista não conhecido.” (RR-6320-66.2010.5.18.0171, relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 4ª Turma, DEJT de 16.11.2012.)

“(…) 2. TRABALHADOR RURAL. PAUSAS PREVISTAS NA NR-31 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 72 DA CLT. Ausente previsão expressa, na norma que as disciplina, acerca do período destinado às pausas estabelecidas na NR-31 do Ministério do Trabalho e Emprego, cabível a aplicação analógica dos interstícios previstos no art. 72 da CLT, nos termos do art. 8º do mesmo diploma legal e, ainda, do art. 4º da LIDB. Recurso de revista não conhecido.” (RR-158100-19.2009.5.15.0156, relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT de 2.12.2011.)

Por todo o exposto, CONHEÇO do recurso de revista, no aspecto, por divergência jurisprudencial.

II) MÉRITO

1. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONDIÇÕES PRECÁRIAS DE HIGIENE E ALIMENTAÇÃO

Como consequência do conhecimento do recurso de revista por violação do art. 5º, X, da CF, DOU-LHE PROVIMENTO para restabelecer a sentença, no aspecto, que condenou a Reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R\$ 8.000,00, corrigidos monetariamente desde a publicação da sentença, nos termos da Súmula 439/TST, com juros na forma legal.

2. TRABALHADOR RURAL. PAUSAS POR RAZÕES DE SAÚDE PREVISTAS NA NR-31 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. INTEGRAÇÃO JURÍDICA. PAUSA SIMILAR À PREVISTA NO ART. 72 DA CLT

Como consequência do conhecimento do recurso de revista por divergência jurisprudencial, DOU-LHE PROVIMENTO para condenar a Reclamada ao pagamento de dez minutos, como extras, a cada noventa minutos de trabalho, pela aplicação da Norma Regulamentadora n. 31 do Ministério do Trabalho e Emprego e integração jurídica do art. 72 da CLT, restabelecendo a r. sentença no aspecto.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I – conhecer do recurso de revista quanto ao tema “danos morais”, por violação do art. 5º, X, da CF e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença, no aspecto, que condenou a Reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R\$ 8.000,00, corrigidos monetariamente desde a publicação da sentença, nos termos da Súmula n. 439/TST, com juros na forma legal; II – conhecer do recurso de revista quanto ao tema “trabalhador rural — pausas previstas na NR-31 do MTE”, por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para

condenar a Reclamada ao pagamento de dez minutos, como extras, a cada noventa minutos de trabalho, pela aplicação da Norma Regulamentadora n. 31 do Ministério do Trabalho e Emprego e integração jurídica do art. 72 da CLT, restabelecendo a r. sentença no aspecto.

Brasília, 20 de agosto de 2014.

Firmado por assinatura digital (Lei n. 11.419/2006)

Mauricio Godinho Delgado,
Ministro relator

Tribunal Superior do Trabalho

Processo: TST-RR-913-34.2011.5.02.0254

Recorrente: ALL — América Latina Logística Malha Norte S.A.

Recorrido: Jean Carlos Aguiar da Silva

Competência: 2ª Turma

Acórdão:

- ▶ “RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS — MAQUINISTA FERROVIÁRIO — AUSÊNCIA DE INSTALAÇÕES SANITÁRIAS E ÁGUA POTÁVEL (alegação de violação aos arts. 5º, X, da Constituição Federal, 186 e 927 do Código Civil e divergência jurisprudencial). Não demonstrada violação à literalidade de preceito constitucional, de dispositivo de lei federal ou a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, não há que se determinar o seguimento do recurso de revista com fundamento nas alíneas “a” e “c” do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista não conhecido.”

MAQUINISTA DE TREM. LOCOMOTIVA SEM INSTALAÇÕES SANITÁRIAS OU COM INSTALAÇÕES LACRADAS. IMPOSSIBILIDADE DE USO. CONDIÇÕES PRECÁRIAS DE HIGIENE. DANOS MORAIS. MONTANTE INDENIZATÓRIO (R\$ 100.000,00). REDUÇÃO INDEVIDA. Cinge-se a controvérsia acerca da quantificação do dano moral sofrido pelo reclamante, em razão de trabalhar como maquinista de locomotiva onde não havia instalações sanitárias, o que obrigava o autor a realizar suas necessidades fisiológicas dentro da própria cabina ou no mato, além da não disponibilização de água potável. No caso, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região negou provimento ao recurso ordinário da reclamada e manteve a indenização por danos morais, anteriormente fixada na primeira instância em R\$ 100.000,00 (cem mil reais). A jurisprudência desta Corte é no sentido de que não se admite a majoração ou diminuição do valor da indenização por danos morais, nesta instância extraordinária, em virtude da necessidade de revolvimento do contexto fático-probatório para tanto. Entretanto, tem-se admitido essa possibilidade apenas nos casos em que a indenização for fixada em valores excessivamente módicos ou estratosféricos. Na hipótese dos autos, o reclamante foi submetido a condições subumanas de trabalho, visto que era obrigado a realizar suas necessidades dentro da cabina ou no mato, além de não haver água potável e da demonstração de proibição de parada dos trens para que o autor realizasse suas necessidades fisiológicas. A empresa reclamada, embora tivesse plena consciência das condições a que o reclamante estava submetido, nada fez para solucionar o problema. Registra-se que a restrição de acesso e a própria ausência de instalações sanitárias nas locomotivas tem sido objeto de inúmeros litígios em várias regiões

do país, inclusive com diversos precedentes desta Corte, o que evidencia a reiteração e o caráter nacional dessa situação tristemente vivenciada pelos trabalhadores da reclamada, que têm ficado impossibilitados de realizar suas necessidades fisiológicas ou as realizam em condições degradantes durante as longas e contínuas horas de trabalho. Tal fato demonstra a total desconsideração da reclamada pelas condições de trabalho a que seus empregados vêm sendo submetidos. Assim, diante da gravidade do fato, deve esta Corte extraordinária relevar para as instâncias ordinárias a fixação do *quantum* indenizatório. Portanto, embora se admita a revisão, nesta Corte, de valores estratosféricos ou excessivamente módicos fixados na instância ordinária, o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título da referida indenização por danos morais não se mostra exorbitante, observando adequadamente a gravidade do fato, a extensão do dano sofrido pelo reclamante e a necessidade de se fixar um valor que, além de ressarcir o empregado, desempenhe uma função suasória da conduta ilícita, ainda que por omissão, do empregador, capaz de prevenir sua reiteração, no futuro, especialmente ao se considerar o grau de culpa da reclamada bem como sua capacidade econômica. Diante dos parâmetros estabelecidos pelo Regional, observa-se que o arbitramento dos valores especificados não se mostra desprovido de razoabilidade ou proporcionalidade, apresentando-se adequado à situação fática delineada nos autos e apto a amenizar a dor e as dificuldades cotidianas sofridas pelo reclamante, em razão das sequelas sofridas.

Recurso de revista **não conhecido**.

“PROVA DIVIDIDA (alegação de divergência jurisprudencial). O TRT não tratou da matéria. Sequer há prova do seu prequestionamento. Incide, portanto, o óbice da Súmula/TST n. 297. Recurso de revista não conhecido.

HONORÁRIOS DE ADVOGADO — INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. A condenação em honorários de advogado a título de indenização por perdas e danos experimentados pelo autor da ação não encontra suporte no direito processual do trabalho. No caso dos autos, o reclamante não se encontra patrocinado por advogado credenciado pelo sindicato de sua categoria profissional, o que, à luz do art. 14 da Lei n. 5.584/70 e da jurisprudência consubstanciada na Súmula/TST n. 219, na Súmula/TST n. 329 e na Orientação Jurisprudencial da SBDI-1/TST n. 305, afasta a condenação da ré ao pagamento dos honorários de advogado. Precedente da SBDI-1/TST. Recurso de revista conhecido e provido.”

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n. TST-RR-913-34.2011.5.02.0254, em que é Recorrente ALL - AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA NORTE S.A. e Recorrido JEAN CARLOS AGUIAR DA SILVA.

Adoto o relatório proposto pelo eminente Ministro Relator originário do feito, conforme aprovado em sessão de julgamento, nos seguintes termos:

“O Tribunal do Trabalho da 2ª Região, pelo acórdão de seq. 01, p. 330/335, negou provimento ao recurso da reclamada e deu parcial provimento ao apelo do reclamante ‘para incluir o pagamento de honorários advocatícios, fixados em 15% do valor da condenação, e sobre os quais não haverá incidência de contribuições previdenciárias e fiscais’.

Opostos embargos de declaração pela reclamada, através da peça de seq. 01, p. 338/341, o

Tribunal Regional, por intermédio da decisão de seq. 01, p. 346, os rejeitou.

A reclamada interpõe recurso de revista, pela petição de seq. 01, p. 349/377, quanto aos temas: 1) indenização por danos morais, por violação aos arts. 5º, X, da Constituição Federal, 186 e 927 do Código Civil e divergência jurisprudencial; 2) indenização por danos morais — valor da condenação (R\$ 100.000,00), por violação aos arts. 5º, V, da Constituição Federal, 944 do Código Civil e divergência jurisprudencial; 3) prova dividida, por divergência jurisprudencial; e 4) honorários de advogado, por violação aos arts. 133 da Constituição Federal, 791 da Consolidação das Leis do Trabalho, contrariedade à Súmula/TST n. 219, à Súmula/TST n. 329 e divergência jurisprudencial.

Despacho de admissibilidade – seq. 01, p. 380/383.

Contrarrazões – seq. 01, p. 384/401.

Sem remessa ao Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.”

VOTO

Em relação à preliminar de irregularidade de representação arguida pelo reclamante em contrarrazões, bem como quanto ao tema “Indenização por Danos Morais”, adoto os fundamentos do nobre Ministro Relator:

“PRELIMINAR DE IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES

O reclamante, à p. 385, de seq. 01, suscita irregularidade de representação no recurso de revista da reclamada.

Todavia, a procuração de seq. 01, p. 42/43, bem como os substabelecimentos de seq. 01, p. 40 e 41, conferem poderes de representação ao advogado subscritor do recurso de revista, Dr. JUAN ANDRESON DO NASCIMENTO – OAB/SP n. 261.913.

Rejeito.

Recurso tempestivo (acórdão publicado em 06/12/2013 – seq. 01, p. 347; apelo revisional protocolizado em 12/12/2013 – seq. 01, p. 349), representação regular, preparo satisfeito (condenação no valor de R\$ 100.000,00 – seq. 01, p. 273; garantia do juízo – seq. 01, p. 275, no valor de R\$ 6.598,21, e seq. 01, p. 378, no valor de R\$ 14.116,21; recolhimento de custas – seq. 01, p. 274, no valor de R\$ 2.000,00), cabível e adequado, o que autoriza a análise de seus pressupostos específicos de admissibilidade.

1) INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS CONHECIMENTO

A reclamada não se conforma com sua condenação ao pagamento da reparação por danos morais. Aponta violação aos arts. 5º, X, da Constituição Federal, 186 e 927 do Código Civil e divergência jurisprudencial.

O Tribunal Regional consignou na ementa de sua decisão:

“RESTRIÇÃO AO USO DE SANITÁRIO. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. A obrigação de reparar o dano moral sofrido pelo empregado, espécie do gênero dano pessoal, encontra-se prevista na Constituição Federal, art. 5º, V e X e art. 7º, XXII e XXVIII, observados os seguintes elementos: ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta, um dano e o nexo de causalidade. A restrição ao uso de sanitário caracteriza dano moral, diante da não observância da NR 24 e da omissão quanto à obrigação legal de proporcionar ao empregado um meio ambiente de trabalho sadio” (seq. 01, p. 330).

E assim fundamentou o julgado:

“Dano Moral

O Juízo de origem deferiu ao reclamante indenização por danos morais, arbitrada em R\$ 100.000,00, considerando verificadas as condições degradantes de trabalho.

Na petição inicial, o autor afirmou que conduzia composições ferroviárias de carga, por

longas jornadas, sem que pudesse utilizar os sanitários instalados.

Alegou que não havia banheiro em sua cabina, e que não podia utilizar os sanitários nos equipamentos, que não possuíam mecanismo de descarga (fl. 04).

O contrato de trabalho do reclamante teve vigência entre 1º.10.2001 e 9.6.2006.

A prova emprestada, utilizada com o consentimento das partes (fl. 137), confirmou a impossibilidade de utilização de sanitário na locomotiva e a inexistência de água potável. Foi demonstrada, ainda, a proibição de parada dos trens para que o autor realizasse suas necessidades fisiológicas.

Segundo a recorrente, a prova revelou 'que o maior trecho de viagem era percorrido em 9 ou 10 horas e com possibilidade de parada em 2 pontos (Pai Matias e Evangelista de Souza).

No entanto, a testemunha ouvida no processo 991/2011 afirmou que '*os trechos tinham em média 12 horas cada trecho; que as locomotivas tinham banheiro, mas eram lacrados, porque não funcionavam mais; que o depoente tinha que fazer as necessidades fisiológicas dentro da locomotiva, pois não tinham como parar o trem (...) entre os trechos não havia banheiro à disposição, que não fazia nenhuma parada entre os trechos acima*' (fls. 149/150).

A testemunha do reclamante, ouvida no processo 927/2011, também confirmou que não havia possibilidade de utilização dos banheiros nas estações (fl. 190).

Por sua vez, a prova oral colhida no processo 903/2011 demonstrou que era necessário fazer uma solicitação prévia para ir ao banheiro, que às vezes era negada. '*Quando isso acontecia, o empregado era obrigado a fazer suas necessidades no mato ou dentro da locomotiva.*' (fl. 195)

Como bem observado pelo Juízo de origem, a testemunha indicada pela reclamada exercia

o cargo de supervisor (fl. 191), sendo o próprio causador das irregularidades, devendo prevalecer como prova os depoimentos das testemunhas indicadas pelos reclamantes.

As condições de trabalho verificadas no processo caracterizam dano moral, haja vista o constrangimento causado ao autor ao longo de todos os anos que trabalhou na reclamada.

A empresa não observou a NR-24, que dispõe sobre 'condições sanitárias e de conforto nos locais de trabalho'. A seguir, destaco normas previstas nesse dispositivo legal, atinentes ao caso em tela:

Item 24.1.3: Os locais onde se encontrarem instalações sanitárias deverão ser submetidos a processo permanente de higienização, de sorte que sejam mantidos limpos e desprovidos de quaisquer odores, durante toda a jornada de trabalho.

Item 24.1.4: Os vasos sanitários deverão ser sifonados e possuir caixa de descarga automática externa de ferro fundido, material plástico ou fibrocimento.

Item 24.1.11: Os banheiros, dotados de chuveiros, deverão:

- a) ser mantidos em estado de conservação, asseio e higiene;*
- b) ser instalados em local adequado;*
- c) dispor de água quente, a critério da autoridade competente em matéria de Segurança e Medicina do Trabalho;*
- d) ter portas de acesso que impeçam o devassamento, ou ser construídos de modo a manter o resguardo conveniente;*
- e) ter piso e paredes revestidos de material resistente, liso, impermeável e lavável.*

Item 24.1.16: Nas regiões onde não haja serviço de esgoto, deverá ser assegurado aos empregados um serviço de privadas, seja por meio de fossas adequadas, seja por outro processo que não afete a saúde pública, mantidas as exigências legais.'

O dano moral ocasiona lesão na esfera personalíssima do titular, violando sua intimidade, vida privada, honra e imagem, implicando numa indenização compensatória ao ofendido.

A obrigação de reparar o dano moral, espécies do gênero dano pessoal, encontra-se prevista na Constituição Federal, art. 5º, V e X e art. 7º, XXII e XXVIII, observados os seguintes elementos: ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta, dano e nexos de causalidade.

Nesse sentido nosso Tribunal:

RESTRIÇÃO AO USO DOS BANHEIROS. DANO MORAL. A restrição patronal ao uso dos sanitários (*in casu*, através da prática do hasteamento de bandeira colorida destinada a limitar o acesso aos banheiros pelos empregados, a critério de superior) constitui modalidade de constrangimento que merece ser reparada. Justa e razoável a indenização de cinco mil reais (R\$ 5.000,00) fixada na origem, em caráter suasório e pedagógico, ante o porte da reclamada e o dano causado, mormente porque a retenção das necessidades fisiológicas, a par de constrangedora e ofensiva à dignidade humana, tem inegáveis reflexos na saúde do trabalhador (...). - Desembargador Ricardo Artur Costa e Trigueiros, AC. 20081108995, 4ª Turma.

Os requisitos da responsabilidade civil mostram-se presentes. O ato ilícito e a omissão foram constatados, pois a reclamada não observou as normas de higiene do trabalho. O nexo causal também está presente, pois os constrangimentos impostos ao autor ocorreram no ambiente de trabalho. Outrossim, o dano moral ficou demonstrado.

Mantenho.” (seq. 01, p. 331/332)

Não vislumbro violação aos arts. 186 e 927 do Código Civil. É que o TRT, soberano na análise de fatos e provas, de inviável reexame nesta esfera recursal, nos termos da Súmula/TST n. 126, sublinhou “a impossibilidade de utilização de sanitário na locomotiva e a inexistência de água potável” e “a proibição de

parada dos trens para que o autor realizasse suas necessidades fisiológicas”. A Turma verificou que “os trechos tinham em média 12 horas cada trecho; que as locomotivas tinham banheiro, mas eram lacrados, porque não funcionavam mais; que o depoente tinha que fazer as necessidades fisiológicas dentro da locomotiva, pois não tinham como parar o trem (...) entre os trechos não havia banheiro à disposição, que não fazia nenhuma parada entre os trechos acima”, que “não havia possibilidade de utilização dos banheiros nas estações”, que “era necessário fazer uma solicitação prévia para ir ao banheiro, que às vezes era negada” e que “quando isso acontecia, o empregado era obrigado a fazer suas necessidades no mato ou dentro da locomotiva”.

Assim, ao manter a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, o Tribunal Regional deu a exata subsunção da descrição dos fatos ao conceito contido no art. 927 do Código Civil, segundo o qual: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, na medida em que os elementos conduta (a impossibilidade de utilização de sanitário na locomotiva e a inexistência de água potável, bem como a proibição de parada dos trens para que o autor realizasse suas necessidades fisiológicas), dano (violação na órbita interna do reclamante, ante a sua submissão ao labor degradante) e nexos de causalidade entre a conduta omissiva da reclamada e o dano experimentado pelo reclamante (negligência da empregadora no que se refere ao seu dever de propiciar um ambiente de trabalho saudável, observando regras mínimas de higiene, desrespeitando o quanto previsto em Norma Regulamentadora, conforme se verifica do texto da NR-24) restaram evidenciados.

De todo modo, interessante citar precedentes:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA PRIMEIRA RECLAMADA (FERROVIA CENTRO-ATLÂNTICA S.A.). INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MAQUINISTA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES

MÍNIMAS DE HIGIENE E SAÚDE NO AMBIENTE DE TRABALHO. Depreende-se do acórdão regional que a prova emprestada atestou que o reclamante, no desempenho da função de maquinista, estava impedido de utilizar instalações sanitárias sempre que necessitasse, pois não existiam banheiros na maioria das locomotivas operadas pelo reclamante e das estações localizadas no trajeto por ele realizado. Nesse contexto, não se vislumbra violação dos arts. 186 e 927 do Código Civil, pois constatada a afronta à dignidade do reclamante em decorrência da ausência de condições mínimas de higiene e saúde no ambiente de trabalho, o que enseja a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Recurso de revista não conhecido. Processo: RR - 23700-06.2008.5.03.0102 – Data de Julgamento: 21.5.2014, relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23.5.2014.

RECURSO DE REVISTA — INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS — MAQUINISTA — AMBIENTE DE TRABALHO INADEQUADO — AUSÊNCIA DE INSTALAÇÕES SANITÁRIAS — LESÃO À SEGURANÇA E À SAÚDE. Nos termos dos arts. 7º, XXII, da Constituição Federal e 157, I, da CLT, é direito do trabalhador a edição de normas que reduzam os riscos inerentes ao trabalho e é dever do empregador zelar pela observância das normas relativas à segurança e medicina do trabalho. Logo, o empregado faz jus a um ambiente laboral que preserve a sua integridade física e mental. Por conseguinte, o não oferecimento de condições de trabalho adequadas e o desrespeito à Norma Regulamentar n. 24 do Ministério do Trabalho ofende o direito do empregado à segurança e à saúde no trabalho — direitos da personalidade — e é passível de reparação moral.

Recurso de revista não conhecido. Processo: RR – 130-51.2011.5.03.0048 – Data de Julgamento: 17.4.2013, relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26.4.2013.

Ademais, o tema trazido não enseja violação frontal a texto constitucional, senão pela via indireta, o que torna inviável o recurso de

revista por violação ao art. 5º, X, da Constituição Federal.

Aliás, impossível é vislumbrar-se violação direta à Carta Magna, eis que, para o deslinde da controvérsia, necessário seria questionar a aplicação das normas infraconstitucionais que regem a matéria *sub judice*, como é o caso dos arts. 186 e 927 do Código Civil.

Por fim, não há que se falar em divergência jurisprudencial, eis que o aresto de seq. 01, p. 359, não cita sua fonte oficial de publicação ou repositório jurisprudencial autorizado de que foi extraído, em flagrante desatendimento ao disposto no item I da Súmula/TST n. 337.

Não conheço.”

2. MAQUINISTA DE TREM. LOCOMOTIVA SEM INSTALAÇÕES SANITÁRIAS OU COM INSTALAÇÕES LACRADAS. IMPOSSIBILIDADE DE USO. CONDIÇÕES PRECÁRIAS DE HIGIENE. DANOS MORAIS. MONTANTE INDENIZATÓRIO (R\$ 100.000,00). REDUÇÃO INDEVIDA

CONHECIMENTO

O Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário da reclamada e manteve a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, arbitrada no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com base nos seguintes fundamentos:

“Valor da indenização

As partes buscam a alteração do valor indenizatório arbitrado na sentença (R\$ 100.000,00).

Os danos morais são de difícil mensuração. A indenização visa à compensação pelo sofrimento causado. A fixação do valor indenizatório deve se pautar pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 944, CC), ou seja, deve ser capaz de satisfazer o interesse de compensação do lesado e a repressão à conduta do lesador.

Assim, deve levar em consideração a gravidade da conduta; a extensão do dano, tendo em conta o sofrimento e as repercussões pessoais, familiares e sociais; a situação econômica do lesador, o tempo de duração da exposição do trabalhador às condições degradantes de trabalho e; por fim, o caráter pedagógico da sanção.

Considerados esses critérios, reputo condizente e razoável a indenização de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de dano moral.

Mantenho.” (p. 332 e 333)

Em razões de recurso de revista, sustenta a reclamada, em síntese, que “caso a condenação no pagamento de indenização por danos morais e materiais seja mantida, deve ser fixada em termos razoáveis, não devendo constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos ou exageros, como ocorre no caso em tela, devendo o arbitramento obedecer aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade” (p. 361). Aponta violação dos arts. 5º, inciso V, da Constituição Federal e 944 do Código Civil, além de colacionar aresto, a fim de demonstrar divergência jurisprudencial.

Cinge-se a controvérsia acerca da quantificação do dano moral sofrido pelo reclamante, em razão de trabalhar como maquinista de locomotiva, onde não havia instalações sanitárias, obrigando o autor a realizar suas necessidades fisiológicas dentro da própria cabina ou no mato, e sem a disponibilização de água potável.

Estabelece o art. 944, *caput*, do Código Civil que a indenização se mede pela extensão do dano.

Conforme observa o Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região Sebastião Geraldo de Oliveira (*in* Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador, LTr, 4ª ed., p. 214), “o arbitramento da indenização deve ser feito com a devida prudência, mas temperado com a necessária coragem, fugindo dos extremos dos valores irrisórios ou dos montantes exagerados, que podem colocar em

descrédito o Poder Judiciário e esse avançado instituto da ciência jurídica”, sendo de suma importância, como já salientado, analisar-se a situação econômica das partes, sobretudo para que a sanção surta algum efeito prático com a necessária repercussão pedagógica na política administrativa da empresa responsável, demonstrando “para o infrator e para a sociedade a punição exemplar daquele que desrespeitou as regras básicas de segurança, higiene e saúde do trabalhador”.

No caso, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região negou provimento ao recurso ordinário da reclamada e manteve a indenização por danos morais, anteriormente fixada na primeira instância em R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que não se admite a majoração ou diminuição do valor da indenização por danos morais, nesta instância extraordinária, em virtude da necessidade de revolvimento do contexto fático-probatório para tanto. Entretanto, tem-se admitido essa possibilidade apenas nos casos em que a indenização for fixada em valores excessivamente módicos ou estratosféricos.

Na hipótese dos autos, o reclamante foi submetido a condições subumanas de trabalho, visto que era obrigado a realizar suas necessidades dentro da cabina ou no mato, além de não haver água potável e da demonstração de proibição de parada dos trens para que o autor realizasse suas necessidades fisiológicas.

A empresa reclamada, embora tivesse plena consciência das condições a que o reclamante estava submetido, nada fez para solucionar o problema.

Registra-se que a restrição de acesso e a própria ausência de instalações sanitárias nas locomotivas tem sido objeto de inúmeros litígios em várias regiões do país, inclusive com diversos precedentes desta Corte, o que evidencia a reiteração e o caráter nacional dessa situação tristemente vivenciada pelos trabalhadores da reclamada, que têm ficado

impossibilitados de realizar suas necessidades fisiológicas ou as realizam em condições degradantes durante as longas e contínuas horas de trabalho.

Tal fato demonstra a total desconsideração da reclamada pelas condições de trabalho a que seus empregados vêm sendo submetidos.

Assim, diante da gravidade do fato, deve esta Corte extraordinária relevar para as instâncias ordinárias a fixação do *quantum* indenizatório, como já o fez em situações semelhantes à dos autos, conforme se observa, por exemplo, no julgamento do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 1.399-27.2012.5.03.0037, da 6ª Turma, de que foi Relator o Exmo. Ministro Augusto César Leite de Carvalho e em que se manteve a decisão regional que havia majorado o valor da indenização por danos morais para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em decorrência da impossibilidade prática de o reclamante, maquinista, realizar suas necessidades fisiológicas de modo não degradante, por culpa da reclamada. Eis a ementa do aludido julgado:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. JUROS DE MORA. MARCO INICIAL. A decisão recorrida está em consonância com a parte final da Súmula n. 439 do TST. Logo, incidem a Súmula 333 do TST e o disposto no art. 896, § 4º, da CLT. Agravo de instrumento não provido. DANO MORAL. MAQUINISTA. SISTEMA DE MONOCONDUÇÃO. CONDIÇÕES PRECÁRIAS DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE SANITÁRIOS. O TRT registrou a restrição do reclamante de uso de sanitário com privação de fazer suas necessidades fisiológicas em decorrência do dispositivo utilizado para evitar distração e cochilos do motorista denominado — homem morto —. Portanto, demonstradas condições degradantes e humilhantes de trabalho impostas pela reclamada aptas a caracterizar dano moral. Ante essas circunstâncias descritas pelo Regional, não há que se falar em ausência de prova do dano ou mesmo em ausência de conduta omissiva ou comissiva. Intactos os

dispositivos indicados como violados. Incidência da OJ n. 111 da SBDI-1 do TST quanto ao aresto paradigma. Agravo de instrumento não provido. **INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. O valor arbitrado a título de reparação por dano moral somente pode ser revisado na instância extraordinária nos casos nos quais se vulneram os preceitos de lei ou Constituição que emprestam caráter normativo ao princípio da proporcionalidade. Considerando a moldura factual definida pelo Regional e insusceptível de revisão (Súmula 126 do TST), o valor atribuído não se mostra excessivamente elevado a ponto de se considerá-lo desproporcional.** Agravo de instrumento não provido.” (AIRR-1399-27.2012.5.03.0037, redator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, data de julgamento: 12.2.2014, 6ª Turma, data de publicação: DEJT 7.3.2014 – Grifou-se.)

No mesmo sentido, a decisão proferida no AIRR n. 1.567-35.2012.5.03.0035, também da 6ª Turma e da Relatoria do Exmo. Ministro Augusto César Leite de Carvalho, também foi mantida a condenação da reclamada (MRS Logística S.A.) ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), considerando-se a sua reincidência, visto que, mesmo após outras condenações pela prática de impossibilitar os maquinistas de realizarem suas necessidades fisiológicas de modo não degradante, nada fez para dar condições dignas de trabalho aos seus empregados.

De forma semelhante decidiu a 8ª Turma desta Corte, por ocasião do julgamento do AIRR n. 6-92.2012.5.15.0147, da Relatoria da Exma. Ministra Dora Maria da Costa, em que também foi mantida a condenação da empresa MRS Logística S.A. ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), em decorrência da precariedade das condições de trabalho, segurança e higiene a que expunha os maquinistas.

Verifica-se, portanto, que, embora se admita a revisão, nesta Corte, de valores estratosféricos ou excessivamente módicos fixados na instância ordinária, o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil

reais) a título da referida indenização por danos morais não se mostra exorbitante, observando adequadamente a gravidade do fato, a extensão do dano sofrido pelo reclamante e a necessidade de se fixar um valor que, além de ressarcir o empregado, desempenhe uma função suasória da conduta ilícita, ainda que por omissão, do empregador, capaz de prevenir sua reiteração, no futuro, especialmente ao se considerar o grau de culpa da reclamada bem como sua capacidade econômica.

Assim, diante dos parâmetros estabelecidos pelo Regional, observa-se que o arbitramento dos valores especificados não se mostra desprovido de razoabilidade ou proporcionalidade, apresentando-se adequado à situação fática delineada nos autos e apto a amenizar a dor e as dificuldades cotidianas sofridas pelo reclamante, em razão das sequelas sofridas.

Não se constata, portanto, violação dos arts. 5º, inciso V, da Constituição Federal e 944 do Código Civil.

O aresto transcrito é inespecífico, nos termos da Súmula n. 296, item I, do TST, ante a ausência da identidade fática exigida.

Não conheço, pois, do recurso de revista.

Em relação aos temas “Prova Dividida” e “Honorários de Advogado”, adoto também os fundamentos do nobre Ministro Relator:

“3) PROVA DIVIDIDA

CONHECIMENTO

Quanto ao tema, a reclamada aponta divergência jurisprudencial.

De pronto, afasta-se a análise do tópico.

É que o TRT não tratou da matéria. Sequer há prova do seu prequestionamento. Incide, portanto, o óbice da Súmula/TST n. 297.

Não conheço.

4) HONORÁRIOS DE ADVOGADO

CONHECIMENTO

A reclamada não se conforma com sua condenação ao pagamento dos honorários de

advogado. Aponta violação aos arts. 133 da Constituição Federal, 791 da Consolidação das Leis do Trabalho, contrariedade à Súmula/TST n. 219, à Súmula/TST n. 329 e divergência jurisprudencial.

O Tribunal Regional consignou:

“Honorários advocatícios contratuais

O reclamante postula honorários advocatícios.

Os princípios do acesso à Justiça, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, incisos XXXV e LV da Constituição Federal) pressupõem a defesa técnica do trabalhador, por profissional qualificado, não sendo possível restringir o direito do mesmo em optar pela nomeação de advogado particular, nos termos do art. 133 da Carta Magna.

Em que pese a inaplicabilidade do princípio da sucumbência e a possibilidade do *jus postulandi* no Processo do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios tem amparo no princípio da restituição integral, expresso nos arts. 389, 404 e 944 do Código Civil.

Segundo o art. 389 do Código Civil, os honorários advocatícios são devidos no caso de descumprimento da obrigação, seja de natureza civil ou trabalhista.

O art. 404 do mencionado diploma legal determina que as perdas e danos sejam pagas juntamente com os honorários advocatícios. Por fim, o art. 944 traduz o princípio da restituição integral, a qual deve abranger as despesas havidas com advogado particular, para ver reconhecidos os direitos trabalhistas sonegados.

Frise-se que não há fundamento que sustente a resistência da Justiça do Trabalho em deferir o direito do empregado à indenização correspondente aos honorários advocatícios, pois os demais Órgãos do Poder Judiciário, como o E. STJ, que embora seja o supremo guardião da legislação federal

comum, nos poucos casos em que se vê compelido a analisar as normas trabalhistas, as aplica de forma absolutamente consentânea com os princípios justralhistas.

Nesse sentido, decidiu o E. STJ pelo cabimento da condenação do réu, com fundamento nos arts. 8º, parágrafo único, da CLT, e 389, 395 e 404, do CC, ao pagamento de indenização correspondente às despesas de advogado, em decisão assim ementada: (...)

Cabe esclarecer que nesta Justiça Especializada, nas relações de emprego, os honorários advocatícios sucumbenciais são devidos apenas se presentes tais requisitos: Autor assistido pelo sindicato da categoria e comprovação de percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família, conforme Súmulas ns. 219 e 329 do C. TST. Por tais fundamentos, reformo a sentença, condenando a reclamada a indenizar o reclamante pelas despesas havidas com advogado particular, no importe de 15% sobre o valor da condenação” (seq. 01, p. 333-334).

Em primeiro lugar, a condenação em honorários de advogado a título de reparação por danos experimentados pelo autor da ação não encontra suporte do direito processual do trabalho.

Este é o entendimento desta SBDI-1, conforme se extrai do seguinte precedente:

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA — HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS — INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS — AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA DO SINDICATO DA CATEGORIA PROFISSIONAL. Mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, permanece válida a determinação contida no art. 14 da Lei n. 5.584/70, no sentido de que a condenação referente aos honorários advocatícios

no processo do trabalho não decorre pura e simplesmente da sucumbência, dependendo da observância dos requisitos afetos à prestação de assistência sindical e à impossibilidade da parte de demandar sem prejuízo do próprio sustento, consoante preconizado nas Súmulas ns. 219 e 329 e na Orientação Jurisprudencial n. 305 da SBDI-1 do TST. Nesse diapasão, existindo regulamentação expressa na Lei n. 5.584/70 quanto à concessão de honorários de advogado na Justiça do Trabalho, não se há de cogitar na incidência de honorários advocatícios de forma indenizável em consequência da aplicação subsidiária das normas insertas nos arts. 389, 395 e 404 do Código Civil.” (E-RR – 1278-68.2012.5.04.0005 – Data de Julgamento: 10.4.2014, relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 25.4.2014.) (g. n.)

Neste mesmo sentido decidiu esta SBDI-1 na sessão de 20.3.2014, por ocasião do julgamento do E-RR-20000-66.2008.5.03.0055, em processo de relatoria do Exmo. Ministro Augusto César Leite de Carvalho.

Em segundo lugar, os requisitos impostos pela regra contida no art. 14 da Lei n. 5.584/70 permanecem em vigor e merecem plena observância das partes, inclusive porque já ratificados pela jurisprudência desta Corte.

Note-se que, à luz do entendimento jurisprudencial sedimentado pela Súmula/TST n. 219, item I, os honorários advocatícios somente são deferidos quando a parte estiver assistida por sindicato da categoria profissional e quando comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou se encontrar em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

Vale, ainda, ressaltar, respectivamente, o teor da Súmula/TST n. 329 e da Orientação Jurisprudencial/SBDI-1/TST n. 305:

“329. Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento substanciado na Súmula n. 219 do Tribunal Superior do Trabalho.”

“305. Na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato.”

No caso dos autos, o reclamante não se encontra patrocinado por advogado credenciado pelo sindicato de sua categoria profissional (seq. 01, p. 235/236), o que, à luz do art. 14 da Lei n. 5.584/70 e da jurisprudência consubstanciada na Súmula/TST n. 219, na Súmula/TST n. 329 e na Orientação Jurisprudencial da SBDI-1/TST n. 305, afasta a condenação da ré ao pagamento dos honorários de advogado.

E nem se alegue que a verificação nos autos da presença, ou não, dos requisitos da Lei n. 5.584/70 importa revolvimento de fatos e provas, expediente vedado pela Súmula/TST n. 126.

É que a SBDI-1/TST já pacificou entendimento segundo o qual

“afigura-se possível a verificação da existência dos requisitos previstos na Súmula 219 do TST, para fins de concessão de honorários advocatícios, sem que isso signifique o revolvimento de fatos e provas vedado pela Súmula 126 do TST.” (Processo: E-RR – 137340-70.2005.5.22.0002 Data de Julgamento: 7.11.2013, relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 22.11.2013.)

Nesse passo, conheço do recurso de revista, por contrariedade à Súmula/TST n. 219, I.

MÉRITO

Como consequência lógica do conhecimento do recurso de revista, por contrariedade à Súmula/TST n. 219, I, dou-lhe provimento para restabelecer, no particular, a sentença de seq. 01, p. 227/238, que julgou improcedente o pedido de condenação da reclamada ao pagamento dos honorários de advogado.”

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, não conhecer do recurso de revista quanto ao tema “Indenização por danos morais — valor da condenação”. Por unanimidade, conhecer do recurso de revista quanto ao tema “Honorários de Advogado”, por contrariedade à Súmula n. 219, item I, do TST e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer, no particular, a sentença de p. 227-238, que julgou improcedente o pedido de condenação da reclamada ao pagamento dos honorários de advogado. Por unanimidade, ainda, não conhecer do recurso de revista quanto aos temas “Indenização por Danos Morais” e “Prova Dividida”.

Brasília, 27 de agosto de 2014.

Firmado por assinatura digital (Lei n. 11.419/2006)

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA,
Redator designado

Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

Processo: TRT/SP n. 0001841-52.2013.5.02.0015

Recorrente: Ana Lucia Dantas Cruz

Recorrido: Jgca Hotel Ltda.

Origem: 15ª Vara do Trabalho de São Paulo

Competência: 16ª Turma

Ementa:

- ▶ **DIFERENÇAS SALARIAIS — PISO NORMATIVO DISTINTO PARA MICROEMPRESAS — CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO — FRUTO DE NEGOCIAÇÃO ENTRE AS PARTES — ADOÇÃO DO SISTEMA “SIMPLES NACIONAL”** — A convenção coletiva de trabalho, fruto de negociação entre as partes, em assembleias convocadas para esta finalidade, acaba determinando obrigações e direitos, que devem ser respeitadas durante sua vigência, muito embora, suas cláusulas não possam ferir direitos previstos na legislação, sob pena de nulidade. No caso das cláusulas econômicas, o fato de a convenção coletiva de trabalho estabelecer piso normativo para microempresas, e outro piso salarial para as demais empresas, não vulnera qualquer preceito legal, mesmo porque há diferenciação prevista na Lei Complementar n. 123, de 14.12.2006, com base na receita bruta (produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos), conferindo à microempresa a devida dessemelhança, ainda que adote o “Simples Nacional”, que implica no recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, de diversos impostos e contribuições (art. 13, da Lei Complementar n. 123/2006). Recurso ordinário da autora a que se nega provimento.

Dispensado o relatório, nos termos dos arts. 852, I e 895, § 1º, IV, ambos da CLT.

VOTO

CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

LIMINAR – RECONHECIMENTO DE CONTRADITA SUSCITADA EM AUDIÊNCIA

Pretende a autora, em suas razões recursais, invalidar o depoimento das testemunhas do reclamado ao fundamento de que agiram em razão de amizade íntima.

Ocorre que a contradita suscitada em audiência pela reclamante não foi formulada com base em “analogia à amizade íntima” (§ 5º, fl. 188), mas sim sob alegação de “exercer cargo de confiança” (fl. 100), razão pela qual rejeito a prefacial, no particular, por inovatória.

MÉRITO

DIFERENÇAS SALARIAIS — PISO NORMATIVO

Eis a sentença, na fração de interesse (fl. 182): “*Compulsando os instrumentos coletivos acostados aos autos, em especial a Convenção Coletiva de Trabalho 2011/2013 (documento 43, às fls. 71/86), e fazendo interpretação sistemática de tal norma, constato que na cláusula 1ª, Título I (Correção Salarial, Pisos e Garantias Salariais), que trata da correção salarial, as empresas são separadas em três categorias (microempresas, empresas enquadradas no SIMPLES e demais empresas) e divididas em dois grupos para os quais há regras distintas (...) Percebo que na mencionada divisão houve uma clara distinção entre as microempresas e as empresas optantes do SIMPLES, visto que foram agrupadas separadamente. Portanto, o regramento adotado para as microempresas não se confunde com o das empresas optantes pelo SIMPLES (...) Assim sendo, adoto o posicionamento jurisprudencial mencionado na defesa (documento 01,*

às fls. 112/114) e indefiro a pretensão da autoria concernente ao pagamento das diferenças salariais e seus reflexos”.

Em suas razões de recurso, a reclamante insiste no seu direito às diferenças salariais, porquanto desrespeitada a aplicação do piso salarial previsto para as empresas enquadradas no sistema “simples” de tributação, conforme previsão convencional.

Vejam os. Consoante CCT 2011/2013 (fls. 71/86) e o Termo Aditivo à CCT 2011/2013 (fls. 87/92), aplicável à época do desligamento da autora, a cláusula 1ª (Correção salarial) apresenta duas (02) possibilidades de ajustamento salarial: a) pisos devidos para as microempresas (e para as empresas que adotam a modalidade de gorjetas obrigatórias ou compulsórias — fl. 87); e b) pisos devidos para as empresas enquadradas no SIMPLES e para as demais empresas. A cláusula 3ª, do mesmo instrumento normativo, igualmente, refere-se a pisos salariais e segue o mesmo posicionamento adotado pela cláusula 1ª, apenas acrescentando outra distinção, qual seja: “*I – Para as empresas que já concedem ou venham a conceder plano de saúde*”; e “*II – Para as empresas que não concedem ou nem venham conceder plano de saúde.*”

De todo modo, e por uma questão de comum acordo entre o sindicato profissional e o sindicato patronal, bem como a FHORESP (Federação de Hóteis, Restaurantes, Bares e Similares do Estado de São Paulo), optou-se em apartar a figura da “microempresa” das outras modalidades de empresas ainda que essa, pela Lei Complementar n. 123, de 14.12.2006 (Publ. 15.12.2006) que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, também possua tratamento diferenciado e favorecido no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere: à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de

arrecadação, inclusive obrigações acessórias; ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias; e, ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.

Observe-se que o art. 3º da supracitada LC n. 123/2006 faz distinção entre “microempresas” e “empresa de pequeno porte (EPP)”, conforme segue:

“Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I – no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II – no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

§ 1º Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.”

Resta claro, pois, que há diferença, na conformidade da “receita bruta” de uma microempresa e uma empresa de pequeno porte.

Dessa forma, se a reclamante prestou serviços ao reclamado, amoldado como “microempresa” (Declaração de enquadramento, fl. 106), não faz jus às diferenças salariais como pleiteado na inicial, nos termos do art. 436,

parágrafo único, do CC (aqui utilizado na forma do art. 4º da LICC⁽¹⁾): “Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigi-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438.”

Mantenho incólume a r. sentença de origem.

INTERVALO INTRAJORNADA

Recorre a reclamante insurgindo-se quanto ao indeferimento do pedido de indenização pela ausência de gozo do intervalo intrajornada, sustentando a inexistência de qualquer divergência nos depoimentos de suas testemunhas.

Sem razão.

Pontuando que se tratava de fato constitutivo do direito pleiteado, com propriedade estabeleceu o MM. Juízo de origem que o ônus da prova de ausência de gozo do intervalo competia à demandante. Ressaltou que a prova oral produzida revelou-se inconsistente e frágil diante da divergência nos depoimentos das testemunhas, julgando improcedente o pedido à míngua de prova.

Realmente, extrai-se dos depoimentos que a testemunha, Sra. Cristina Fernandes Gonzalez, que aliás nunca laborou diretamente com a autora (fls. 99/100), ressaltou que “... os cartões de ponto eram marcados pela gerência (...)”. Todavia, outra testemunha, Sra. Valquiria Margem da Silva, prestou depoimento dizendo que “... era o próprio funcionário quem marcava seu cartão, anotando os horário de início e término efetivos da jornada (...)” (fl. 100), desmerecendo o testemunho da primeira testemunha.

Correto o entendimento do MM. Juízo de primeiro grau na formação seu convencimento. A leitura atenta do depoimento das testemunhas não permite outra conclusão. A alegação da recorrente, sobre o fato de as

(1) “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

testemunhas admitirem a concessão irregular do período intervalar, não implica na confissão de ausência de gozo do intervalo.

Portanto, nada provou a reclamante. E, não bastasse isso, ao afirmar, em depoimento pessoal, que recebia alimentação no local de trabalho, demonstrou que usufruía do período destinado ao descanso e refeição.

Dessa forma, nego provimento.

VALE-REFEIÇÃO

Pugna a autora, ainda, pelo pagamento de indenização a título de auxílio-refeição.

A instância de origem indeferiu o pedido, ao fundamento que a reclamante não produziu prova a respeito, ônus que lhe competia em face de a reclamada haver impugnado o pleito. E mais: a de que a própria autora contrariou a versão apresentada na exordial, ao afirmar que seis meses antes de sua demissão passou a receber alimentação no local de trabalho (fl. 183).

Em contestação, a reclamada confirmou que concedia alimentação à demandante. Tal fato não foi sequer negado em réplica.

Assim, nos termos do parágrafo único, da cláusula 55ª da CCT 2011/2013 (fls. 71/86; 87/92), entendo que a empregadora estava desobrigada de fornecer tíquetes-refeição à reclamante, razão pela qual nego provimento ao apelo.

É o voto.

CONCLUSÃO

Isto posto, ACORDAM os Magistrados da 16ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: **conhecer, rejeitar** a preliminar em relação à pretensão de invalidação dos depoimentos prestados pelas testemunhas da reclamada e, no mérito, **negar provimento** ao recurso, nos termos da fundamentação.

NELSON BUENO DO PRADO

Juiz Relator

Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

Termo de audiência relativa aos autos do processo n. 0001081-04.2011.503.0094

Aos 27 dias do mês de outubro de 2011, às 16h30min, na sede da Vara do Trabalho de Sabará, sob o exercício jurisdicional da MM. Juíza do Trabalho Titular, ROSEMARY DE OLIVEIRA PIRES, realizou-se a audiência para JULGAMENTO da Ação Trabalhista ajuizada por Rita de Cássia Ferreira Brandão em face do Município de Caeté.

Aberta a audiência, foram, por ordem da MM. Juíza do Trabalho, apregoadas as partes, ausentes.

A seguir, proferiu-se a seguinte SENTENÇA:

I – Relatório

Rita de Cássia Ferreira Brandão, devidamente qualificada na inicial, ajuizou Reclamação Trabalhista em face do Município de Caeté, igualmente qualificado, alegando, em síntese, que foi admitida em 18.4.1985 e, posteriormente, nomeada e empossada em 1º.7.1996 mediante aprovação em concurso público; que permaneceu trabalhando no reclamado após a sua aposentadoria por idade, ocorrida em 13.11.1992, até ser dispensada por iniciativa do reclamado, em 1º.8.2009; que a causa da ruptura contratual foi a dispensa imotivada, não a “aposentadoria por idade com rescisão contratual” como constou do TRCT, entendendo, assim, fazer jus ao aviso prévio e à multa de 40% sobre o FGTS. Formulou os pedidos elencados às fls. 05 da inicial, atribuindo à causa o valor de R\$ 3.553,28,00.

O reclamado apresentou defesa escrita (fls. 30/41), em síntese, alegando que a ruptura contratual, de fato, não se deu pela aposentadoria por idade, ocorrida em 13.11.1992, mas

em razão da aposentadoria compulsória, pois a reclamante contava mais de 70 anos, o que não constou do TRCT pela inexistência desta nomenclatura no sistema operacional de sua emissão; que a reclamante não faz jus ao aviso prévio e multa de 40%, porque não houve dispensa sem justa causa, mas ruptura do contrato de trabalho por força do disposto no art. 51 da Lei n. 8.213/91, que estabelece a aposentadoria compulsória no âmbito do Regime Geral de Previdência, instituto jurídico incompatível com os direitos trabalhistas vindicados na inicial. Pugna, ao final, pela improcedência dos pedidos formulados. Requer, por cautela, a compensação.

Foram produzidas provas.

Razões finais orais.

Propostas conciliatórias rejeitadas.

II – Fundamentos

2.1. Aviso prévio e multa de 40% do FGTS

Inicialmente, cabe salientar que a reclamante não era servidora pública na acepção estrita do termo, não sendo titular de cargo público, pois foi investida por concurso público para ocupar emprego público no âmbito da administração pública municipal cujo regime jurídico de pessoal adotado é de direito privado, ou seja, o celetista. Vale destacar, ainda, que o Município de Caeté não adotando regime jurídico próprio de pessoal, também, não possui regime próprio de previdência, motivo pelo qual os seus empregados se sujeitam às regras próprias do Regime Geral de Previdência Social. Assim, de plano afasta-se a aplicação do disposto no art. 40 da CR/88, que se aplica exclusivamente aos titulares de cargos efetivos

da administração pública, inclusive no que se refere à aposentadoria compulsória aos setenta anos, como preconizado no inciso II do § 1º do referido artigo.

No caso dos autos, a reclamante foi admitida em 18.4.1985, aposentou-se em 13.11.1992, o que não implicou o seu efetivo desligamento, pois continuou prestando serviços na administração pública municipal e, em virtude de aprovação em concurso público, verificou-se a sua investidura em emprego público, em 1º.7.1996 no qual se manteve até 1º.8.2009.

Na aposentadoria espontânea, permanecendo o empregado no serviço público sem solução de continuidade na prestação dos serviços, não há que se falar na existência de dois contratos de trabalho, mantendo-se preservada a unicidade do pacto laboral. Ocorre que, no caso, não se vislumbra a existência de um único contrato de contrato da admissão (18.4.1985) até a ruptura (1º.8.2009).

Ainda que não se possa cogitar da nulidade do contrato havido sem concurso público antes da CR/88, a teor da Súmula n. 363 do TST, é certo que novo contrato se iniciou com o termo de posse nova e regular investidura na administração pública após aprovação da reclamante em concurso público, passando a ocupar emprego público de natureza distinta da função anteriormente exercida, o que se verificou após a aposentadoria espontânea da reclamante.

Assim, muito embora a aposentadoria por idade não seja causa de extinção do contrato de trabalho estabelecido em 14.8.1985, pois a reclamante continuou prestando serviços após a sua jubilação, em 13.11.1992, conforme entendimento jurisprudencial majoritário substanciado na OJ n. 361 da SDI-1 do TST, houve efetivo desligamento da reclamante na função exercida, quando passou a ocupar emprego público mediante prévia aprovação em concurso público, o que se deu em 1º.7.1996. Isso porque a admissão por concurso público não constitui mera regularização do vínculo

mantido sem concurso público após a CR/88, mas forma autônoma de ingresso por vacância no serviço público, pois os empregos públicos “são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista”, como se extrai da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, 20. ed., p. 234) e tratando-se de emprego permanente da administração direta somente podem ser criados por lei, como resulta do art. 61, § 1º, II, “a”, da CR/88. Portanto, é evidente que o emprego público encerra feixe de atribuições distinto da função pública anteriormente exercida pela reclamante.

Assim, entendo que restou fulminada pela prescrição bienal qualquer pretensão relativa ao contrato de trabalho anterior à admissão por concurso público.

Por outro lado, cabe apreciar os pedidos formulados sob o espectro do novo contrato de trabalho com o reingresso da reclamante no serviço por investidura em emprego público.

A reclamante alega que foi dispensada por iniciativa do reclamado em 1º.8.2009, motivo pelo qual entende fazer jus ao aviso prévio e multa de 40% do FGTS.

O reclamado, por sua vez, sustenta, em síntese, que em razão da aposentadoria compulsória da autora é que se verificou a ruptura contratual, não havendo que se falar em indenização de 40% do FGTS nem aviso prévio.

Diversamente do que sustenta o reclamado, não existe qualquer óbice à percepção pela reclamante das parcelas vindicadas.

Primeiramente, sobreleva notar que a percepção de benefício de aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência e de remuneração pelo exercício de emprego público não constitui hipótese de cumulação vedada pelo art. 37 da CR/88, pois são distintas as fontes pagadoras, ou seja, o INSS e o erário público municipal. Tanto é assim que desde sua aposentação por idade a reclamante vem cumulando

proventos de aposentadoria com a remuneração da função e, desde 1º.7.1996, do emprego público. Ademais, como afirmado pela própria defesa, a reclamante sequer poderia acumular mais uma aposentadoria pelo mesmo Regime Geral de Previdência, a teor do disposto no art. 124, II, da Lei n. 8.213/91.

Como já referido acima, considerando, ainda, que a reclamante não é titular de cargo público, não há que se falar em sua compulsória aposentadoria por imposição constitucional, não se lhe aplicando o disposto no art. 40, § 1º, II, da CR/88.

Submetendo-se a reclamante ao Regime Geral de Previdência, por força do regime jurídico celetista que lhe é aplicável, mostra-se, em princípio, plausível a justificativa da ruptura contratual com base no art. 51 da Lei n. 8.213/91 que, assim, preconiza “a aposentadoria por idade pode ser requerida pela empresa, desde que o segurado tenha cumprido o período de carência e completado 70 anos de idade, se do sexo masculino, ou 65 anos, se do sexo feminino, sendo compulsória”.

Ocorre que, para que seja requerida a aposentadoria pelo empregador, não basta que o segurado preencha o requisito idade, mas é também exigido o período de carência, prova absolutamente desnecessária, no caso em comento, considerando que a reclamante já era aposentada por idade e como o próprio reclamado admite não poderia obter outro benefício de aposentadoria.

Vale destacar que, ainda que assim não fosse, também na hipótese dessa aposentadoria compulsória, tem direito o obreiro às verbas indenizatórias previstas na CLT, podendo sacar o FGTS, acrescido da indenização de 40%, além do pagamento de aviso prévio, pois a iniciativa do rompimento do pacto laboral é do empregador, o que se equipara à despedida sem justa causa, conforme explicitado na parte final da referida disposição de lei. Isso porque a compulsoriedade da aposentadoria não decorre apenas da condição de idade do empregado

segurado, mas sim do fato de ter sido requerida pela empresa, tornando certa a iniciativa da ruptura pelo empregador. Ademais, tanto inexistente obrigação legal de cessação do contrato de trabalho exclusivamente pelo critério de idade nesse regime previdenciário que somente em 2009, quando a reclamante já havia completado 77 anos, é que o reclamado tomou a iniciativa de romper o contrato, pois, do contrário, assim deveria ter procedido quando ela completou 65 anos, ou seja, lá nos idos de 25.8.1997.

Assim sendo, não convence o argumento do reclamado de que o rompimento do contrato de trabalho da autora se deu por aposentadoria compulsória, impondo-se reconhecer, em prestígio à primazia da realidade do contrato de trabalho e ao princípio da continuidade do contrato de trabalho, a dispensa sem justa causa, motivo pelo qual se defere à reclamante o pagamento do aviso prévio indenizado e da multa de 40% incidente sobre os depósitos do FGTS do período laborado de 1º.7.1996 até 1º.8.2009.

2.2. Benefícios da Justiça gratuita

Deferem-se à reclamante, em face da declaração de pobreza à fl. 26.

2.3. Deduções previdenciárias e fiscais

Por sua natureza cogente, proceda o reclamado ao recolhimento das contribuições previdenciárias, autorizadas as deduções cabíveis, na forma da lei, sendo que, a responsabilidade de cada parte no recolhimento respectivo será determinada à época da efetivação da dedução, de acordo com a lei então vigente, devendo ser comprovados os recolhimentos nos autos no prazo legal, sob pena de execução de ofício, nos termos do § 3º do art. 114 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98, observando-se, ainda, o disposto no Provimento n. 01/99-TRT 3ª Região.

Em atendimento à determinação legal contida no art. 832, § 3º da CLT, declara-se a natureza

salarial do aviso prévio indenizado (2.3), para observância das deduções previdenciárias.

Recolhimentos fiscais nos termos do art. 28 da Lei n. 10.833/2003 e Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n. 491 de 12.1.2005.

2.4. Da atualização monetária e dos juros

Determina-se a incidência da correção monetária nos moldes da Súmula n. 381 do C. TST.

Quanto à correção monetária das diferenças reflexas sobre o FGTS, aplicam-se os mesmos índices vigentes para as demais verbas trabalhistas. Incidência do entendimento jurisprudencial estampado na OJ n. 302 da SDI-1/TST.

Juros de mora, a partir do ajuizamento da ação, incidem sobre o crédito corrigido.

III – Conclusão

Ante o exposto, **julgam-se PROCEDENTES EM PARTE** os pedidos formulados na Ação Trabalhista, para condenar o reclamado **Município de Caeté** a pagar à reclamante **Rita de Cássia Ferreira Brandão**, no prazo legal, como se apurar, e conforme fundamentação *supra*:

— aviso prévio indenizado (2.1);

— multa de 40% do FGTS do período laborado de 1º.7.1996 até 1º.8.2009 (2.1).

Concedem-se à reclamante os benefícios da Justiça gratuita (2.5).

Incidem juros de mora, devidos desde o ajuizamento da ação, no importe de 1% (um por cento) ao mês, calculados sobre o principal corrigido, e correção monetária, esta, observando-se os índices do 1º (primeiro) dia útil do mês subsequente ao trabalhado, até o efetivo pagamento.

Proceda o reclamado aos recolhimentos previdenciários e fiscais, com as deduções cabíveis, observado o tópico próprio da fundamentação.

Em atendimento à determinação legal contida no art. 832, § 3º da CLT, declara-se a natureza salarial do aviso prévio indenizado, para observância das deduções previdenciárias.

Custas pelo reclamado, no valor de R\$ 60,00, calculadas sobre R\$ 3.000,00, valor arbitrado à condenação, das quais fica isento, na forma do art. 790-A, inciso I, da CLT, com redação dada pela Lei n. 10.537/02.

Intime-se a União ao final, para fins do disposto nos §§ 4º e 5º do art. 832 da CLT, com redação dada pelo art. 42 da Lei n. 11.457 de 16.3.2007.

Cientes as partes (Súmula n. 197/TST).

Encerrou-se.

ROSEMARY DE OLIVEIRA PIRES

Juíza do Trabalho Titular

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

Processo: 0000888-41.2011.5.15.0001

Recurso Ordinário

1º Recorrente: Fundação de Desenvolvimento da Unicamp — FUNCAMP

2º Recorrente: Universidade Estadual de Campinas — UNICAMP

Recorrida: Lourdes Aparecida Carvalho

Origem: 1ª Vara do Trabalho de Campinas – SP

Juiz Sentenciante: Artur Ribeiro Gudwin

Competência: 6ª Turma — 11ª Câmara

Acórdão:

- “CONTRATO NULO. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. FUNCAMP. EFEITOS DA NULIDADE. *EX NUNC*. 1. A teoria das nulidades, quando aplicada ao Direito do Trabalho, apresenta especificidades inerentes à impossibilidade de restituição das partes ao *status quo ante*. 2. Por conseguinte, em respeito ao art. 37, inc. II, da Constituição Federal, a contratação de trabalhador pela Administração Pública sem o prévio e necessário concurso público será nula. 3. Isso não significa, contudo, que os efeitos da declaração de nulidade retroagirão à data da contratação. 4. Há, *in casu*, operação dos efeitos *ex nunc* ínsitos a teoria justrabalhista das nulidades. 5. Por conseguinte, ao trabalhador serão devidas todas as verbas trabalhistas decorrentes de dispensa imotivada. 6. Embora o contrato seja nulo, foi ele existente, operando seus efeitos durante todos os quase quinze anos em que a reclamante prestou serviços para a FUNCAMP. 7. Evidente que o art. 37, inc. II, da CF/88 não pode ser interpretado de maneira isolada. Imprescindível seu cotejamento com os Fundamentos da República Federativa do Brasil, mormente a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, com o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e com o Pacto de San José da Costa Rica. 8. O resultado dessa interpretação sistemática é a vedação ao retrocesso social e a progressividade dos direitos humanos. 9. Trata-se de contexto cáustico e antiestético aquele em que a Administração Pública se aproveita do labor humano e, mesmo sabendo de seu inescusável erro ao não realizar concursos públicos regulares, encerra a prestação de serviço e não adimple os direitos trabalhistas constitucionalmente previstos.”

Inconformadas com a r. sentença de fls. 524/530, interpuseram recurso ordinário a Fundação de Desenvolvimento da Unicamp — Funcamp (fls. 532/540) e a Universidade Estadual de Campinas — Unicamp (fls. 542/557).

A 1ª reclamada, Funcamp, aduz, de maneira preliminar, a ocorrência de coisa julgada, trazendo à tona o teor das Ações Civis Públicas de n. 02671/95 – 8 e 908/04 – 9. No mérito, pugna pela reforma da r. sentença afirmando que o contrato de trabalho firmado com a reclamante foi nulo e, por isso, não há que se falar no pagamento de verbas rescisórias. Irresignou-se, ademais, contra a decisão que determinou a expedição de ofício para a Superintendência Regional do Trabalho e Emprego.

A 2ª reclamada, Unicamp, também pugna pela reforma total da r. sentença. Preliminarmente, defende a ocorrência da coisa julgada, fazendo menção às mesmas ações civis públicas. Em segundo lugar, agora no que diz respeito ao mérito, afirma que não pode ser responsabilizada de maneira subsidiária. Afirma, em continuidade, que o contrato de trabalho da reclamante é nulo. Por fim, apresenta contrariedade no que toca à imposição de entrega das guias para movimentação do seguro-desemprego, ao pagamento de custas judiciais, à expedição de ofício às autoridades competentes para apurar eventuais irregularidades e pugna pela aplicação do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, caso a condenação seja mantida.

O Ministério Público do Trabalho, por intermédio de seu Ilustre Procurador Dr. Claude Henri Appy, manifestou-se pelo conhecimento e provimento dos recursos das reclamadas.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Porque presentes os pressupostos de admissibilidade de ambos os recursos, **conheço-lhes** e passo a **julgá-los**.

PRELIMINAR

COISA JULGADA

Preliminarmente, as duas reclamadas, ora recorrentes, pugnam pelo reconhecimento da coisa julgada, salientando que as Ações Civis Públicas n. 02671/95 – 8 e n. 908/04 – 9 sedimentaram a questão tratada nos presentes autos.

Não assiste razão às reclamadas, de modo que a r. sentença deve ser mantida.

Com efeito, ao apreciar a questão, assim se manifestou o magistrado *a quo*:

“Nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, tornou-se a Reclamante sujeita também a esta coisa julgada, contudo, na extensão do dispositivo Sentencial, de que não poderia ser dispensada sem receber saldo de salário e depósitos de FGTS, sem se realizar a homologação perante o sindicato ou DRT, de forma a poder se habilitar a levantar o FGTS. A abstenção forçada imposta à 1ª Reclamada quanto ao mínimo (saldo de salário, depósito de FGTS, rescisão a ser homologada em sindicato ou DRT, atual SRTE) não faz coisa julgada quanto ao mais ora pleiteado, haja vista que os fundamentos da decisão não produzem coisa julgada (art. 469, I, CPC). Cediço que à época da decisão a Reclamante ainda não havia sido dispensada, a coisa julgada se lha abarca quanto à obrigação de não fazer da FUNCAMP. Outrossim, trata-se de obrigação de não fazer imposta à 1ª Reclamada, que não prejudica pleito de mais verbas pela trabalhadora que se sente lesada pela rescisão, cujo objeto se volta à ampliação das verbas já garantidas pela coisa julgada dos autos em questão.” (fl. 526)

Irreparável por seus próprios fundamentos, a r. sentença deve ser mantida.

Em consonância com a r. sentença, o Procurador Regional do Trabalho aposentado Raimundo Simão de Melo assim se manifestou nos autos do processo TRT/15 – RO n. 0001511-13.2010.5.15.0043, o qual versava sobre

situação idêntica à retratada nos presentes autos, *in verbis*:

“Preliminar de coisa julgada. A arguição não procede, porque não se enquadra na hipótese do art. 301, §§ 1º e 2º do CPC, uma vez que na presente ação as partes são o reclamante e as reclamadas e, nas ações civis públicas mencionadas, as partes são as reclamadas e o Ministério Público do Trabalho e o sindicato. Ademais, na forma do art. 104 do CDC não há falar em litispendência e coisa julgada entre ação coletiva e ação individual.

Ademais, os efeitos da coisa julgada coletiva nas demandas individuais são tratados no CDC nos parágrafos a seguir transcritos:

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

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

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

Quer dizer, a coisa julgada coletiva somente se aplica no âmbito individual se for para beneficiar a vítima ou se esta tiver intervindo no processo coletivo, o que não ocorreu na presente hipótese.

Assim, é evidente que o reclamante estava livre para vir a juízo discutir a reparação dos seus direitos individuais ditos violados.”

O sistema de tutela coletiva previsto pelo legislador pátrio, como não poderia deixar de ser, não pode implicar impedimento de o cidadão provocar o Judiciário quanto entender que ações coletivas anteriormente ajuizadas não esgotaram a tutela jurisdicional devida e pretendida.

Assim, ao prever o microsistema de tutela coletiva, formado pela interação recíproca da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, o legislador ordinário se anteviu às situações como a presente nestes autos, de modo que determinou que somente existirá coisa julgada em ação coletiva com reflexo em ação individual para beneficiar o autor.

Especificamente sobre o tema, Rodolfo de Camargo Mancuso ensina, *in verbis*:

“Boa parte das dificuldades na compreensão da coisa julgada — especialmente a que se forma no ambiente processual coletivo — deriva de não se fazer o melhor diagnóstico sobre os fundamentos que a sustentam e legitimam, muita vez deixando o operador do Direito levar-se pela literalidade dos conceitos positivados, sem lhes perquirir a vera motivação, responsável pela existência de várias modalidades de coisa julgada, com diversa carga eficaz. Exemplo disso é o que se passa com os interesses individuais homogêneos: ao contrário dos difusos e dos coletivos em sentido estrito, a coisa julgada que sobre aqueles primeiros se opera é *erga omnes*, singelamente, e não *secundum eventum litis* (Lei n. 8.078/90, art. 103 e incisos); o motivo dessa desequiparação está em que os individuais homogêneos, ao contrário dos outros dois tipos, são coletivos só no *modo processual* por que vêm exercidos, remanescendo individuais em sua essência, tanto assim que depois, na fase de execução, “recuperam” seu caráter individual (lei supra, art. 97). Assim, o interesse individual homogêneo, judicializado, é, na verdade, “o mesmo” titularizado pelos sujeitos concernentes — estando apenas

potencializado em seu manejo processual —, e por isso não faria sentido que a coisa julgada aí incidente ficasse *dependente* de a decisão de mérito ter derivado de cognição exauriente sobre prova plena, até porque, no processo coletivo, vigora a premissa de a coisa julgada só se trasladar para as demandas individuais no que as beneficie: Lei n. 8.078/90, § 3º do art. 103; art. 104.” (*Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 325) (grifo nosso)

Inquestionável, portanto, que não se pode trasladar a coisa julgada formada nas referidas ações civis públicas para a presente ação individual. Entendimento contrário significaria, de maneira direta e patente, desconstituir o microsistema de tutela coletiva previsto pelo ordenamento pátrio, o implicaria efetivo retrocesso no que toca à tutela dos interesses dos trabalhadores.

Ante o exposto, afasto a preliminar de coisa julgada suscitada pelas reclamadas, passando à análise do mérito.

MÉRITO

MATÉRIAS COMUNS AOS RECURSOS

NULIDADE CONTRATUAL E SÚMULA N. 363 DO C. TST

Depois de afastar a preliminar de coisa julgada, assim se manifestou o magistrado de 1ª instância, *in verbis*:

“Há, portanto, elementos que conduzem à interpretação de que se trata de fundação de natureza privada e outros que levam à interpretação de que se trata de fundação de natureza pública e, em verdade, ambas facetas coexistem de forma híbrida e sinérgica. Mas na seara trabalhista, em que se aplica o princípio da proteção, não há como se afastar da interpretação mais benéfica ao trabalhador, como ramo do gênero protetivo. E a interpretação mais benéfica *in casu* é a de que na relação com a Autora a 1ª Reclamada apresentava sua faceta de

fundação de natureza privada e assim deve se conduzir, inclusive por ora da dispensa imotivada. Nesse espeque, não se constitui com a Reclamante contrato de trabalho nulo, nem se aplica a exegese Súmula n. 363, C. TST, haja vista que a relação se houve em face de fundação constituída formalmente como de natureza privada.” (fls. 526/527)

É contra essa decisão que as reclamadas se insurgem. Todavia, não assiste razão às reclamadas.

Corroborando do entendimento externalizado pelo magistrado sentenciante, o Desembargador Federal do Trabalho aposentado Dr. Paulo de Tarso Salomão, proferiu decisão que restou assim ementada, *ipsis litteris*:

“FUNCAMP. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19/1998. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFEITOS. A Funcamp foi instituída pela UNICAMP, sem nenhuma autorização legal, e deixou de ser considerada uma fundação pública, a partir da Emenda Constitucional n. 19/1998, daí por que não são nulos os contratos de trabalho por ela ajustados. No acordo homologado em ação civil pública somente a UNICAMP assumiu o compromisso de “não mais contratar pessoal do quadro, com recursos orçamentários, por meio da FUNCAMP” e é insuficiente, por si só, para a decretação da nulidade dos contratos de trabalho ajustados com esta última.” (RO TRT/15 n. 00551-2007-092-15-00-4.)

Em continuidade, assim se manifestou em suas razões de decidir:

“Princípios da FUNDAÇÃO — § 5º do art. 3º “A FUNDAÇÃO, no desenvolvimento de suas atividades estatutárias, observará os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência” (fl. 68).

A Reclamante foi contratada pela FUNDAÇÃO, fundação de direito privado instituída pela UNICAMP, autarquia estadual (fls. 15 e 66), com a utilização de recursos públicos provenientes de uma autarquia estadual (UNICAMP), na condição de empregada,

para prestar serviços como assessora em planejamento à segunda reclamada, sendo incontroverso que a contratação não foi precedida de prévia aprovação em concurso público.

É comum a utilização, pela doutrina e pela jurisprudência, das expressões “**fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público**” (arts. 71, II, III e IV; 169, parágrafo único; 150, § 2º; 22, XXVII), ou “**fundação pública**” (arts. 37, XIX, e 19 das “Disposições Transitórias”), ou ainda “**fundações mantidas pelo Poder Público**” (art. 37, XVII), e, simplesmente, “**fundação**” (art. 163, II).

Ensina **Hely Lopes Meirelles**, que as fundações sempre foram consideradas “pessoas jurídicas de Direito Privado”, mas esse entendimento mudou significativamente após o início de sua instituição pelo poder público e, principalmente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, mas com substancial alteração depois da aprovação da **Emenda Constitucional n. 19/1998**:

“Nota 47. Na verdade, o Autor sempre entendeu que a fundação, mesmo quando criada e mantida pelo Poder Público, não perdia a sua personalidade de Direito Privado, nem se transformava em entidade pública, ficando, simultaneamente, sujeita à tutela do Ministério Público, à supervisão administrativa da entidade estatal que a instituiu e ao dever de prestar contas ao Tribunal de Contas. Esse seu entendimento foi mantido até o advento da Constituição de 1988, quando modificou a redação para o texto atual, que agora é alterado com a EC n. 19/98.”

“A doutrina mais recente parece voltar ao magistério antigo do Autor. Entendem os doutrinadores que o Poder Público pode criar, por lei, fundação com personalidade de Direito Público — fundação pública, e, neste caso, ela é uma espécie de autarquia; mas pode também determinar a criação de fundação com personalidade de Direito

Privado — fundação privada. No primeiro caso, a lei cria a fundação; no segundo, a lei autoriza o Poder Executivo a instituir a fundação. É evidente que o Poder Público pode aplicar às fundações de Direito Privado, por ele instituídas, regras especiais, exorbitantes do Código Civil, desde que assim entenda conveniente (Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1990. p. 273 e ss.; Adilson de Abreu Dallari, “Fundação Privada”, RDP 98/81; Eros Roberto Grau, “Fundações privadas”, RDP 98/75; Carlos Ari Sundfeld, “Fundações governamentais”, RDP 97/86).”

“V., a respeito, e no sentido indicado pelos atualizadores, o parecer de Flávio Giron, como Subprocurador-Geral da República, no RE n. 219.900, adotado como razão de decidir (DJU 28.9.2001).”

(*Direito Administrativo Brasileiro*. 17. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros. 29. edição, 2004. p. 347).

Na redação originária do art. 37, da Constituição Federal, era feita referência à “administração pública direta, indireta e **fundacional**”, sendo que esta última foi banida do “caput” do citado artigo pela **Emenda Constitucional n. 19/1998** (art. 3º), sendo que o seu inciso XIX, passou a ter a seguinte redação:

“XIX – somente por **lei específica** poderá ser criada autarquia e **autorizada a instituição** de empresa pública, de sociedade de economia mista e de **fundação**, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as ares de sua atuação”.

Essa harmonia entre textos distintos foi sendo obtida ao longo do tempo. Antes da alteração já mencionada, já haviam desaparecido da Constituição de 1988 as referências às “**fundações**” ou às “**fundações instituídas e mantidas pelo poder público**”, segundo se verifica da redação dada ao seu

art. 71 e incisos pela Emenda Constitucional n. 17/1997.

A FUNCAMP não foi criada por “lei específica” (art. 1º do seu estatuto — fl. 66) e a fundação mencionada sempre teve “*por objetivo precípua proporcionar à UNICAMP, dentro de suas possibilidades, meios necessários à adequada mobilização de seus recursos humanos e materiais para o atendimento de necessidades e objetivos econômicos, sociais, pedagógicos, assistenciais, previdenciários e culturais da comunidade, colaborar na realização de pesquisas científicas, de ensino e de desenvolvimento institucional da Universidade Estadual de Campinas*” (fl. 66).

Muito embora a Funcamp devesse fornecer os “*meios necessários à adequada mobilização de seus recursos humanos e materiais para o atendimento de necessidades*” da UNICAMP (fl. 66), em momento algum lhe foi atribuída a função de intermediar mão de obra para a UNICAMP (fls. 66/80).

Obviamente, o Estatuto da Funcamp permite a assinatura de “contrato, convênio ou acordos”, com as mais diversas entidades (§ 1º do art. 3º – fl. 31), mas, em se tratando de ajuste que envolva a UNICAMP, “deverá ter, como executor, professor nomeado de acordo com as regras próprias da UNICAMP” (§§ 2º e 3º – fl. 68), sempre visando “o aproveitamento máximo possível dos recursos humanos e materiais da UNICAMP” (§ 4º – fl. 68).

O desvirtuamento da finalidade da FUNCAMP e a recusa da UNICAMP em contratar diretamente servidores para o desenvolvimento das mais diversas atividades leva ao reconhecimento da validade do contrato de trabalho ajustado com a Reclamante, até porque, no acordo homologado em ação civil pública, somente a UNICAMP assumiu o compromisso de “não mais contratar pessoal do quadro, com recursos orçamentários, por meio da FUNCAMP”, mas isso é

insuficiente, por si só, para a decretação da nulidade do contrato de trabalho ajustado com esta última.

Também não se pode olvidar que a FUNCAMP se comprometeu, quando criada pela UNICAMP, “no desenvolvimento de suas atividades estatutárias”, a observar “os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência” (§ 5º do art. 3º – fl. 68), o que implicava na observância das normas protetoras previstas na Constituição Federal e na CLT.”

Coadunando-se com o entendimento no sentido de que a Funcamp é fundação de direito privado, nota-se que houve, por parte dela, recolhimento de custas, conforme comprova o documento acostado à fl. 540 – verso. Fosse ela fundação de direito público e as custas não seriam devidas.

Todavia, a FUNCAMP é verdadeira fundação pública, de modo que o ingresso em seus quadros somente é possível por intermédio da realização de concurso público, conforme prevê o art. 37, inc. II, da Constituição Federal. Entendimento contrário permitiria a perpetuação das contratações irregulares, quadro que, além de inconstitucional, desprestigiaria árduo trabalho levado a cabo pelo Ministério Público do Trabalho.

Entrementes, dessa constatação não decorre a aplicação da Súmula n. 363 do C.TST, como pretendem as reclamadas.

Nos autos do processo TRT/15ª RO n. 0000209-17.2012.5.15.0127, a Juíza do Trabalho Dra. Luciana Caplan de Argenton e Queiroz enfrentou questão análoga à posta em discussão nos presentes autos. De fato, empreendeu interpretação sistemática dos valores consagrados pela Constituição da República e afastou a Súmula n. 363 do C. TST, muito embora a reclamante tenha sido contratada por ente público estadual sem o devido concurso público.

Porque me coaduno com as razões de decidir adotadas pela referida magistrada,

transcrevo-as e passo a utilizá-las como se minhas fossem, *ipsis litteris*:

“Se considerado que o Estado existe para o povo e que o interesse público está ligado à noção de bem comum e de cumprimento de promessa constitucional, há que se analisar em seguida se, de fato, há prejuízo ao erário pela aplicação da teoria especial de nulidades aos contratos mantidos em favor do ente público no Brasil. Se é bem verdade que a inspiração do art. 37, da Constituição da República, na previsão de obrigatoriedade de concurso público decorreu inicialmente do censurável hábito brasileiro de nomeação de parentes e cabos eleitorais para funções públicas, muitas vezes sem que sequer se efetivasse a prestação de serviços, após a Constituição, verificou-se um incremento das contratações de trabalhadores de boa-fé por entes públicos, muitas vezes a realização de testes seletivos (procedimentos que, no entanto, não seguem a formalidade dos concursos públicos de provas e títulos), com clara intenção de burla aos direitos sociais destes empregados. Nestes casos, é evidente a ausência de qualquer prejuízo ao erário a justificar o não pagamento de direitos trabalhistas prestados até a declaração de nulidade, eis que, desde que realizado o serviço público, os encargos daí decorrentes teriam que ser suportados pelo Estado de qualquer forma, fosse para pagar João ou a José. Ou seja, em se tratando de análise de remuneração da INTEGRALIDADE dos direitos laborais referentes ao trabalho efetivamente realizado, não há que se falar em prejuízo. Ao contrário, o não pagamento destes haveres importa em locupletamento ilícito por parte do Estado, em detrimento do valor-trabalho. Portanto, a interpretação dos efeitos do contrato de trabalho nulo deve ser realizada de forma sistemática a partir da Constituição da República. Seguramente, não desejava o constituinte estimular o calote público como regra, tal

como ocorreu em nossa sociedade, em especial após a edição da famigerada Súmula n. 363, do C. TST, com a qual não podemos nos alinhar, e que reza:

“A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo o direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes ao depósitos do FGTS.”

Ora, o contrato é nulo e, portanto, não gera efeitos a partir da declaração de sua nulidade e, por consequência, do término de sua execução. Pergunta-se: é o trabalhador de boa-fé, que despendeu força de trabalho na vigência contratual em favor de ente público, diferente do trabalhador que o faz em prol da empresa privada? A aplicação distinta da teoria das nulidades fere, portanto, de início, o princípio da igualdade insculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal e violando, portanto, a direito fundamental. Ademais, o valor do trabalho é previsto como fundamento da República e, como tal, permitir sua prestação sem respectiva remuneração (reduzindo a condição do trabalhador, neste caso, à situação análoga à do escravo) é, a toda evidência, inconstitucional. Desnecessário, neste passo, elucubrar os motivos que levaram ao reconhecimento jurisprudencial de que o trabalhador teria direito apenas ao salário mínimo e ao FGTS e não aos demais direitos... Em não havendo prejuízo ao erário e não sendo moral e nem legalmente sustentável, em prol do interesse público, a instituição do calote público, não se vislumbra incompatibilidade entre a teoria especial das nulidades e os contratos firmados com entes públicos, máxime porque, neste caso, os contratantes agem com poder de gestão e não de império. Não se trata de não haver consequências decorrentes do descumprimento de norma constitucional.

No entanto, ao penalizar o trabalhador e não ao Estado pelo descumprimento da norma, o que se fez nos últimos anos, com as bênçãos do Poder Judiciário, transformar em letra morta a exigência da prestação de concursos públicos. É como se a mensagem fosse: não realizem concursos pois, se constatada a irregularidade, nada será pago ao trabalhador e nada acontecerá com o administrador. Ora, é momento de imposição de responsabilidades em nossa país. Já se passaram mais de vinte anos da abertura política. É hora de assumirmos nosso regime democrático, com os ônus e bônus que esta opção representa. E, para tanto, há que se romper com a abominável tradição patrimonialista, vigente desde a época do Brasil Colônia. O primeiro passo foi dado com a criação do fortalecimento normativo do Ministério Público, em seus diversos âmbitos. A instituição não vem se negando ao cumprimento de seu mister constitucional. Ao contrário, a atuação do Ministério Público é digna de elogios na apuração de situações de burla da ordem, em especial da ordem constitucional. Logo, o descumprimento da formalidade deve levar à declaração de nulidade contratual sim, mas com penalização daquele que deu causa a ela e não às custas do trabalhador de boa-fé. Portanto, deve ser aplicada a teoria especial trabalhista de nulidade, dada a ausência de prejuízo ao erário, responsabilizando-se o administrador pela conduta ilícita por ele perpetrada. **Para tanto, determino a imediata expedição de ofício ao Ministério Público, independentemente do trânsito em julgado da presente decisão, para apuração dos fatos e adoção das medidas cabíveis em face do administrador. O Juízo deve ser informado, no prazo de 30 dias, sobre as providências adotadas pelo “Parquet”, inclusive para instrução de feitos em situação semelhante.**

O contrato de trabalho em questão é nulo a partir de 7.5.2010 e, portanto, até esta data,

gera a integralidade dos efeitos. A 1ª reclamada fica condenada a proceder a anotação do contrato de trabalho da reclamante na função copeira I, no período de 5.4.1999 a 7.5.2010, com salário de R\$ 1.052,50, no prazo de 10 dias da intimação do trânsito em julgado desta decisão.” (fls. 1.148 – verso, 1.149 e 1.149 – verso)

O posicionamento lançado pela magistrada nos autos do processo n. 0000209-17.2012.5.15.0127 revela justificável inconformismo face ao teor da Súmula n. 363 do C.TST. Há, aqui, a adoção do método interpretativo lógico-sistemático em sua acepção mais fidedigna.

Porém, antes de adentrar diretamente o mérito da decisão guerreada, imprescindível apresentar um panorama doutrinário e jurisprudencial acerca do tema, de modo a revelar que decisões desse jaez não são reflexos de vozes dissonantes e isoladas no mundo jurídico.

Nessa cadência, importante revelar o posicionamento de vanguarda do ilustre Ministro do C. TST Mauricio Godinho Delgado, que sempre ressalvou seu entendimento pessoal contrário à Súmula n. 363 da Corte Superior trabalhista, *in verbis*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. CONTRATO NULO. EFEITOS. SÚMULA 363/TST. Reconhecida a nulidade de contratação por ausência de certame público, a dt. 3ª Turma observa como efeitos da relação jurídica aqueles fixados nos termos da Súmula 363/TST, segundo a qual somente é conferido ao Reclamante o direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS, sendo indevida a anotação do contrato de trabalho na CTPS. **Ressalva do entendimento do Relator.** Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR – 1866-92.2011.5.15.0041, relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 5.2.2014, 3ª Turma, **Data de Publicação: 7.2.2014.**) (grifo nosso)

Consultando o inteiro teor do acórdão — justamente para desvendar o conteúdo da aludida ressalva de entendimento, é possível encontrar o seguinte excerto, *ipsis litteris*:

“É incontroverso que o Reclamante foi contratado pelo Município de Campina de Monte Alegre sem a realização de concurso público.

A par da irregularidade da contratação, constata-se, no caso em exame, nítida violação ao art. 37, II, da CF, pois o acesso a cargos e funções públicas só é possível mediante prévia aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos, com exceção dos cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, que não é a hipótese.

Não havendo dúvida quanto à exigência constitucional de concurso público para a admissão do empregado público, a ausência desse requisito formal torna indiscutível a nulidade da contratação do empregado (art. 37, § 2º, CF/88).

Necessário, porém, analisar as consequências da nulidade nos contratos de trabalho. Em face das peculiaridades destes, a doutrina e a jurisprudência trabalhista reconhecem que não lhes são aplicáveis os princípios do direito comum, segundo os quais a nulidade produziria efeitos *ex tunc*. Se assim fosse, o empregado não só deixaria de receber qualquer reparação decorrente da prestação laboral exercida em favor do órgão público, como estaria sujeito a devolver a contraprestação eventualmente percebida.

Este Relator, inclusive, realizaria em casos de nulidades, como o presente, aplicação mais ampla da teoria especial trabalhista de nulidades, deferindo ao trabalhador que prestou os serviços todos os efeitos empregatícios e previdenciários pertinentes, exceto verbas da dispensa injusta (já que, na hipótese, havendo nulidade, esta é que determinaria, imperativamente, a extinção do vínculo).

Contudo, a Dt. 3ª Turma desta Corte Superior aplica os termos expressos e estritos da Súmula n. 363/TST, concedendo apenas as parcelas ali mencionadas, se for o caso. Ressalvado o entendimento exposto deste Relator, dá-se efetividade à jurisprudência sumulada dominante nos respectivos processos.

Nesse contexto, a decisão proferida pelo Tribunal Regional encontra-se consoante com o entendimento cristalizado na Súmula n. 363 do TST.”

Descendo às minúcias de seu posicionamento, Mauricio Godinho Delgado ensina que, *ipsis litteris*:

“O Direito do Trabalho é distinto, nesse aspecto. Aqui vigora, em contrapartida, como regra geral, o critério da *irretroação da nulidade decretada*, a regra do efeito *ex nunc* da decretação judicial da nulidade percebida. Verificada a nulidade comprometedora do conjunto do contrato, este, apenas a partir de então, é que deverá ser suprimido do mundo sociojurídico; respeita-se, portanto, a situação fático-jurídica já vivenciada. Segundo a diretriz trabalhista, o contrato tido como nulo ensejará todos os efeitos jurídicos até o instante de decretação da nulidade — que terá, desse modo, o condão apenas de inviabilizar a produção de novas repercussões jurídicas, em face da anulação do pacto viciado. Essa diferenciação da teoria justaltrabalhista de nulidade em contraponto à teoria civilista tradicional resulta da conjugação de alguns fatores que despontam com profunda relevância no cotidiano operacional do Direito do Trabalho. Em primeiro lugar, a circunstância de que se torna inviável, faticamente, após concretizada a prestação efetiva do trabalho, o reposicionamento pleno das partes à situação anterior ao contrato nulo: o trabalho já foi prestado, e seu valor transferido, com apropriação completa pelo tomador de serviços. Em segundo lugar, o

fato de a transferência e apropriação do trabalho em benefício do tomador criar uma situação econômica consumada de franco desequilíbrio entre as partes, que apenas pode ser corrigida — mesmo que parcialmente — com o reconhecimento dos direitos trabalhistas ao prestador. À medida que a prestação obreira já foi efetivamente quitada com o cumprimento dos serviços, surgiria como imoral enriquecimento sem causa do tomador a negativa de incidência sobre eles dos demais efeitos justralhistas da relação socioeconômica desenvolvida. Ou seja, o reconhecimento de direitos trabalhistas ao obreiro prestador de serviços é a contrapartida inevitável da prestação laborativa já consumada.

Em terceiro lugar, a convicção de existir uma prevalência incontestável conferida pela ordem jurídica em seu conjunto (ênfaticamente pela Constituição da República, a propósito) ao *valor-trabalho* e aos direitos trabalhistas. Ora, tal prevalência induz à construção de um critério de salvaguarda desse valor e dos direitos que lhe são decorrentes quando em confronto com outros valores e normas que a mesma ordem jurídica também elege como relevantes. Esse critério de salvaguarda determina a repercussão de efeitos justralhistas ao trabalho efetivamente cumprido (embora negando tais repercussões a partir do instante em que a nulidade é reconhecida).” (*Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 522-523)

Mencionado autor admite que a teoria justralhista das nulidades pode ser interpretada de maneira mais ou menos restritiva. Tudo dependerá, conforme observa, da proximidade dos bens tutelados com o interesse público.

Por conseguinte, utilizando-se da contratação irregular pelos entes públicos como exemplo, Mauricio Godinho Delgado salienta que a teoria justralhista das nulidades não pode assumir posições extremadas, quais sejam:

negativa total de sua aplicação ou aplicação irrestrita.

Desta forma, sugere uma terceira via, ressaltando que, *in verbis*:

“Nesse quadro, a única leitura hábil a conferir eficácia e coerência ao conjunto dos constitucionais (tanto os que proíbem ao *administrador* e aos cidadãos o ingresso no aparelho de Estado sem concurso público, como os que insistentemente elegem o respeito ao *trabalho* como um dos valores essenciais da ordem econômica, social e jurídica brasileira) é *aplicar-se a teoria justralhista das nulidades quanto ao período de efetiva prestação de serviço, tendo-se, porém, como anulado o pacto em virtude da inobservância à formalidade essencial do concurso*. Em consequência, *manter-se-iam como devidas todas as verbas contratuais trabalhistas ao longo da prestação laboral, negando-se, porém, o direito a verbas rescisórias próprias à dispensa injusta (aviso-prévio, 40% sobre FGTS e seguro-desemprego), dado que o pacto terá (ou teria) sido anulado de ofício (extinção por nulidade e não por dispensa injusta.*” (*Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 524-525)

Ainda em âmbito doutrinário, analisando os efeitos das nulidades no Direito do Trabalho, os saudosos Orlando Gomes e Elson Gottschalk asseveram que, *ipsis litteris*:

“O princípio segundo o qual o que é nulo nenhum efeito produz não pode ser aplicado ao contrato de trabalho. É impossível aceitá-lo em face da natureza da prestação devida pelo empregado. Consistindo em força-trabalho, que implica em dispêndio de energia física e intelectual, é, por isso mesmo insuscetível de restituição. Se a nulidade absoluta tem efeito retroativo, se repõe os contraentes no estado em que se encontravam ao estipular o contrato nulo, como se não fora celebrado, nenhuma parte tem o direito de exigir da outra o cumprimento da obrigação. Donde se segue que o

empregado não tem o direito de cobrar o salário ajustado. Esta seria a consequência inelutável do princípio da retroatividade da nulidade de pleno direito.

Mas, é consequência evidentemente absurda, ainda mesmo se admitindo que o trabalhador possa exigir a remuneração com o fundamento na regra que proíbe o enriquecimento ilícito. Porque a verdade é que a retroatividade só teria cabimento se o empregador pudesse devolver ao empregado a energia que este gastou no trabalho. Mas, como isso não é possível, os efeitos da retroatividade seriam unilaterais, isto é, beneficiariam exclusivamente o empregador, como pondera DE LA CUEVA, ao criticar a opinião de HUECK-NIPPERDEY. Deve-se admitir em toda extensão o princípio segundo o qual trabalho feito é salário ganho. Pouco importa que a prestação de serviço tenha por fundamento uma convenção nula. Em Direito do Trabalho, a regra geral há de ser a irretroatividade das nulidades. O Contrato nulo produz efeitos até a data em que for decretada a nulidade. Subvertesse, desse modo, um dos princípios cardiais da teoria civilista das nulidades.” (*Curso de Direito do Trabalho*. vol. I, 7. ed. p. 180.)

Não destoaria desse entendimento, ainda, Arnaldo Lopes Süsskind, *in verbis*:

“A declaração da nulidade tem efeito retrooperante; mas, no Direito do Trabalho, salvo no que tange à incapacidade dos contratantes e à ilicitude do seu objeto, o contrato deve sobreviver, sempre que possível, substituindo-se a cláusula nula pelo que a respeito decorre da lei ou de outras fontes de direito. Demais disto, ainda que o contrato haja sido declarado extinto por ter, por exemplo, objeto ilícito, ainda assim ao trabalhador são devidas as prestações decorrentes da execução do contrato nulo, protegidas pela lei. Como assinala a doutrina, com reflexo nos tribunais, a energia despendida pelo trabalhador na prestação

dos serviços não pode ser devolvida pelo empregador. Destarte, a declaração da nulidade do contrato não tem, em todos os aspectos, efeito retroativo.” (*Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 240.)

Ora, a verdade é que não existe doutrinador, clássico ou moderno, que desconsidere as peculiaridades da teoria das nulidades quando aplicada ao Direito do Trabalho.

Há, *in casu*, verdadeira adaptação das regras clássicas civilistas aos ditames da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho — ambos Fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, incisos I e IV, da CF/88). Despiciente ressaltar, outrossim, a incidência direta do princípio protetivo à espécie.

Nesses termos, soa inconstitucional — para não dizer imoral — qualquer tentativa de aviltamento da dignidade do trabalhador sob o falacioso argumento de proteção e vangloriamento do interesse público primário.

O fato é que muito se tem falado sobre a relação entre a Súmula n. 363 do C. TST e o prestígio ao interesse público primário. Todavia, pouco se tem estudado acerca da real aceção desse interesse.

O interesse público primário — inquestionável que o secundário não apresenta qualquer relevância nesse caso — deve necessariamente coincidir com o bem comum. Outro não pode ser o entendimento num contexto democrático e republicano que se pauta pela realização da dignidade humana e pela valorização social do trabalho.

Assim, o interesse público primário está intimamente ligado às razões de ser do Estado, notadamente aquelas previstas no art. 3º da Constituição Federal do Brasil.

Com efeito, se a doutrina trabalhista admite que a teoria das nulidades aplicada ao Direito do Trabalho possui especificidades, se vivemos num Estado Democrático e Social inserido nos contornos de uma República, se temos como

razão de ser de toda e qualquer instituição política a dignidade da pessoa humana e a valorização social do trabalho, se o interesse público primário somente é satisfeito com a realização do bem comum e a efetivação dos direitos sociais, como é possível correlacionar o teor da Súmula n. 363 do C. TST com o prestígio ao interesse público?

Evidente que isso é impossível. Sequer o exercício hermenêutico mais sofisticado permite defender a constitucionalidade do referido entendimento sumulado.

É inegável, por outro lado, que esse privilégio odioso conferido aos entes públicos pela Súmula n. 363 do C.TST encontra berço nos ranços patrimonialistas e autoritários de uma sociedade tristemente apegada a um histórico de coronelismo. Não há outra justificativa.

Marilena Chauí, ao descrever as características das relações de poder na sociedade brasileira, assevera que, *in verbis*:

“Conservando as marcas da sociedade colonial escravista, ou aquilo que alguns estudiosos designam como “cultura senhorial”, a sociedade brasileira é marcada pela estrutura hierárquica do espaço social que determina a forma de uma sociedade fortemente verticalizada em todos os seus aspectos: nela, as relações sociais e intersubjetivas são sempre realizadas como relação entre um superior, que manda, e um inferior, que obedece. As diferenças e assimetrias são sempre transformadas em desigualdades que reforçam a relação mando-obediência. O outro jamais é reconhecido como sujeito nem como sujeito de direitos, jamais é reconhecido como subjetividade nem como alteridade. As relações entre os que se julgam iguais são de “parentesco”, isto é, de cumplicidade ou de compadrio; e entre os que são vistos como desiguais o relacionamento assume a forma do favor, da clientela, da tutela ou da cooptação. Enfim, quando a desigualdade é muito marcada, a relação social assume forma nua da opressão física

e/ou psíquica. A divisão social das classes é naturalizada por um conjunto de práticas que ocultam a determinação histórica ou material da exploração, da discriminação e da dominação, e que, imaginariamente, estruturam a sociedade sob o signo da nação una e indivisa, sobreposta como um manto protetor que recobre as divisões reais que a constituem. Porque temos o hábito de supor que o autoritarismo é um fenômeno político que, periodicamente, afeta o Estado, tendemos a não perceber que é a sociedade brasileira que é autoritária e que dela provêm as diversas manifestações do autoritarismo político.” (*Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*. 5. reimp. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2004. p. 89-90.)

Despiciendo correlacionar o excerto transcrito à hipótese retratada nos presentes autos.

A reclamante, técnica de radiologia que prestou serviços por quase quinze anos ininterruptos para a FUNCAMP, é exceção à regra da irretroatividade da declaração de nulidade no Direito do Trabalho? É ela exceção à dignidade da pessoa humana e à valorização do trabalho?

Como explicar, para pessoa simples e de boa-fé que, após mais de uma década de cedência de sua força de trabalho com inenarrável boa-fé, será ela ‘dispensada’ e receberá tão somente o saldo de salários e o FGTS?

Se o Direito é fato, valor e norma, não existe explicação plausível para essa situação.

O Direito não deve se perder em teorias que não reflitam as reais necessidades sociais. De fato, realizar o interesse público primário é punir os contumazes agressores da ordem jurídica e conferir ao cidadão trabalhador todos os direitos assegurados pela Constituição Federal.

Ocorre, todavia, que as argumentações favoráveis ao teor da Súmula n. 363 do C. TST têm cometido o comum erro de interpretar a Constituição aos retalhos. Elevam o art. 37, inc. II, da Constituição Federal ao *status* de

núcleo absoluto e intocável do ordenamento jurídico brasileiro, esquecendo-se de que ele releva apenas mais um valor dentre tantos outros — embora muito importante.

A hipótese trazida aos autos revela a comumente denominada colisão de valores fundamentais. Nesse caso, para que ambos coexistam, deverá haver cedência recíproca.

A adoção da teoria justralhista das nulidades é tranquilamente capaz de colmatar todos os valores conflitantes e colocados à apreciação judicial nestes autos.

O interesse público primário — nos moldes como descrito acima — será preservado se a trabalhadora, aviltado em sua dignidade, receber, de forma integral, pelos serviços prestados. O Poder Público, por outro lado, permanecerá resguardado, pois impossível a reintegração e a continuidade de prestação de serviço por parte da reclamante.

Todavia, diferentemente daquilo que decorre da aplicação da Súmula n. 363 do C. TST, o ente público não se locupletará da própria torpeza. Trata-se de contexto cáustico e antiestético aquele em que a Administração Pública se aproveita do labor humano e, mesmo sabendo de seu inescusável erro ao não realizar concursos públicos regulares, encerra a prestação de serviço e não adimple os direitos trabalhistas constitucionalmente previstos.

Imprescindível salientar, em continuidade, que o próprio Tribunal Superior do Trabalho passou a reconhecer o direito à indenização por dano à moral no caso de contratação sem o prévio e necessário concurso público. *In verbis*:

“(…) **CONTRATO NULO. DANOS MORAIS.** O Tribunal Regional consignou que houve o “ato danoso e a prova real e concreta de sua ocorrência” (fls. 274), assinalando, ainda, que não ficou comprovado que a reclamada tivesse tomado “providências cabíveis para resguardo da integridade física dos seus servidores” (fls.274). Nesse contexto, não há violação aos arts. 818 da CLT e 333, inc. I, do CPC. **Cumprir destacar que o entendimento desta Corte de que o contrato de**

trabalho, embora nulo, pode gerar o direito à indenização por danos morais. Recurso de Revista de que se conhece em parte e a que se dá provimento.” (Processo TST RR n. 17400-12.2004.5.02.0291. Rel. Min. Renato de Paiva Lacerda. 5ª Turma. Data de publicação: 10.9.2010.) (grifo nosso)

Parece-me que há um invencível contrassenso entre o entendimento acima transcrito e o teor da Súmula n. 363 do C. TST. Se há afetação ao patrimônio imaterial do trabalhador, há ofensa direta a Fundamento da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da CF/88). Assim, evidente que o próprio TST aplica a teoria justralhista das nulidades. Houve adoção da teoria civilista das nulidades e a indenização por dano à moral seria indevida.

Entretentes, entendimentos contrários à Súmula n. 363 do C.TST não estão restritos ao âmbito doutrinário. Também os Tribunais Regionais do Trabalho têm demonstrado insatisfação face à impossibilidade de conciliação do entendimento sedimentado pela referida súmula com a Constituição Federal de 1988.

O E.TRT/2ª Região, por intermédio de voto da lavra da Desembargadora Catia Lugov, já se manifestou contra os efeitos deletérios da Súmula n. 363 do C.TST, conforme demonstra a ementa abaixo transcrita:

“**CONTRATO DE TRABALHO** — Negar direitos trabalhistas ao empregado público que teve anotada sua CTPS por largo lapso de tempo, por ausência de concurso público, é eximir o Estado da sua primeira responsabilidade, que é respeitar a Constituição, bem como ensejar a continuidade da má administração do pessoal público. Interpretação harmônica e sistemática da Carta Magna, impõe cotejo do art. 37, II, e do art. 7º da Constituição da República, que elenca os direitos sociais dentre as garantias fundamentais do cidadão.” (Processo TRT/2ª RO n. 02430-85.2001.5.02.0242, relatora Catia Lungov, Data de Julgamento 16.2.2006, 7ª Turma.)

Mais recente, ademais, é voto proferido pelo Desembargador do Trabalho Ricardo Artur Costa e Trigueiros, *in verbis*:

“1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO. NULIDADE. EFEITOS. Os contratos de trabalho celebrados sem concurso após a Constituição de 1988 são nulos por padece-rem do vício de inconstitucionalidade. Tratando-se de matéria de ordem pública, essa modalidade de vício gera nulidade absoluta, que não se convola em regular pela aquiescência tácita ou pela ausência de alegação, que pode ser decretada, inclusive, de ofício, a qualquer momento, assim que constatada. Dessarte, mesmo que a relação contratual irregular tenha se prolongado por quase 20 anos, como no presente caso, em vistas do vício de inconstitucionalidade, impõe-se a decretação de sua nulidade e regularização de seus efeitos. Todavia, tratando-se de contrato ilícito, a administração pública responde objetiva e integralmente pelos danos causados ao terceiro de boa-fé, no caso o trabalhador envolvido. Não pode assim, a entidade pública, eximir-se da reparação integral sob o pretexto de nulidade contratual a que ela mesma deu causa, quando deixou de observar os requisitos de admissão prescritos no texto constitucional. Equivaleria a beneficiar-se da própria torpeza, o que é inadmissível. A Súmula 363 pede assim, maior avanço interpretativo, de sorte que provado o dano decorrente de ato ilícito, cabe à administração pública repará-lo integralmente. Recurso ordinário da reclamante ao qual se dá provimento. (...)” (Processo TRT/2ª Região RO n. 0000331-25.2012.5.02.0472. Relator Ricardo Artur Costa e Trigueiros. Data de Publicação: 11.10.2013.)

Como se não bastasse, este E.TRT/15ª Região, em evidente exercício de interpretação sistemática da Constituição Federal, decidiu de maneira contrária à Súmula n. 363 do C. TST, como revela recentíssimo voto da lavra do ilustre colega Dr. Lorival Ferreira dos Santos, *in verbis*:

“SERVIDOR PÚBLICO. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE COM

EFETOS “EX NUNC”. Embora a contratação, no caso de afronta ao art. 37, II, da CF, seja nula de pleno direito (§ 2º do art. 37 da CF), entendo que, nas relações trabalhistas, onde as condições do trabalhador não se igualam ao do empregado (que, com seu trabalho, busca sua sobrevivência) e, por esta razão, há proteção especial da lei, não há como se assegurar ao trabalhador, ante a impossibilidade do retorno do obreiro ao “*status quo ante*”, apenas os salários “*stricto sensu*”, porque estaria sendo premiado o procedimento irregular do administrador, causando-lhe o enriquecimento ilícito e, em contrapartida, estaria sendo punido o empregado que presumivelmente agiu de boa-fé na contratação. E, apesar do § 2º do art. 37 da Constituição Federal, fulminar de nulidade a contratação sem a existência de concurso público, não se pode perder de vista o caráter tutelar do contrato do trabalho e o princípio da primazia da realidade, assim, como a valorização do trabalho humano, com relevo para o fato de que os direitos sociais também encontram-se elencados na Constituição Federal, a qual, aliás, assegura a prevalência dos direitos fundamentais em respeito à dignidade da pessoa humana. Assim sendo, entendo que, ainda que nulo o contrato de trabalho, os efeitos da nulidade operam-se “*ex nunc*”, sendo devidos os haveres trabalhistas como se válido fosse o contrato, à exceção do aviso prévio, e da multa de 40% sobre FGTS, por inexistir a figura da dispensa imotivada.” (Processo TRT/15ª RO n. 0001944-53.2010.5.15.0031. Relator Lorival Ferreira dos Santos. Data de publicação: 14.6.2013. 3ª Turma. 5ª Câmara.)

Embora existam algumas variações de posicionamento quando analisados todos os acórdãos e excertos de doutrina transcritos, não há dúvida de que todos eles apresentam um cerne comum, baseado na seguinte tríade: a) as nulidades no Direito do Trabalho produzem efeitos somente a partir do momento em que são reconhecidas pela autoridade judicial; b) a inadmissibilidade do enriquecimento sem causa às custas do trabalho humano; e c) a impossibilidade de restituição das partes ao *status quo ante*.

O Brasil passa por um momento de inflexão. Os acontecimentos e movimentos retratados pelas manifestações de julho de 2013 demonstram que a sociedade se cansou de todos e quaisquer lampejos de uma prática política contrária à Constituição de 1988.

Passados 25 anos do dia em que nossa Constituição da República foi promulgada, parece que os entes públicos, mormente os estaduais e municipais, insistem em desrespeitar, de maneira contumaz e sistemática, os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Obviamente que, nesses casos, escoram-se no amparo que o Poder Judiciário trabalhista lhes confere, pois a Súmula n. 363 do C. TST reverencia a desobediência à própria Constituição Federal.

Não existe dúvida razoável de que todos os valores constitucionais foram conquistados a duras penas. Decorreram de um histórico mundial de destruição do homem pelo próprio homem, sempre com a ideia encoberta de que os amigos do rei são privilegiados.

E justamente porque a Constituição de 1988 foi resultado de grande esforço político é que se fala em proibição do retrocesso social e em progressividade dos direitos humanos.

O conglobamento dos arts. 1º, 3º, 5º, §§ 1º e 2º, 7º e 170 da Constituição Federal com os arts. 2º, 11, 16, 18, 21 e 22 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com o art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) impede qualquer possibilidade, em nosso ordenamento jurídico, de investidas perpetradas por quem quer que seja que impliquem retrocesso social.

E mais! Além de impedir os retrocessos, impulsionam a progressividade dos direitos humanos, de modo que os direitos fundamentais dos trabalhadores enquadram-se — sem qualquer necessidade de adaptação — nessa categoria.

É inquestionável que a Súmula n. 363 do C. TST, ao determinar que os contratos nulos

firmados com a Administração Pública obrigam apenas ao pagamento de saldo de salários e FGTS, representa temeroso retrocesso social.

Por fim, para que não reste indagação acerca da imperatividade dos princípios da vedação ao retrocesso social e da progressividade dos direitos humanos, interessante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, fez menção expressa a eles⁽¹⁾.

Mas a questão não se esgota na análise dos efeitos trabalhistas decorrentes da contratação nula pela Administração Pública.

Resta ao menos um questionamento acerca dos efeitos previdenciários do labor prestado em favor do ente público, situação fático-jurídica já vivenciada pelo trabalhador e que obviamente não permite recomposição.

Embora comumente analisados sob a mesma ótica, os direitos trabalhistas *strito sensu*, exigíveis do empregador, não se confundem com os direitos previdenciários, garantidos aos segurados e seus dependentes pela Previdência Social.

Do art. 12, inciso I, alínea “a”, da Lei n. 8.212/1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, extrai-se que aqueles que prestam serviço urbanos ou rurais em caráter não eventual, sob subordinação e mediante remuneração são segurados obrigatórios da Previdência Social.

Em que pese o dispositivo acima mencione a prestação de serviços a empresas, o art. 15 da mesma lei insere no conceito de empresa “os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional”.

Ficam excluídos do Regime Geral de Previdência (RGPS) apenas os servidores públicos ocupantes de cargos efetivos - os concursados - que estiverem amparados por regime próprio de previdência social (art. 13 da Lei n. 8.212/1991), hipótese que obviamente não alcança os trabalhadores cujo contrato venha a ser anulado.

(1) ADI n. 1.946/DF; ADI n. 2.065-0/DF; ADI n. 3.104/DF; ADI n. 3.105-8/DF; ADI n. 3.128-7/DF; e o MS n. 24.875-1/DF.

Se o fato gerador das contribuições previdenciárias incidentes sobre os ganhos daqueles que prestaram serviços nas condições acima é apenas o trabalho por eles realizado, para fins previdenciários, pouco importa se o contrato for invalidado. A nulidade, insisto, não impediu que o serviço fosse prestado.

Em termos processuais, pode-se dizer que, dada à sua natureza, que não permite a restituição da energia de trabalho despendida, o contrato de trabalho declarado nulo jamais se tornará inexistente e a ele não se aplica a teoria civilista das nulidades — ao menos não de forma integral, como melhor detalhado adiante.

A ausência de recolhimento das parcelas previdenciárias a cargo do trabalhador, mormente nos casos em que agiu de boa-fé, sem dúvida representa injusto prejuízo ao cidadão que trabalhou para o Estado e também aos seus dependentes, que sequer participaram da contratação irregular.

A condição de segurado da Previdência Social, que garante ao trabalhador, dentre outros benefícios — como o auxílio-doença e o auxílio-acidente —, o direito de se aposentar após longos anos de labor (direito assegurado também pelo art. 7º, XXIV, da CF) e aos seus dependentes, também beneficiários, o recebimento de auxílio-reclusão e pensão por morte, depende de contribuição ao INSS.

Vários dos benefícios previdenciários somente são concedidos após períodos de carência determinados por lei. Para o auxílio-doença comum, por exemplo, exigem-se em regra doze contribuições mensais; para aposentadoria por idade ou tempo de serviço, são cento e oitenta meses de contribuição (art. 25 da Lei 8.213/91).

A falta de recolhimento por mais de um ano (dois anos se desempregado ou já recolhidos cento e vinte meses ininterruptos) leva à perda da qualidade de segurado (art. 15 da Lei 8.213/91), após o que suas contribuições anteriores somente poderão ser computadas para efeito de carência quando “*contar, a partir da nova filiação, com, no mínimo, 1/3 do número*

de contribuições exigidas para o cumprimento da carência exigida para o benefício” (art. 24, parágrafo único, da Lei 8.213/1991).

O trabalhador irregularmente admitido pelo Estado, portanto, fica desassistido das coberturas previdenciárias a que teria direito. Sem o recolhimento, quando muito, fará jus ao benefício assistencial de prestação continuada previsto pela Lei n. 8.742/1993 (LOAS) às pessoas com deficiência ou idosas que estejam inseridas em família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 do salário mínimo.

Trata-se de solução que, a meu ver, não se compatibiliza com o princípio fundamental da valorização do trabalho humano (art. 1º, da Constituição Federal), primado da ordem social do Estado (art. 193, da CF).

Antoni Zabala, na obra “Enfoque Globalizador e Pensamento Complexo — Uma proposta para o currículo escolar”, tradução de Ernani Rosa, 2002, Porto Alegre, Artmed, p. 54, ensina que a educação deve estar a serviço de um desenvolvimento humano mais harmonioso, de forma a fazer retroceder a pobreza, a exclusão, as incompreensões, as opressões, as guerras. Educar para a formação de um mundo melhor para todos. A busca de uma democracia plena em todos os âmbitos: social, cultural e econômico.

Prossegue o educador afirmando que: “É necessário desenvolver a sensibilidade ao sofrimento humano, fomentando o compromisso vital com a justiça e a igualdade, principalmente em uma sociedade cada vez mais impermeabilizada pela rápida e abundante informação de conflitos e miséria.”

É claro que ao não se acolher a pretensão do trabalhador, não se é sensível ao sofrimento humano, nem se fomenta o compromisso com uma sociedade mais justa e igualitária, ao contrário, perpetuam-se os conflitos e a miséria.

Veja-se que a própria Lei Maior, em seu art. 201, dispõe que a previdência social, de caráter contributivo, é também de filiação obrigatória.

O recolhimento previdenciário é, portanto, direito subjetivo do trabalhador, ainda que não observada a exigência do art. 37, II, da Constituição Federal.

É necessário reverter a lógica economicista que está acima da humana; não acolher o pedido inicial implica dar um tratamento economicista à questão, esquecendo o lado humano e os princípios constitucionais.

De fato, ao não reconhecer o tempo de trabalho e a necessidade dos recolhimentos previdenciários, o trabalhador ficará desamparado de instituto vital para os infortúnios da vida, ou seja, a previdência social e a aposentadoria, o que contribuirá ainda mais para a exclusão social e até mesmo para o desequilíbrio atuarial da Seguridade Social, que ficará alijada dessas contribuições, mas no futuro poderá ser onerada com a concessão, a milhares de cidadãos, do benefício assistencial previsto na Lei n. 8.742/1993 (LOAS), que independe de qualquer contribuição.

Negar ao trabalhador admitido sem concurso pelo ente público a qualidade de segurado do INSS e, por consequência, a sua proteção previdenciária, configura, de igual sorte, evidente ofensa ao princípio da primazia da realidade, que dita que o enquadramento jurídico das relações trabalhistas — e, naturalmente, daquelas que delas decorrerem —, deve se realizar por sua substância, e não apenas pela forma.

Nesse passo, ainda que se admita que o contrato nulo não gera efeitos trabalhistas além do pagamento das horas trabalhadas e do FGTS (*conforme orienta a Súmula 363 do TST, da qual pessoalmente discordo já que as garantias trabalhistas mínimas não se restringem ao salário stricto sensu, nem se destinam unicamente a remunerar o trabalho prestado*), ele deve repercutir juridicamente ao menos na esfera previdenciária, mesmo que para o cálculo do salário-contribuição venha a ser considerada apenas a contraprestação das horas trabalhadas, observado, é claro, o salário mínimo legal.

Também deve ser recolhida a quota-parte do ente público, sob pena de prejuízo do equilíbrio financeiro da Seguridade Social, financiada também pelas contribuições incidentes sobre a folha de salários (art. 195, CF).

Parte-se da premissa de que somente após a declaração de nulidade comprometedor do conjunto do contrato e sua supressão do mundo fático, quando não mais haverá o fato gerador das contribuições devidas ao INSS, é que cessam o direito e o dever do seu recolhimento.

Assim, por todos os ângulos que se analise a questão, a nulidade contratual deverá produzir efeitos *ex nunc*.

À vista do exposto, decido negar provimento ao pleito da reclamada (CESP), de modo que a r. sentença deve ser mantida em sua integridade.

Assim, embora por outros fundamentos, mantenho a r. sentença de origem.

DA EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO

Ambas as reclamadas se irredimiram contra a r. sentença que determinou a expedição de ofício aos órgãos competentes para a apuração de irregularidades na contratação de funcionários pela Funcamp. Esta, em suas razões, afirmou que a Justiça do Trabalho não possui atribuição fiscalizatória, motivo pelo qual a r. sentença deve ser reformada. A Unicamp, por outro lado, aduziu que eventuais irregularidades já foram apuradas pelo Ministério Público do Trabalho.

Não assiste razão às reclamadas.

Ora, se existe constatação no sentido de que trabalhadores são dispensados pela 1ª reclamada (Funcamp) sem que, contudo, recebam suas verbas rescisórias, mormente quando a dispensa é imotivada, obviamente que existe irregularidade a ser apurada e coibida.

Tal como ressaltou o Desembargador Federal do Trabalho, Dr. Paulo de Tarso Salomão, as ações civis públicas ajuizadas obtiveram determinações e imposições direcionadas

apenas para a Unicamp, obrigando-a à realização de concursos públicos para contratação de servidores.

Contudo, não excluiu sua obrigação de fiscalizar o cumprimento das obrigações relativas às terceirizações ilícitas por ela empreendidas. Não se pode negar que a Funcamp não foi constituída para fornecer mão de obra para a Unicamp.

Despiciendo, ademais, adentrar na questão apresentada pela Funcamp, qual seja, a de que a Justiça do Trabalho não possui atribuição de órgão fiscalizador.

Beira a má-fé essa modalidade de argumentação, pois, como agentes políticos que são, os magistrados de 1ª Instância têm o dever inafastável de comunicar às autoridades competentes sobre quaisquer irregularidades passíveis de apuração evidenciadas em seu dia a dia.

Por todo o exposto, decido negar provimento aos pleitos de ambas as reclamadas, de modo que a r. sentença deve ser mantida para que sejam expedidos ofícios à SRTE a fim que haja a devida apuração de eventuais irregularidades por ela constatada.

DO RECURSO DA 1ª RECLAMADA (FUNCAMP)

RECOLHIMENTOS FISCAIS E PREVIDENCIÁRIOS

A 1ª reclamada (Funcamp) pugna pela reforma da r. sentença que determinou os recolhimentos fiscais e previdenciários decorrentes do auferimento de renda pela reclamante. Em suas razões de recurso, pleiteia a aplicação da Súmula n. 368 do C. TST.

Ocorre, todavia, que o magistrado sentenciante assim se manifestou sobre a questão, *ipsis litteris*:

“Recolhimentos fiscais e previdenciários nos termos da lei e da Súmula n. 368, C. TST, autorizada, quanto às parcelas da condenação, a retenção da parcela cabível ao empregado, mediante comprovação do correspondente depósito nos autos.” (fl. 529)

O que se constata é que a r. sentença decidiu nos exatos moldes pleiteados pela 1ª reclamada, de modo que não existe interesse processual apto a possibilitar o conhecimento de seu pleito.

Assim, decido não conhecer do pleito formulado pela 1ª reclamada (Funcamp), haja vista a inexistência de condição da ação (interesse processual) necessária para ensejar a apreciação de sua pretensão nesse ponto específico.

DA CORREÇÃO MONETÁRIA

Por derradeiro, a 1ª reclamada (Funcamp) pugna pela reforma da r. sentença, arguindo que, para a correção monetária, devem ser observadas as disposições contidas na Súmula n. 381 do C. TST, no art. 459 da CLT, no art. 39 da Lei n. 8.177/91 e no DL n. 75/66.

Tal como ocorreu no item anterior, o magistrado *a quo* decidiu nos exatos moldes pleiteados pela 1ª reclamada, não existindo interesse processual que enseje o conhecimento de seu pleito.

Com efeito, assim se manifestou o magistrado sentenciante, *ipsis litteris*:

“Atualização monetária das parcelas trabalhistas nos termos da lei e da Súmula n. 381, C. TST, com juros a partir da data do ajuizamento, nos termos do art. 883, CLT e art. 39, Lei n. 8.177/91.” (fl. 529)

Ante o exposto, decido não conhecer do pleito formulado pela 1ª reclamada (Funcamp), haja vista a inexistência de interesse processual também nesse ponto.

DO RECURSO DA 2ª RECLAMADA (UNICAMP)

DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Como de costume, a reclamada, instituição pública de ensino superior, pugna pela reforma da r. sentença que determinou sua responsabilização subsidiária caso a 1ª reclamada descumpra as obrigações a ela diretamente impostas.

Não assiste razão à 2ª reclamada.

A responsabilidade subsidiária do ente público advém do fato de ter se beneficiado da prestação dos serviços do obreiro, sem ter comprovado a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais pela 1ª reclamada.

A matéria encontra-se pacificada por meio da Súmula n. 331, V, do C. TST, *in verbis*:

“Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.”

Ocorre que o verbete em comento está em sintonia com o art. 1º da Carta Magna, que, em seu inciso IV, tem como fundamento o valor social do trabalho.

Lembre-se, ainda, de que o art. 37 da Constituição Federal, em seu *caput*, estabelece que a administração pública obedecerá aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Se assim é, logicamente inadmissível que o ente público, na condição de tomador de serviços, se beneficie do labor prestado pelo trabalhador via empresa de terceirização de mão de obra sem qualquer fiscalização, visando apenas explorá-lo sem que se responsabilize por eventual direito trabalhista não satisfeito pela empresa que contratou.

É fato, de outro lado, que o art. 71 da Lei n. 8.666/93 foi declarado constitucional pela ADC n. 16. Entretanto, a lei de licitações deve ser interpretada sistematicamente. Sendo assim, nos termos dos arts. 58, III e 67 da lei, o regime jurídico dos contratos administrativos incumbe à Administração Pública o dever de fiscalizá-los, para, desse modo, beneficiar-se da exceção de responsabilidade prevista no art. 71.

Nesse sentido a recente decisão do C. TST:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE *CULPA IN VIGILANDO* DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA ADC N. 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTS. 58, INCISO III, E 67, *CAPUT* E § 1º, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTS. 186 E 927, *CAPUT*, DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE N. 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC N. 16-DF. SÚMULA N. 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei n. 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º,

55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, *caput* e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei n. 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de *culpa in vigilando* na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas, como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa n. 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa n. 03/2009. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC n. 16-DF e da própria Súmula Vinculante n. 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula n. 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24.5.2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27.5.2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: – SÚMULA N. 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (...) IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente nas mesmas

condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. Na hipótese dos autos, além de não constar, do acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados (o que é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua *culpa in vigilando*), verifica-se que o Tribunal de origem, com base no conjunto probatório, consignou ter havido culpa do ente público, o que igualmente seria suficiente para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR – 801-64.2010.5.02.0007, relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 25.6.2013, 2ª Turma, Data de Publicação: 1º.7.2013)

Ademais, o referido artigo da lei de licitações cuida da responsabilidade solidária, direta, não havendo nenhum impedimento para a responsabilização subsidiária da Administração Pública quando age na condição de tomadora de serviços. Aqui não se está ignorando o previsto em referido preceito legal, mas somente fazendo uma interpretação levando-se em conta os princípios e máximas constitucionais trabalhistas, deixando assentado que a responsabilidade subsidiária não é consequência de ato ilícito ou irregularidade, mas da culpa *in vigilando* do tomador dos serviços, que foi omisso e acabou facilitando o não cumprimento das obrigações trabalhistas.

Neste sentido, por exemplo, a seguinte decisão do C. Tribunal Superior do Trabalho:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO — RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA — ENTE PÚBLICO — TERCEIRIZAÇÃO — ADC 16 — CULPA IN VIGILANDO — OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO — Nos termos do entendimento manifestado pelo E. STF, no julgamento da ADC-16, em 24.11.2010, é constitucional o art. 71 da Lei n. 8.666/93, sendo dever do judiciário trabalhista apreciar, caso a caso, a conduta do ente público que contrata pela terceirização de atividade-meio. Necessário, assim, verificar se ocorreu a fiscalização do contrato realizado com o prestador de serviços. No caso em exame, o ente público não cumpriu com o dever legal de vigilância, registrada a omissão culposa do ente público, ante a constatada inadimplência do contratado no pagamento das verbas trabalhistas, em ofensa ao princípio constitucional que protege o trabalho como direito social indisponível, a determinar a sua responsabilidade subsidiária, em face da culpa *in vigilando*, constatada inclusive pela revelia do prestador de serviços na presente ação. Agravo de instrumento desprovido. [...]” (TST – AIRR 714-64.2010.5.08.0000 – Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga – DJe 11.2.2011 – p. 822)

Nem se cogite sobre a aplicação da Súmula Vinculante n. 10 do STF, pois, ao editar a Súmula n. 331, o C. TST não declarou a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, apenas lhe atribuiu interpretação sistemática, levando em conta outros dispositivos do ordenamento jurídico, com observância aos fins sociais a que a lei se dirige (art. 5º da LIDB).

No mais, não há que se falar em limitação das verbas em que haverá responsabilização, uma vez que o inciso VI, da Súmula n. 331 do C. TST é claro ao estabelecer que a responsabilidade “abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”, o que compreende todas aquelas decorrentes do contrato de trabalho, inclusive a multa do art. 477 da CLT.

Neste sentido é a seguinte decisão do C. TST:

(...) **RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ABRANGÊNCIA. PARCELAS INDENIZATÓRIAS E RESCISÓRIAS E MULTAS DOS ARTS. 467 E 477 DA CLT.**

A jurisprudência desta Corte pacificou-se no entendimento de que a responsabilização subsidiária, prevista na Súmula n. 331, item VI, do TST, implica o pagamento da totalidade dos débitos trabalhistas, inclusive as multas legais ou convencionais e verbas rescisórias ou indenizatórias. Esse entendimento acabou sendo consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, que, em sessão extraordinária realizada em 24.5.2011, decidiu inserir o item VI na Súmula n. 331 da Corte, por intermédio da Resolução n. 174/2011 (decisão publicada no DEJT divulgado em 27, 30 e 31.5.2011), com a seguinte redação: — A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. Agravo de instrumento desprovido. (TST, Processo: AIRR – 322400-94.2009.5.09.0663 Data de Julgamento: 3.10.2011, relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/10/2011.)

Por fim, interessante salientar o posicionamento do Min. Mauricio Godinho Delgado sobre o tema, *ipsis litteris*:

“É bem verdade que a culpa, no presente tema — caso mantido o debate em patamar estritamente técnico —, desponta como manifestamente presumida, em virtude de haver evidente dever legal de fiscalização pelo tomador de serviços relativamente ao cumprimento de obrigações constitucionais, legais e contratuais trabalhistas pelo prestador de serviços, obrigações em geral vinculadas a direitos fundamentais da pessoa humana (o dever de fiscalização está até mesmo expresso, por exemplo, no art. 67, *caput* e §1º, da Lei de Licitações. Entretanto, mesmo que não presumida essa culpa, teria o tomador de serviços estatal o ônus processual de comprovar seus plenos zelo e exação quanto ao adimplemento de seu dever fiscalizatório (art. 818, CLT; art. 333, II, CPC).” (*Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 460.)

Face ao exposto, decido negar provimento ao pleito da 2ª reclamada, mantendo a r. sentença que estabeleceu sua responsabilidade subsidiária.

DAS GUIAS DE MOVIMENTAÇÃO DO SEGURO-DESEMPREGO

A 2ª reclamada pugna pela reforma da r. sentença que determinou à 1ª Reclamada a entrega do TRCT, código 01, para que a reclamante possa auferir o benefício de seguro-desemprego. Argumenta, para fundamentar suas razões, que não houve dispensa imotivada da reclamada, já que o contrato firmado com a Funcamp é nulo.

Num primeiro momento, poder-se-ia concluir que existe interesse processual por parte da 2ª reclamada nesse tópico específico, pois que subsidiariamente condenada ao cumprimento das imposições judiciais.

Contudo, não há aqui interesse processual apto a revelar condição da ação imprescindível para conhecimento do pleito da 2ª reclamada.

Como é cediço, caso a 1ª reclamada não entregue o TRCT devidamente preenchido, possibilitando, assim, o pagamento de seguro-desemprego para a reclamante, será a própria secretaria da Vara a responsável por expedir os necessários documentos para o soerguimento do FGTS bem como do seguro-desemprego.

Ora, se, nesse ponto específico, o descumprimento da r. sentença pela 1ª reclamada não ocasiona gravame algum para a 2ª reclamada, não há interesse processual nesse ponto do seu recurso.

Portanto, face ao exposto, não conheço do pleito formulado pela 2ª reclamada nesse particular, pois ausente condição da ação (interesse processual) inafastável para a apreciação de sua pretensão.

DAS CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO

A 2ª reclamada, ainda, pugna pela reforma da r. sentença no que toca à imposição do pagamento de custas pelas reclamadas. Salienta,

como razão determinante de sua irresignação, que está isenta do pagamento de quaisquer custas processuais, já que instituição pública estadual de ensino superior.

Assiste razão à reclamada.

Com efeito, ao decidir, assim se manifestou o magistrado *a quo*:

“Custas pelas Reclamadas, no importe de R\$ 300,00, calculadas sobre o valor ora arbitrado à condenação de R\$ 15.000,00.” (fl. 530)

Como se observa, não houve isenção para a 2ª reclamada, o que contraria o disposto no art. 790-A, inc. I, da CLT.

Assim, decido dar provimento ao pleito da 2ª reclamada, isentando-a do pagamento das custas processuais, nos moldes do previsto pelo art. 790-A, inc. I, da CLT.

DOS JUROS DE MORA – ART. 1º-F DA LEI N. 9494/97

Por derradeiro, a 2ª reclamada pugna pela reforma da r. sentença que determinou, no que toca aos juros de mora, a observação do disposto na Súmula n. 381 do C.TST e no art. 39 da Lei n. 8.177/91. Afirma, em suas razões de recurso, que deve ser aplicado o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97.

Não assiste razão à 2ª reclamada.

Cristalino que não se deve falar sobre a aplicação do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, pois o dispositivo tem incidência, apenas e unicamente, nos casos em que a Fazenda Pública é devedora principal e não responsável subsidiária, como no caso.

Nesse sentido, o seguinte precedente do C. TST:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. JUROS APLICADOS À CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. LEI N. 11.960/2009. FATO SUPERVENIENTE. O art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação alterada pela Lei n. 11.960/09, estabeleceu nova sistemática para incidência de juros e atualização nas condenações impostas à Fazenda Pública,

independentemente de sua natureza. Todavia, a natureza da condenação (em ação de conhecimento, de execução, cautelar, mandamental ou executiva – *lato sensu*), não se confunde com a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação já estabelecida no título executivo. De sorte que a lei nova em nada alterou a conclusão do julgado embargado no tocante à incidência de juros na condenação subsidiária da Fazenda Pública, quer pela ausência de previsão expressa nesse sentido, quer pela impossibilidade jurídica de ser aplicada taxa de juros distinta para o devedor principal e o devedor subsidiário, quando indivisível a obrigação, questão não solucionada pelo novel Diploma legal. Embargos de declaração a que se nega provimento.” (ED-AIRR-443/2003-017-10-41.6, relator Ministro Waldir Oliveira da Costa, 1ª Turma, DEJT 9.10.2009.)

Assim, nego provimento ao pleito da 2ª reclamada, mantendo a r. sentença incólume.

PREQUESTIONAMENTO

Diante da fundamentação supra, tem-se por prequestionados todos os dispositivos legais e

matérias pertinentes, restando observadas as diretrizes traçadas pela jurisprudência do STF (Súmula n. 365) e do TST (Súmulas ns. 284 e 297, bem como as Ojs-SDI-1 n. 118 e 119).

Ressalto, por fim, que não se exige o pronunciamiento do Julgador sobre todos os argumentos expendidos pelas partes, bastando os fundamentos que formaram sua convicção, conforme já decidido pelo STF (RE n. 184.347).

DISPOSITIVO

Diante do exposto, afasto a preliminar de coisa julgada suscitada pelas reclamadas e **decido conhecer do recurso ordinário** interposto pela 1ª reclamada (Funcamp) **para negar total provimento. Decido conhecer do recurso ordinário** interposto pela 2ª Reclamada (Unicamp) para, no mérito, **prover parcialmente**, única e exclusivamente para: 1) isentá-la do pagamento de custas processuais, haja vista expressa disposição contida no art. 790-A, inc. I, da CLT.

JOÃO BATISTA MARTINS CÉSAR,

Relator

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região

- **INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. DANO MORAL. MORTE POR ELETROCUSSÃO DE EMPREGADO COLETOR DE LIXO.** É competente a Justiça do Trabalho para conhecer da demanda, pois deriva do contrato de trabalho do empregado pré-morto, ainda que ajuizada a demanda por seus sucessores (OJ n. 26 da SDI1/TST). A situação em que os fatos ocorreram era anormal. Chuva intensa, quedas de árvores, falta de luz. A coleta de lixo deveria ter sido suspensa momentaneamente naquele dia, ou cercada de cautelas e cuidados. Se tudo isso não parece necessário ao cidadão comum, deveria fazer parte do dia a dia da recorrente, que presta um serviço público e alta relevância. Por seu próprio alcance e dimensão isso a torna conhecedora de toda geografia, topografia e dificuldades físicas da cidade, dentre elas o elevado índice pluviométrico que rotineiramente lhe atinge. Faltou-lhe prevenção e cautela. Patentes o nexo causal e a culpa exclusiva, sem divisão de responsabilidades com a UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS, proprietária do Campus onde ocorreu o acidente e a MANAUS ENERGIA, hoje denominada ELETROBRAS AMAZONAS ENERGIA, distribuidora de energia, cuja rede tinha caído na via onde ocorreu a tragédia.

Processo: TRT RO 3275100-7 0.2 006.5.11.0005.

ACÓRDÃO 2ª Turma

RECORRENTES: ENTERPA ENGENHARIA LTDA. Advogados: Dr. Hileano Pereira Praia e outros.

RECORRIDOS: LIAMARA ALVES PALHETA e GILSON PALHETA TEIXEIRA. Advogado: Dr. Ademário do Rosário Azevedo e outros.

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO AMAZONAS. Advogados: Dr. André Cheik Bessa. **MUNICÍPIO DE MANAUS.**

RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO METON MARQUES DE LIMA.

Vistos, relatados e discutidos nos presentes autos o Recurso Ordinário oriundo da MM. 5ª Vara do Trabalho de Manaus, no qual são

partes, como recorrente, ENTERPA ENGENHARIA LTDA. e, como recorridos, LIAMARA ALVES PALHETA e GILSON PALHETA TEIXEIRA, MANAUS ENERGIA S/A., FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO AMAZONAS E MUNICÍPIO DE MANAUS.

Em Decisão de fls. 217/233 dos autos, a MM. Vara de Origem decidiu: a) determinar que conste da capa do processo e onde mais couber, como terceira reclamada a Fundação Universidade do Amazonas; b) rejeitar a questão preliminar de incompetência material suscitada pela primeira reclamada; c) acolher a questão preliminar de incompetência material em face da segunda reclamada e terceiras reclamadas, extinguindo o processo sem resolução do mérito nesse particular; d) rejeitar a questão preliminar de carência do direito de ação por

ilegitimidade passiva do quarto reclamado; e) e julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar a primeira reclamada a pagar aos reclamantes o valor total de R\$ 278.759,42, a título de indenização por danos materiais e morais e, concedeu aos reclamantes os benefícios da justiça gratuita. Improcedentes os demais pedidos.

Irresignada com o teor da Decisão, a Reclamada interpôs Recurso Ordinário cujas razões encontram-se às fls. 237/274, alegando preliminarmente, a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciação do presente feito, sendo certo, que tal incompetência pode ser arguida a qualquer momento e grau de jurisdição, devendo inclusive ser declarada “*ex officio*”. Pelo que, requer digne-se acolher a incompetência arguida, a fim de que a presente demanda seja processada e julgada pelo juízo competente para tal, qual seja, a Justiça Comum Federal, tendo em vista a condição das denunciadas. A presente lide versa sobre a responsabilidade civil, motivo pelo qual há de ser respondida a questão crucial para o deslinde da presente, qual seja, saber quem deu causa ao acidente em questão. Notadamente, no caso em tela estamos diante do que a melhor doutrina e jurisprudência denominam de *fato de terceiro*, que é caracterizado quando o dano é provocado por terceiro e não por quem teve a conduta apontada como responsável, o que acarreta a interrupção do liame causal. Com efeito, se inexistente relação de causalidade, não se pode impor a obrigação de reparar. Outrossim, além do descabimento de indenização por dano moral no caso em questão, igualmente é indevida a sua cumulatividade com a dano material, conforme se denota nos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais pátrios. Requer seja julgado totalmente improcedentes os pedidos deferidos pela Sentença recorrida.

Contrarrazões apresentadas pela Reclamante às fls. 285/304, pela litisconsorte Fundação Universidade do Amazonas, às fls. 321/325 e pela litisconsorte Manaus Energia S/A., às fls. 327/330.

As demais partes deste processo não apresentaram contrarrazões, conforme certidão de fl. 335.

É O RELATÓRIO.

VOTO

A Universidade Federal do Amazonas, em contrarrazões levanta a preliminar de intempestividade. Prolatada em 8.8.2008, a Sentença teve seu prazo recursal iniciado no dia 11.8.2008 (segunda-feira) e se concluiria em 18.8.2008. Contudo, a data do dia 11.8.2008 foi feriado forense (Dia da Justiça). Consequentemente o prazo recursal começou a fluir apenas no dia seguinte. O Apelo apresentado em 19.8.2008 encontra-se, portanto, tempestivo.

Conheço do Recurso, eis que preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Dano moral por morte do empregado. Reclamação feita pela viúva e pelo filho do *de cuius*.

DA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A preliminar levantada pela recorrente, em que pese os inumeráveis julgados trazidos à colação para fundamentar sua tese, siga o entendimento já esposado em 1º Grau, que aplicou a OJ n. 26 da SDI1/TST, *verbis*:

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO REQUERIDA POR VIÚVA DE EX-EMPREGADO. A Justiça do Trabalho é competente para apreciar pedido de complementação de pensão postulada por viúva de ex-empregado, por se tratar de pedido que deriva do contrato de trabalho.

A posição da Colenda Corte trabalhista é mais consentânea com a nossa atual realidade legal e constitucional. Não há motivo para deslocar à Jurisdição comum ato que decorreu de um contrato de trabalho, quando o trabalhador estava em pleno exercício de sua atividade. Mesmo que nos autos tenham sido discutidos aspectos de fato do incidente, a principal questão do processo é sobre culpa e seu alcance, para fins indenizatórios.

Rejeito a preliminar.

DA DENUNCIÇÃO DA LIDE

Requer a recorrente a denúncia à lide das demandadas em 1º Grau e afastadas pelo decisório em apreciação UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS e MANAUS ENERGIA, hoje denominada ELETROBRAS AMAZONAS ENERGIA. **Não tem razão.**

A situação em que os fatos ocorreram era anormal. Chuva intensa, quedas de árvores, falta de luz.

A coleta de lixo deveria ter sido suspensa momentaneamente naquele dia, ou cercada de cautelas e cuidados.

Se tudo isso não parece necessário ao cidadão comum, deveria fazer parte do dia a dia da recorrente, que presta um serviço público e de alta relevância. Por seu próprio alcance e dimensão a torna conhecedora de toda geografia, topografia e dificuldades físicas da cidade, dentre elas o elevado índice pluviométrico que rotineiramente lhe atinge.

Faltou-lhe prevenção e cautela.

Descabe distribuir a culpa com a UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS e MANAUS ENERGIA, hoje denominada ELETROBRAS AMAZONAS ENERGIA.

Rejeito igualmente esta preliminar. *DE MERITIS*

Aconteceu com o empregado já falecido o improvável, o impensável: foi eletrocutado embora não trabalhasse com energia elétrica, enquanto exercia sua função de gari, de agente coletor de lixo urbano da reclamada.

A principal tese de defesa da reclamada recorrente é a de que houve inércia da prestadora de energia elétrica e da Universidade Federal, quando não solucionaram a queda de fiação e falta de energia no Campus Universitário, onde ocorreu o acidente.

Alega fato de terceiro e a força maior, como excludentes de sua responsabilidade.

Não houve o fato de terceiro. A ação que causou o trágico acidente adveio da própria recorrente, pois para esta o reclamante agia

no momento fatal. Não houve nenhuma participação da Universidade do Amazonas, nem da distribuidora de energia elétrica. Estas sofreram a ação da natureza que costuma ser contunente quando a chuva cai sobre a cidade, quase sempre acompanhada de vento e fortes descargas elétricas. Conforme o atestado de óbito juntado ao processo, o trabalhador falecido veio a morrer em 7.1.2006, em pleno período chuvoso da cidade de Manaus, quando as precipitações pluviométricas são intensas e fortes. As quedas de árvores e de fios da rede elétrica que permearam o infortúnio confirmam plenamente este retrato.

Os coletores de lixo da cidade — e isso é fato público e notório — atuam com equipamentos simplórios em seu mister, subindo e descendo do veículo coletor em pleno movimento sem qualquer proteção ou cuidado. Ou seja, em condições normais de tempo o serviço já é arriscado, muito mais após uma forte chuvarada.

A ação de terceiro, se houve veio das nuvens, não da Universidade do Amazonas, nem da distribuidora de energia.

A força maior alegada, longe de ser um motivo de escusa, deveria ter sido um motivo para paralisação do serviço de coleta de lixo, ou de maior cuidado naquelas circunstâncias. Nada disso ocorreu, contudo.

Portanto, afasta-se o fato de terceiro, assim como a força maior como excludentes do nexos de causalidade. Inaplicável ao caso o art. 393, do Código Civil. O evento imprevisível, supostamente a chuva, já ocorrera. As consequências de se fazer coleta de lixo em local escuro e submetido a um temporal, estas sim eram previsíveis.

Voltando ao atestado de óbito, vê-se que a morte do empregado ocorreu por volta de uma hora da manhã. Neste horário a Universidade do Amazonas já encerrara suas atividades e o Campus deveria estar deserto. Por outro lado, a distribuidora de energia deveria estar se havendo em dar conta de um sem número de chamadas e incidentes decorrentes do temporal.

A experiência demonstra que a reação de tais entes nestas oportunidades demanda horas, sempre mais de duas, ou três horas. A cautela indicava ser um motivo para paralisação do serviço de coleta de lixo, ou de maior cuidado naquelas circunstâncias. Mesmo assim, a atividade continuou.

Afasta-se a hipótese de culpa concorrente da UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS e da MANAUS ENERGIA, hoje denominada ELETROBRAS AMAZONAS ENERGIA.

A culpa foi inteiramente da reclamada.

A operação de coleta de lixo urbano é vital na dinâmica de uma cidade moderna e deve envolver toda uma infraestrutura e logística capaz de prever todos os incidentes que lhe são inerentes, ou lhe possam afetar, tal como o incidente que ceifou a vida do *de cuius*.

O Juízo *a quo* aplicou ao caso a responsabilidade objetiva, tendo em vista a atividade exercida pelo obreiro falecido, que é normalmente de risco.

Caminha-se um pouco mais neste caminho para atribuir à demandada a responsabilidade subjetiva. Segundo “Relatório de Ocorrência” (fls. 35/36) havia “chovido naquela tarde e entrando pela noite, e as ruas do Campus encontravam-se em total escuridão, e sem sinalização de segurança indicando que havia risco de acidente na artéria, em função de alguns galhos de árvores terem caído sobre a fiação de alta tensão...” Ainda assim, a atividade coletora não foi abortada. Como dito acima, as consequências de se fazer coleta de lixo em local escuro e submetido às consequências de um temporal eram plenamente previsíveis.

Há nexos causal e plenamente demonstrado. Houve morte, uma família foi desfeita, mãe e filho ficaram enlutados.

É possível a cumulação do dano moral com o dano material. A primeira indenização repara a dor interna da perda, do luto, do vazio. A segunda reparação alcança a perda material, o sustento o amparo da família, que era trazido pela força de trabalho do falecido.

Pelas mesmas razões deve ser mantido o *quantum* indenizatório (R\$ 278.759,42 a título de indenização por danos morais e materiais, juros e correção monetária). Nascido em 2.9.1966, o empregado pré-morto contava com apenas 39 anos (docs. fls. 37/38), em pleno vigor de sua força física e laboral, com expectativa de vida longa e produtiva pela frente.

A Sentença recorrida traz um criterioso levantamento de valores e a fórmula adotada pelo magistrado *a quo* para a fixação do valor, sem que a recorrente tenha trazido elementos suficientes para infirmá-lo, exceto seu próprio inconformismo.

A forma da condenação, por uma só parcela também deve ser mantida, por ser adequada a reparar de imediato o prejuízo material que a morte do trabalhador trouxe para sua família.

Indevida qualquer compensação com valores recebidos, tais como seguro de vida, verbas rescisórias e INSS, em virtude da diversa natureza dos valores pagos.

Os juros moratórios serão aqueles fixados em Sentença, tendo esta como base de apuração.

Nestes termos, rejeita-se a preliminar de intempestividade arguida, para, no mérito, **manter-se integralmente** a Decisão de 1º Grau.

ISTO POSTO

ACORDAM os Desembargadores Federais e Juízes Convocados da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, rejeitar a preliminar de intempestividade arguida; no mérito, negar-lhe provimento, mantendo a Decisão de 1º Grau em todos os seus termos, na forma da fundamentação. Indicado para guarda definitiva, devendo essa informação ser lançada na capa dos autos pela Secretaria.

Assinado em 22 de setembro de 2011.

DAVID ALVES DE MELLO JÚNIOR
Desembargador Relator

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS

Processo TRT 15ª Região: 0005020-42.2014.5.15.0000

DISSÍDIO COLETIVO

Suscitante: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico e Eletrônico e de Fibra Óptica de Campinas, Americana, Indaiatuba, Monte Mor, Valinhos, Nova Odessa, Paulínia, Sumaré e Hortolândia

1º Suscitado: Filoauto Indústria e Comércio Ltda.

2º Suscitado: Metalúrgica Roseben Eireli – EPP

3º Suscitado: Ferramentaria América Latina Eireli – EPP

4º Suscitado: General Motors do Brasil Ltda.

Custus Legis: Ministério Público do Trabalho

Origem: Secretaria do Tribunal Pleno

Processo TRT 15ª Região: 0005023-94.2014.5.15.0000 (Conexo)

DISSÍDIO COLETIVO

Suscitante: Filoauto Indústria e Comércio Ltda.

Suscitado: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico e Eletrônico e de Fibra Óptica de Campinas, Americana, Indaiatuba, Monte Mor, Valinhos, Nova Odessa, Paulínia, Sumaré e Hortolândia

Custus Legis: Ministério Público Do Trabalho

Origem: Secretaria do Tribunal Pleno

Ementa:

- ▶ **TERCEIRIZAÇÃO. DISPENSA COLETIVA. INSUFICIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO. A SOCIEDADE DO EFÊMERO. SOLUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. O VALOR DOS PRINCÍPIOS PARA A SOLUÇÃO DA QUESTÃO. A RESPONSABILIDADE DE CADA QUAL E DE TODOS PELO MEIO E PELA COMUNIDADE. LIMITES DA INICIATIVA PRIVADA. NECESSIDADE DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA.** Mais do que em tempos passados (muito mais mesmo!), a lei não consegue nem prever todas as situações que a complexa vida em sociedade oferece, nem chegar a tempo de regular/disciplinar várias delas, dada a rapidez com que se sucedem, o que faz com que se conclua que hoje se vive a época do efêmero, tornando necessário, não poucas vezes, antes, em inúmeras, procurar/buscar a resposta a diversas questões no ordenamento jurídico, visto em sua totalidade, o que levou/leva a explosão da relevância dos princípios, como hoje se observa. Também não há mais postergar a verdade de que cada um e todos têm responsabilidades para

com o meio, para com a comunidade em que vivem, as quais variarão em grau e intensidade, de acordo com os benefícios que se tira desse convívio e as reais possibilidades de atuação de cada qual, pena de perderem legitimidade ações que, respeitadas essas responsabilidades, seriam inquestionavelmente legítimas. A livre-iniciativa há de ser vista enquanto integrante da floresta, e não como árvore isolada num distante e perdido oásis. Em sede de direito coletivo do trabalho, não há como pensá-lo sem considerar a negociação coletiva, como integrante inseparável de sua estrutura.

Vistos.

SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS METALÚRGICAS, MECÂNICAS E DE MATERIAL ELÉTRICO E ELETRÔNICO E DE FIBRA ÓPTICA DE CAMPINAS, AMERICANA, INDAIATUBA, MONTE MOR, VALINHOS, NOVA ODESSA, PAULÍNIA, SUMARÉ E HORTOLÂNDIA, suscitante, propôs o presente DISSÍDIO COLETIVO em face de FILOAUTO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., METALÚRGICA ROSEBEN EIRELI – EPP, FERRAMENTARIA AMÉRICA LATINA EIRELI – EPP e GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA., suscitados, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

Em resumo, o sindicato da categoria profissional alega a irregularidade das dispensas em massa, em razão da inexistência da necessária negociação coletiva prévia, ou seja, a arbitrariedade da conduta das empresas suscitadas, que, durante o período de férias do mês de dezembro/2013 e início de janeiro/2014, dispensaram aproximadamente 500 trabalhadores.

Pugna pela instauração de negociação entre as partes e, frustrada a tratativa, seja julgado inteiramente procedente o dissídio, requerendo, assim, a suspensão e/ou o cancelamento das dispensas ocorridas desde novembro/2013, bem como a reintegração dos trabalhadores demitidos com pagamento dos respectivos salários, benefícios e demais direitos do período entre o afastamento e a reintegração, além da determinação para que as suscitadas, depois de intimadas, comuniquem o retorno ao trabalho aos trabalhadores e, ainda, para que

não impeçam o retorno daqueles que espontaneamente comparecerem para o serviço, sob pena de multa diária. Por derradeiro, postula honorários advocatícios, id 268370.

Deu à causa o valor de R\$50.000,00.

Juntou procuração e documentos.

Em contestação, a Filoauto, arguiu preliminar de carência de ação por falta de interesse processual, alegando que provocou o sindicato da categoria profissional suscitante à negociação em dezembro/2013 e, também, em janeiro/2014, sendo que, por desinteresse dele, a aludida tentativa de ajustamento não produziu resultados, ademais, alude que não restou caracterizado o comum acordo indispensável à instauração da instância e, como se não bastasse, falta legitimidade ao sindicato da categoria profissional suscitante, porquanto não comprovou a existência de assembleia regularmente convocada e realizada para autorizar o ajuizamento do dissídio, ainda, por não delimitadas as bases da conciliação.

No mérito, justificou as demissões na inesperada perda de contrato comercial que mantinha com a General Motors.

Sustenta não possuir meios econômicos para assimilar a reintegração dos funcionários, manutenção de plano de saúde, cesta básica, reciclagem profissional, mesmo que, temporariamente, tudo por falta de faturamento e reputa incabível a suspensão do contrato, id. 271248.

Observa que o maquinário da linha de produção, cedida à Filoauto mediante contrato de comodato, pertencendo à General Motors que já promoveu a retirada dos equipamentos.

A propósito, assinala que havia ingerência, controle e fiscalização da General Motors na atividade desenvolvida pelos trabalhadores, sendo evidente a responsabilidade solidária, mesmo porque todos os serviços reverteram em prol da GM que, conforme assevera, é o sujeito da obrigação discutida pelo sindicato da categoria profissional, ou seja, “se trata da única pessoa legitimada a responder a tal pedido”.

Consigna, ainda, que, ao reverso do alegado na inicial, procedeu aos pagamentos das rescisões, pelo que pleiteia a imposição da pena por litigância de má-fé ao suscitante.

Mormente garante que agiu conforme os princípios da boa-fé, da função social do contrato, da dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e cidadania, id 271248.

Juntou documentos, sendo que a advogada que subscreveu a defesa é a que compareceu à audiência, id 269193.

Durante a audiência de 14.1.2014, foi deferida a integração da General Motors à presente lide, id 269193, bem como deferida a juntada de outros documentos, relativos ao contrato civil entre suscitadas e as dispensas realizadas.

Na audiência, em prosseguimento, realizada em 22.1.2014, restou deferida a conexão com o Processo n. 0005023-94.2014.5.15.0000.

Nos autos do mencionado Processo n. 0005023-94.2014.5.15.0000, a respectiva suscitante, FILOAUTO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., ajuizou dissídio coletivo em face de SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS METALÚRGICAS, MECÂNICAS E DE MATERIAL ELÉTRICO E ELETRÔNICO E DE FIBRA ÓPTICA DE CAMPINAS, AMERICANA, INDAIATUBA, MONTE MOR, VALINHOS, NOVA ODESSA, PAULÍNIA, SUMARÉ E HORTOLÂNDIA, com pedido de liminar.

Em síntese, afirmou que em 18.12.2013 a General Motors comunicou a rescisão de todos os contratos de forma imediata, antecipada e imotivada, com a retirada de todo o patrimônio

que estaria em posse da suscitante, por força do contrato de comodato.

Fala que tal contrato representava 95% do faturamento da empresa e que, com a sua extinção, logicamente, vários contratos de trabalho foram rescindidos.

Diz que, em 20.12.2013, a administração da empresa comunicou a diretoria do sindicato da categoria profissional por telefone, sendo ajustado que em 7.1.2014 se reuniriam para tratar das dispensas, mas nada de frutífero vingou dessa reunião.

Ao contrário, a diretoria da entidade sindical, além de se recusar a homologar as rescisões, passou a orientar os empregados a não aceitar as verbas rescisórias, incitando, ainda, a deflagração de um movimento paredista da parte dos que permaneceram no quadro de funcionários.

Pugnou pelo reconhecimento da legalidade das dispensas, bem como declaração da ilicitude da conduta do suscitado, id. 269123.

Deu à causa o valor de R\$ 1.000,00.

Juntou procuração e documentos.

Em contestação, nos autos do Processo n. 0005023-94.2014.5.15.0000, o suscitado, Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico e Eletrônico, em suma, arguiu preliminar de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido, alegando que já corre dissídio coletivo distribuído em razão das dispensas em massa. No mérito, apontou irregularidade da conduta da suscitante, a quem imputa a culpa exclusiva pela ausência de negociação prévia e defende a ilicitude das demissões.

Ressalto que na solenidade realizada em 22.1.2014, as suscitadas Filoauto, Roseben e Ferramentaria América Latina se comprometeram a cessar com as demissões, mediante o retorno dos trabalhadores ao serviço, sem desconto dos dias da greve deflagrada e o suscitante se comprometeu a não conduzir outro movimento grevista pelos motivos que ensejaram o presente dissídio, ainda, a

proceder às homologações das rescisões com ressalva de direitos. As partes ajustaram, por derradeiro, que a empresa Protec, por pertencer a outra base territorial seria excluída da lide, id 279498 – autos do Processo n. 0005020-42.2014.5.15.0000.

Quanto à General Motors, apresentou contestação, arguindo o descabimento da denúncia à lide e a ilegitimidade de parte, ainda, o manifesto descabimento do dissídio coletivo de natureza jurídica. Aduz, mais, que falta legitimidade ao sindicato da categoria profissional suscitante, porquanto não comprovou a existência de assembleia regularmente convocada e realizada para autorizar o ajuizamento do dissídio e cogita da impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, defende a inexistência da responsabilidade solidária, sobretudo em razão de que apenas a Filoauto controlava, organizava e fiscalizava a prestação dos serviços dos trabalhadores envolvidos nas dispensas, observando, em adição, que a Filoauto, 1ª suscitada, presta serviços para outras empresas, inclusive, para concorrentes, id 282604.

Juntou procuração e documentos.

Por despacho de 27.1.2014, foi ratificada a conexão entre os processos, id. 282998 e através da manifestação id. 312972 o suscitante noticiou que dispensados, efetivamente, 345 trabalhadores.

Em seu Parecer, o Ministério Público do Trabalho, por seu Ilustre Procurador Ronaldo José de Lira, opinou pela declaração de abusividade e ineficácia das dispensas em massa e pela reintegração e pagamento dos consectários, id 375790.

É o relatório.

VOTO

Conheço dos presentes dissídios coletivos, Processo n. 0005020-42.2014.5.15.0000 e Processo n. 0005023-94.2014.5.15.0000, porquanto regularmente processados, ainda conforme o que adiante decidido.

DA PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL DO SINDICATO DA CATEGORIA PROFISSIONAL – EXISTÊNCIA/ INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DO SINDICATO EM RELAÇÃO À NEGOCIAÇÃO PRÉVIA À INSTAURAÇÃO DO DISSÍDIO

A prova da existência do interesse do sindicato da categoria profissional na negociação das dispensas em massa é patente, basta examinar o documento Ata de Reunião n. 1/2014, id. 268856, onde a entidade empenhou os seus esforços para reverter as resilições efetuadas pela empregadora, id 271321.

Além disso, as partes se comprometeram, por telefonema, que partiu da administração da empresa, em 20.12.2013, a se reunir no início de janeiro/2014, para tratar das dispensas.

O fato é incontroverso.

Ocorre que a dadora de serviço, alheia à reunião agendada, de forma escalonada, mas antes do momento para firmarem possíveis alternativas, nos dias 20, 30 e 31.12.2013 procedeu à numerosa dispensa dos funcionários, praticamente esvaziando a possibilidade de qualquer negociação eficaz acerca da manutenção dos contratos e/ou às alternativas às dispensas, id 271321.

Não ficou claro, e tal prova incumbia à Filoauto produzir, que a empresa deu ciência à entidade sindical que iniciaria as dispensas em massa a contar de 20.12.2013, id 271321.

A empregadora argumenta que deu ciência da “situação existente” ao sindicato. Mas tem-se por lacônica em demasia tal colocação, eis que, objetivamente, nada nos autos permite inferir que a empresa deu ciência ao sindicato da categoria profissional que iniciaria a dispensa em massa a contar de 20.12.2013.

Rejeito a preliminar.

DA PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL DO SINDICATO DA CATEGORIA

PROFISSIONAL – AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO DAS BASES DA CONCILIAÇÃO

Da causa de pedir e do pedido, id 268370 emerge, com clareza, a pretensão do sindicato da categoria profissional, que diz respeito à negociação entre as partes a respeito das dispensas em massa dos empregados das empresas, Filoauto Indústria e Comércio Ltda., Metalúrgica Roseben Eireli – EPP e Ferramentaria América Latina Eireli – EPP, naturalmente, envolvendo a reintegração dos trabalhadores, o pagamento dos salários do período do afastamento dos serviços, o restabelecimento de todas as vantagens contratuais, inclusive a proibição de novas demissões em massa sem negociação coletiva.

Não há dúvida, portanto, quanto às reivindicações sobre as quais a negociação poderia se desenvolver.

Rejeito a preliminar.

DA PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL DO SINDICATO DA CATEGORIA PROFISSIONAL – EXISTÊNCIA/ INEXISTÊNCIA DO PRESSUPOSTO DO COMUM ACORDO

Não constitui pressuposto absoluto para o aforamento de um dissídio coletivo o denominado comum acordo, instituto introduzido tão somente para evitar o ajuizamento do dissídio, sem qualquer negociação prévia ou sem que tenha ficado claro que a questão só terá sua definição com a intervenção do Judiciário Trabalhista.

Dispõe o art. 114, § 2º, da Constituição Federal, que: “Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.”

In casu, a própria Filoauto reconheceu que não produziu qualquer resultado as reuniões

realizadas com o propósito de discutir as numerosas dispensas, ficando, de resto, bem claro que a empresa não tinha e não tem o propósito de negociar a reintegração dos trabalhadores dispensados, tanto extra, quanto judicialmente.

O impasse está perfeitamente retratado nos autos.

Noutra vertente, a interpretação dada pela Filoauto ao que se entende por comum acordo, pela qual, a solução jurisdicional do dissídio estaria condicionada à expressa anuência das partes não se afigura razoável, bastando considerar que induziria, notadamente, a categoria profissional, à deflagração de greve para forçar a apreciação das suas reivindicações pela Justiça do Trabalho, o que, logicamente, não retrata a vontade do legislador.

Rejeito a preliminar.

DA EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO – DESCABIMENTO DO DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA/ DISPENSAS EM MASSA

A questão foi enfrentada por esta E. SDC, nos autos do Dissídio Coletivo Processo n. 0030900-12.2009.5.15.0000, onde o Relator, Desembargador José Antonio Pancotti, de modo esclarecedor, expôs, permissa vênua:

“1.3 – DA EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO – ART. 267, IV, DO CPC

A suscitada sustenta a inviabilidade da presente ação porque no seu entender não se pode falar em dissídio coletivo de natureza jurídica, como designado na petição inicial, na medida em que não se vislumbra que tenha caráter de dissídio de direito, de interpretação, ou declaratório, porque o pedido é de natureza condenatória. Aduz ainda que a Orientação Jurisprudencial n. 07 da SDC do TST firmou entendimento no sentido de que o dissídio coletivo de natureza jurídica não se presta à interpretação de normas de caráter genérico, a teor

do disposto no art. 313 do RITST. E mais, que a decisão judicial de natureza declaratória tem por característica não se prestar à execução forçada, conforme ementas de acórdãos que colaciona. Pugna pela extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC.

Pois bem.

O dissídio coletivo é um processo judicial com procedimento e rito especiais, da competência originária dos Tribunais Regionais do Trabalho, exceto os de competência do TST, destinado à solução de conflitos coletivos de trabalho ou forma de ação coletiva cuja titularidade é conferida em geral aos sindicatos, que nada mais são que entes coletivos de defesa de interesses e direitos individuais e coletivos (CF/88, 8º, III), em que os titulares materiais são os integrantes da categoria profissional ou econômica representada, ou seja, no caso dos sindicatos de empregados, grupos de pessoas que têm um vínculo jurídico básico e por isso constituem uma categoria profissional.

Suscitado o dissídio ou a ação coletiva perante a Justiça do Trabalho, o Poder Judiciário trabalhista estará jungido a intervir no conflito coletivo para solucioná-lo. Não poderia ser diferente, sob pena de se negar o seu papel fundamental na sociedade, que é o de recobrar a paz social.

O processo coletivo tem um caráter instrumental de cunho marcadamente publicista, ou seja, de instrumento de intervenção do Poder Judiciário nos conflitos privados, na medida em que envolve questões de interesse coletivo e, não raro, de interesse público, que reclamam uma atuação estatal urgente, pronta e eficaz, em prol da paz social.

Fatos políticos, econômicos e sociais decorrentes da globalização econômica vêm impondo que se faça uma revisão crítica do processo judicial, com especial reflexão quanto aos meios necessários para que os

direitos do cidadão sejam amplamente considerados, não podendo o Poder Judiciário ficar preso ou amarrado a uma ortodoxia do processo judicial que conduziria à frustração da atividade jurisdicional efetiva.

No tocante ao dissídio coletivo trabalhista, ensina o Professor e Ministro Ives Gandra Martins Filho (in *Processo Coletivo do Trabalho*, 3. ed., LTr, p. 77) que 'A regra geral é, pois, que os dissídios coletivos constituam ações dispositivas, em que a solução do conflito coletivo se dá pela criação de novas regras e condições de trabalho, além daquelas já previstas legalmente'.

Com efeito, nos arts. 856 a 875 da Consolidação das Leis do Trabalho encontra-se todo o regramento pertinente aos dissídios ou ações coletivas que visam à criação de melhores condições de trabalho e salários, no âmbito das categorias envolvidas. São normas de procedimento, mas não comportam uma inteligência que se desvie deste propósito, ou seja, de solução de conflito de interesses ou econômico.

Não sem razão que o ilustre Professor e Ministro arremata que a doutrina e a jurisprudência são unânimes em reconhecer a possibilidade do dissídio coletivo visando não à fixação de normas e condições de trabalho, mas à delimitação exata das já existentes, no sentido de interpretar as leis, acordos coletivos, convenções coletivas e sentenças normativas incidentes sobre as relações de trabalho de uma dada categoria. Trata-se do denominado dissídio coletivo de natureza jurídica, que se contrapõe ao dissídio coletivo de natureza econômica.

Louvando-me deste sábio ensinamento doutrinário, ousou dizer que os dissídios coletivos jurídicos não têm um regramento procedimental específico no ordenamento jurídico, nem mesmo normas que estabeleçam condições de admissibilidade da ação ou pressupostos processuais específicos para a sua instauração. Os requisitos ou

pressupostos para a instauração válida e regular do processo de dissídio de natureza jurídica são aqueles de caráter geral dos dissídios coletivos de natureza econômica. Estes, sim, previstos em lei.

A construção doutrinária e jurisprudencial, entretanto, ao criá-lo, avançou e instituiu requisitos não previstos em lei para a admissibilidade desta ação e para a instauração do processo.

É neste contexto que interpreto e aplico a Orientação Jurisprudencial n. 07 da SDC e o Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, com todo o respeito que tenho por aquela Colenda Corte.

O caráter marcadamente publicista do processo de dissídio coletivo de natureza jurídica ou econômica, dada a relevância das matérias que trazem às portas do Poder Judiciário, não pode ser visto nem receber igual tratamento que os procedimentos que tenham por objeto questões de direitos individuais.

Fatos novos ou inusitados no mundo capitalista estão hoje trazendo às barras dos tribunais do trabalho fenômenos delineados por efeitos maléficos da globalização econômica, em que as dificuldades econômico-financeiras de empresas de países distantes repercutem na economia nacional, afetando número infindável de empresas e milhares de trabalhadores, requerendo dos poderes públicos, entre eles o judiciário, uma pronta e efetiva resposta.

Estes fenômenos têm levado as empresas a tomar atitudes imprevisas, que surpreendem os trabalhadores e a sociedade, como as demissões coletivas de seus empregados.

Neste contexto, data vênha daqueles que entendem em sentido contrário, penso que não é razoável nem justo que este Eg. Tribunal possa escudar-se em formalidades procedimentais para frustrar pronunciamento sobre o fundo da questão.

Aduz a suscitada que não se admite nas ações declaratórias, como se classificam os dissídios coletivos, pretensão condenatória.

Ressalto, porém, que a petição inicial contém pretensão de que o Tribunal instaure negociação com as suscitadas, cumulado com pedido meramente declaratório, porque o pedido é expresso de que seja, ao final, julgado procedente o dissídio coletivo de natureza jurídica pra declarar nulas as demissões coletivas efetivadas sem observância da negociação prévia com os suscitantes.

O dissídio coletivo é desenganadamente de natureza declaratória, no dizer do ministro Ives Gandra Martins Filho, acima transcrito, no sentido de interpretar as leis, acordos coletivos, convenções coletivas e sentenças normativas incidentes sobre as relações de trabalho de uma dada categoria.

Não se pode desconsiderar, porém, que a suscitada compareceu à audiência de tentativa de conciliação e fez propostas de solução do conflito coletivo, o que não pode ser desprezado para a solução de questão tão intrincada.

De sorte que, não importando as palavras que empregue o suscitante, cabe ao Tribunal interpretá-las, conforme o objeto e a natureza da pretensão deduzida.

Por tais fundamentos, rejeito a preliminar.”

Os fundamentos acima são inteiramente aplicáveis ao caso em foco e bastam para a solução da questão.

Ressalto que o C. TST, no julgamento da Revista respectiva, acabou fixando como premissa para casos futuros, a necessidade de negociação coletiva, com o sindicato da categoria profissional, precedentemente à dispensa massiva de trabalhadores, o que, igualmente, evidencia o pleno cabimento do dissídio coletivo de natureza jurídica para se discutir da dispensa em massa, sendo, a propósito, deliberado o seguinte:

“RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas têm natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea — sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada — é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas

e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontrastável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”. DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT ns. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se

reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que ‘a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores’, observados os fundamentos *supra*. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial.” (TST Processo: ED-RODC – 30900-12.2009.5.15.0000 Data de Julgamento: 10.8.2009, relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 4.9.2009 *in site* do C. TST.)

No corpo da decisão o I. Ministro pontificou: “Um ponto relevante é que a dispensa coletiva é questão grupal, massiva, comunitária, inerente aos poderes da negociação coletiva trabalhista, a qual exige, pela Constituição Federal, em seu art. 8º, III e VI, a necessária participação do sindicato. Trata-se de princípio e regra constitucionais trabalhistas, e, portanto, critério normativo integrante do Direito do Trabalho (art. 8º, III e VI, CF). Por ser matéria afeta ao direito coletivo trabalhista, a atuação obreira na questão está fundamentalmente restrita às entidades sindicais, que devem representar os trabalhadores, defendendo os seus interesses perante a empresa, de modo que a situação se resolva de maneira menos gravosa para os trabalhadores, que são, claramente, a parte menos privilegiada da relação trabalhista.

Nesse sentido, segundo este Relator (que, neste aspecto, ficou vencido), até que surja negociação coletiva trabalhista regular ou, alternativamente, o processo judicial trabalhista correspondente (dissídio coletivo), o

ato potestativo e unilateral empresarial de dispensa coletiva seria inábil a produzir efeitos jurídicos, por não haver no direito coletivo trabalhista semelhante ato coletivo sem a participação do sindicato.

Em síntese: as dispensas coletivas de trabalhadores, substantiva e proporcionalmente distintas das dispensas individuais, não podem ser exercitadas de modo unilateral e potestativo pelo empregador, sendo matéria de Direito Coletivo do Trabalho, devendo ser submetidas à prévia negociação coletiva trabalhista ou, sendo inviável, ao processo judicial de dissídio coletivo, que irá regular os termos e efeitos pertinentes. Neste ponto, para os casos futuros, a d. Maioria da SDC fixou tal premissa (embora a d. Maioria, para o caso vertente nestes autos, não reconheça abusividade ou falta de boa-fé objetiva na dispensa massiva perpetrada — até mesmo porque a premissa aqui fixada não era ainda acolhida na Jurisprudência até então dominante).

A premissa ora fixada é: ‘a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores.’

É que a negociação coletiva ou a sentença normativa fixarão as condutas para o enfrentamento da crise econômica empresarial, atenuando o impacto da dispensa coletiva, com a adoção de certas medidas ao conjunto dos trabalhadores ou a uma parcela deles, seja pela adoção da suspensão do contrato de trabalho para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador (art. 476-A, da CLT), seja pela criação de Programas de Demissão Voluntária (PDVs), seja pela observação de outras fórmulas atenuantes instituídas pelas partes coletivas negociadas.

Além disso, para os casos em que a dispensa seja inevitável, critérios de preferência social devem ser eleitos pela negociação coletiva, tais como a despedida dos mais

jovens em benefício dos mais velhos, dos que não tenham encargos familiares em benefício dos que tenham, e assim sucessivamente. Evidentemente que os trabalhadores protegidos por garantias de emprego, tais como licença previdenciária, ou com debilidades físicas reconhecidas, portadores de necessidades especiais, gestantes, dirigentes sindicais e diretores eleitos de CIPAs, além de outros casos, se houver, deverão ser excluídos do rol dos passíveis de desligamento.”

Superada a tese do descabimento do dissídio coletivo de natureza jurídica instaurado pelo sindicato da categoria profissional para análise da demissão em massa.

Rejeito a preliminar.

DA PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR ILEGITIMIDADE ATIVA DE PARTE DO SINDICATO DA CATEGORIA PROFISSIONAL – AUSÊNCIA DE ASSEMBLEIA DE AUTORIZAÇÃO

O estatuto da entidade sindical, concebido em assembleia da categoria, institui como prerrogativa e autoriza o ente à representação, administrativa e judicial, dos interesses coletivos e individuais dos seus membros, bem como ajuizar dissídios e ações civis públicas, ainda, celebrar acordos e convenções coletivas, nos termos do art. 2º, id. 268907.

Suprida, destarte, a necessidade de assembleia para suscitar dissídio coletivo de natureza jurídica, o que, fique claro, não compreende os dissídios de natureza econômica.

De resto, não é razoável desconsiderar que, no caso vertente, se trata de situação singular, ou seja, da demissão de cerca de 345 trabalhadores, sem prévia negociação, nem comunicação antecipada à entidade de classe, fato que surpreendeu a categoria profissional, demandando do sindicato imediatas providências para a proteção dos interesses dos membros da categoria profissional.

Enfatizo que o C. TST cancelou a OJ n. 06 da SDC que exigia prévia autorização para o

aforamento do dissídio coletivo de natureza jurídica e que assim rezava: “OJ-SDC-6 DISSÍDIO COLETIVO. NATUREZA JURÍDICA. IMPRESCINDIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE ASSEMBLEIA DE TRABALHADORES E NEGOCIAÇÃO PRÉVIA (cancelada pela SDC em sessão de 10.8.2000, no julgamento do RODC n. 604502/1999-8) – DJ 23.3.2001. O dissídio coletivo de natureza jurídica não prescinde da autorização da categoria, reunida em assembleia, para legitimar o sindicato próprio, nem da etapa negocial prévia para buscar solução de consenso.”

Rejeito a preliminar.

DA PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DOS PEDIDOS

Sem prejuízo dos fundamentos *supra*, a análise das peças de ingresso, id 268370 e id 269213 revela a presença de todas as condições da ação, inclusive, da possibilidade jurídica do pedido.

Com efeito, o pedido é juridicamente possível quando, em tese, é tutelado pelo ordenamento jurídico vigente ou quando não é proibido.

No caso, a controvérsia estabelecida diz respeito à conformação ou não, ao ordenamento jurídico vigente, da possibilidade de demissão de vários trabalhadores e da iniciativa do sindicato da categoria profissional de defender em juízo a continuidade do contrato de trabalho dos empregados dispensados, bem como a resistência da entidade quanto à homologação das rescisões que questiona, o que, a toda evidência, trata-se de questões atreladas ao mérito e/ou ao núcleo da *litiscontestatio*, não havendo vedação para que o magistrado aprecie a pretensão posta em juízo, já que não é *contra legem*.

Estando presentes as condições da ação, sendo razoável a pretensão e legítimas as partes, por fim demonstrado o interesse processual dos demandantes, não cabe falar de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido.

Ressalto que o juízo determinou e as partes concordaram com a conexão entre os processos n. 0005020-42.2014.5.15.0000 e 0005023-94.2014.5.15.0000.

O sindicato da categoria profissional, nos autos do Processo n. 0005020-42.2014.5.15.0000 e a empregadora, nos autos do Processo n. 0005023-94.2014.5.15.0000, escorados na regra do inciso XXXV do art. 5º da CF/1988, possuem amplo direito de ação, ou seja, de discutir em juízo o reconhecimento dos direitos que postulam, sendo certo que o deferimento ou não das respectivas pretensões diz respeito ao mérito da causa, o que será apreciado a tempo e modo próprios.

Demais disso, oportuno consignar que, nos moldes do art. 8º da CLT, na falta de disposições legais específicas e naquilo que não for incompatível com os princípios fundamentais do direito do trabalho, a Justiça do Trabalho decidirá por outros meios de integração, como a analogia, equidade, outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho e ainda de acordo com os usos e costumes e o direito comparado, de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Diante desse contexto descabe falar de impossibilidade jurídica, porquanto, em princípio, a legislação e mesmo os demais meios de integração permitem decidir sobre as pretensões.

Rejeito a preliminar.

DA PRELIMINAR DE DENUNCIÇÃO À LIDE E DA ILEGITIMIDADE DE PARTE DA GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA.

A responsabilidade solidária da General Motors do Brasil Ltda., postulada na contestação da Filoauto Indústria e Comércio Ltda., está fulcrada na alegação de que os serviços prestados beneficiavam exclusivamente a GM, que, sobretudo, dirigia a prestação dos serviços, sendo apontada pela Filoauto como a única

pessoa legitimada a responder pela ação ajuizada pelo sindicato da categoria profissional.

Mas, tem-se por inaplicáveis as figuras de intervenção de terceiros, no Processo do Trabalho, principalmente, a denúncia à lide, por faltar competência à Justiça do Trabalho para resolver a controvérsia entre o denunciante e o denunciado, pois, neste caso, trata-se de matéria eminentemente de natureza civil.

Ademais, cabe ao suscitante escolher em face de quem pretende demandar.

Entretanto, ainda que se tenha que, com a ampliação da competência desta Especializada, possível, agora, a denúncia da lide, ainda assim essa possibilidade restaria frustrada porquanto não restou configurada a hipótese prevista no art. 70, inciso III, do CPC, sendo certo que a Filoauto não se desincumbiu do ônus da prova que lhe competia, de demonstrar que, efetivamente, a General Motors dirigiu a prestação de serviços dos trabalhadores dispensados em massa.

Reputo, assim, incabível a denúncia à lide e, até mesmo por parte ilegítima para figurar no polo passivo do dissídio, a General Motors, cuja exclusão da relação processual fica determinada.

Resolvo extinguir o processo, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, inciso VI, do CPC, em relação à 4ª suscitada, General Motors do Brasil Ltda., por incabível a denúncia à lide e por ser considerada parte ilegítima, nos termos da presente fundamentação.

Colhe o apelo da General Motors do Brasil Ltda. no particular.

MÉRITO

DA LICITUDE/ILICITUDE DAS DISPENSAS EM MASSA – AUSÊNCIA DE NEGOCIAÇÃO SINDICAL PRÉVIA ENTRE A EMPREGADORA E O SINDICATO DA CATEGORIA PROFISSIONAL

Tomo, ainda, como decisão condutora, em face do metucioso estudo de caso, a decisão

desta E. SDC no referido Processo n. 0030900-12.2009.5.15.0000, contida no voto do I. Desembargador José Antonio Pancotti, com a devida vênia:

“O fenômeno da ‘dispensa coletiva’ vem preocupando juristas e estudiosos há muitos anos, que detectaram causas das mais diversas: inovações tecnológicas, substituição de máquinas e equipamentos obsoletos por máquinas modernas, automação, crises econômicas etc.

Nos idos de 1973, o saudoso Professor Dr. Orlando Gomes (In *Revista LTr*, janeiro 1974, n. 38, 575/579) já se detinha sobre a matéria, conceituando a dispensa coletiva como a rescisão simultânea, por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados. Segundo o insigne mestre, a dispensa coletiva podia ter como causa a força maior ou a reorganização da empresa por mudanças tecnológicas; em se tratando de reorganização da empresa que implicasse diminuição de seus efetivos, deveria ser submetida a controle da autoridade administrativa; a interessada teria de comunicar, com certa antecedência, o seu projeto de reorganização, informando o número de empregados, com as respectivas qualificações, quais sobrariam e a data provável da dispensa coletiva (ob. cit., p. 577). Lembra que na França têm-se introduzido em Convenções Coletivas de Trabalho cláusulas que estimulam a proibição de dispensa antes de esgotadas outras possibilidades para evitar a dispensa coletiva, como, por exemplo, a redução do horário de trabalho (ob. cit., p. 577).

Finalmente, Orlando Gomes entendia, já nos idos da década de 1970, que os efeitos da dispensa coletiva não devem ser os mesmos da individual, sem justa causa ou por força maior. Assevera que tem cabimento a dilação do aviso prévio normal, variável em função da antiguidade do trabalhador na empresa.

A diferença entre dispensa individual e coletiva foi ressaltada pelo renomado Doutor e Professor da PUC-SP, Renato Rua de Almeida (*Revista LTr*, 71-03/336, p. 336-345, março de 2007). O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa — estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa), que, examinando as características gerais do regime da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa no Direito do Trabalho contemporâneo, de passagem faz distinção da despedida individual e coletiva:

‘A despedida individual justifica-se por fato de natureza disciplinar (justa causa) imputável ao empregado ou por inaptidão profissional às mudanças técnicas da empresa.

Já a despedida coletiva é arbitrária ou não, dependendo da existência comprovada de fato objetivo relacionado à empresa, causado por motivo de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural.’

Destacando que, se a despedida individual implica em controle *a priori*, a demissão coletiva submete-se a um controle *a posteriori*, conforme as diretrizes gerais da Convenção n. 158, de 1982, da Organização Internacional do Trabalho.

Acrescentando, o referido autor afirma:

‘Tais diretrizes gerais da despedida individual, bem como os procedimentos da despedida coletiva, fazem com que o Direito do Trabalho contemporâneo esteja consentâneo com o fenômeno da proceduralização que informa o direito como um todo, com a chegada da ‘sociedade da informação e da comunicação’, conforme afirma Alain Supiot (6), em obra recente, isto é, um direito construído dentro da teoria da comunicação, segundo lição de Jürgen Habermas (7), vale dizer, um direito

operacionalizado por normas reguladoras das relações privadas, onde as decisões são mais negociadas e tomadas entre particulares, do que um direito imposto por normas heterônomas e imperativas, cujas decisões são mais hierarquizadas e unilaterais’.

O Doutor e Professor aposentado da USP, Amauri Mascaro Nascimento (*Revista LTr*, 73-01/9-73-01/25, janeiro de 2009, Crise econômica, despedimentos e alternativas para a manutenção dos empregos), ensina que ‘Quanto à dispensa coletiva, o principal traço jurídico distintivo da individual está na natureza do ato instantâneo desta e de ato sucessivo naquela, na forma em que prevê a Convenção n. 158 da OIT — Organização Internacional do Trabalho que define um modelo de procedimento em várias e sucessivas etapas, a começar de um programa de dispensas, de modo a preservar os trabalhadores em determinada situação — como os mais antigos etc. — seguindo-se a verificação da possibilidade de alternativas, como a suspensão coletiva do trabalho por um prazo, um aviso-prévio prolongado e outras, que podem diversificar-se em cada situação concreta’.

Aduz que Convenção n. 158 da OIT declara que havendo dispensas coletivas por motivos econômicos, técnicos, estruturais ou análogos, o empregador deverá informar oportunamente à representação dos trabalhadores, manter negociações com essa representação e notificar a autoridade competente, cientificando-a da sua pretensão, dos motivos da dispensa, do número de trabalhadores atingidos e do período durante o qual as dispensas ocorrerão.

No Brasil, a Convenção n. 158 da OIT, a que se referem os dois renomados professores, foi ratificada pelo Decreto Legislativo n. 68 de 17.9.1992, cuja publicação no Diário Oficial só se deu em 11.4.1996, mas, infelizmente, teve vida curta porque foi denunciada em 20.11.1996. Assim, vigorou no Brasil

por apenas oito meses. Embora o ato de denúncia seja objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, equivale dizer, o ato denunciante esteja sub judice, encontra-se formalmente banida do ordenamento jurídico, tanto que o STF arquivou, por perda do objeto, a ADI movida pela Confederação Nacional dos Transportes que visava a declaração de sua inconstitucionalidade.

Os argumentos utilizados para a denúncia são de que a Convenção n. 158 contemplava uma exagerada proteção ao empregado nas demissões individuais e coletivas para um país de economia frágil como a nossa, além de criar entrave para o desenvolvimento econômico e acarretar o aumento do chamado custo Brasil, com elevação ainda maior do custo de produção, diminuindo a competitividade dos nossos produtos no mercado de um mundo globalizado.

Entretanto, conquanto o governo refutasse a sua permanência no Brasil, antes de 1995 a Convenção n. 158 da OIT já havia sido ratificada na Suécia, Iugoslávia, Espanha, Venezuela, Nigéria, Chipre, Malavi, Zaire, Camarões, Gabão, Iêmen, França, Zâmbia, Uganda, Etiópia, Eslovênia, Finlândia, Austrália, Bósnia-Herzegovina, Brasil, Letônia, Marrocos, Turquia e Ucrânia.

Curiosamente, não há notícia de que nenhum daqueles países tenha denunciado a Convenção, como fez o Brasil. E mais, basta uma vista d’olhos para se detectar com facilidade que a maioria dos países signatários da convenção possui economia muito menos desenvolvida que o Brasil.

Continuando o exame do direito comparado, verifica-se que a União Europeia segue as diretrizes uniformes fixadas para todos os seus membros, de observância obrigatória, independentemente do direito interno. As dispensas coletivas estão disciplinadas nas Diretivas 75/128/CEE de 17.2.1975, e 92/56 CCE9 de 24.6.1992, sendo que todas

harmonizam-se com as regras da Convenção n. 158 da OIT.

Destaque-se que a União Europeia desenvolveu uma política de reforço à proteção dos trabalhadores nos casos de dispensas coletivas. Nas diretivas mencionadas estabelece-se um procedimento prévio de consultas às representações dos trabalhadores, com finalidade de celebrar acordo e evitar ou atenuar as consequências da dispensa e prever medidas sociais de acompanhamento, especialmente de ajuda para a reciclagem dos trabalhadores atingidos. Há um procedimento de dispensa coletiva, com prazo de trinta dias, e notificação da autoridade competente.

Com efeito, na Directiva 98/59 do CONSELHO, de 20.6.1998, na exposição de motivos, item 2, está claro que:

‘Considerando que se deve reforçar a protecção dos trabalhadores em caso de despedimento colectivo, tendo em conta a necessidade de um desenvolvimento económico e social equilibrado na Comunidade.’

Na Espanha, o Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de março, aprovou o novo texto da Ley del Estatuto de los Trabajadores:

‘2. El empresario que tenga la intención de efectuar un despido colectivo deberá solicitar autorización para la extinción de los contratos de trabajo conforme el procedimiento de regulación de empleo previsto en esta Ley y en sus normas de desarrollo reglamentario. El procedimiento se iniciará mediante la solicitud a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores.’

Em Portugal, a Lei n. 7/2009, de 12 de Fevereiro, que aprovou a revisão do Código do Trabalho, assim dispôs:

‘DIVISÃO II

Despedimento colectivo

Art. 359º

Noção de despedimento colectivo

1 – Considera-se despedimento colectivo a cessação de contratos de trabalho promovida pelo empregador e operada simultânea ou sucessivamente no período de três meses, abrangendo, pelo menos, dois ou cinco trabalhadores, conforme se trate, respectivamente, de microempresa ou de pequena empresa, por um lado, ou de média ou grande empresa, por outro, sempre que aquela ocorrência se fundamente em encerramento de uma ou várias secções ou estrutura equivalente ou redução do número de trabalhadores determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos.

(...)

Comunicações em caso de despedimento colectivo

1 – O empregador que pretenda proceder a um despedimento colectivo comunica essa intenção, por escrito, à comissão de trabalhadores ou, na sua falta, à comissão intersindical ou às comissões sindicais da empresa representativas dos trabalhadores a abranger.’

No México, a Ley Federal del Trabajo, de 1º.4.1970 (cf. texto vigente, cuja última reforma foi publicada no DOF de 17.1.2006), assim dispôs:

‘Artículo 433. La terminación de las relaciones de trabajo como consecuencia del cierre de las empresas o establecimientos o de la reducción definitiva de sus trabajos, se sujetará a las disposiciones de los artículos siguientes. (...)

Artículo 435. En los casos señalados en el artículo anterior, se observarán las normas siguientes:

I. Si se trata de las fracciones I y V, se dará aviso de la terminación a la Junta de Conciliación y Arbitraje, para que ésta, previo el procedimiento consignado en el artículo 782 y siguientes, la apruebe o desaprovebe;

II. Si se trata de la fracción III, el patrón, previamente a la terminación, deberá obtener la autorización de la Junta de Conciliación y Arbitraje, de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 782 y siguientes; y

III. Si se trata de la fracción II, el patrón, previamente a la terminación, deberá obtener la autorización de la Junta de Conciliación y Arbitraje, de conformidad con las disposiciones para conflictos colectivos de naturaleza económica.

Artículo 436. En los casos de terminación de los trabajos señalados en el artículo 434, salvo el de la fracción IV, los trabajadores tendrán derecho a una indemnización de tres meses de salario, y a recibir la prima de antigüedad a que se refiere el artículo 162.’

No âmbito do Mercosul, encontramos a Lei Argentina n. 24.013, promulgada em 5.12.1991, que dispõe, entre outros temas, acerca do procedimento preventivo de crises de empresas, estabelecendo critérios para despedidas coletivas, iniciando-se pela comunicação prévia aos demitidos, ou àqueles que tenham contratos suspensos por força maior, causas econômicas ou tecnológicas que afetem um número elevado de trabalhadores, seguindo-se um procedimento de negociação perante o Ministério do Trabalho e com a participação sindical: ‘Capítulo 6

Procedimiento preventivo de crisis de empresas

ARTÍCULO 98. Con carácter previo a la comunicación de despidos o suspensiones por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas, que afecten a más del quince por ciento (15%) de los trabajadores en empresas de menos de cuatrocientos (400) trabajadores; a más del diez por ciento (10%) en empresas de entre cuatrocientos (400) y mil (1000) trabajadores; y a más del cinco por ciento (5%) en empresas de más de mil (1000) trabajadores, deberá

sustanciarse el procedimiento preventivo de crisis previsto en este capítulo.

ARTÍCULO 99. El procedimiento de crisis se tramitará ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a instancia del empleador o de la asociación sindical de los trabajadores. En su presentación, el peticionante fundamentará su solicitud, ofreciendo todos los elementos probatorios que considere pertinentes.

ARTÍCULO 100. Dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de efectuada la presentación, el Ministerio dará traslado a la otra parte, y citará al empleador y a la asociación sindical a una primera audiencia, dentro de los cinco (5) días.

ARTÍCULO 101. En caso de no existir acuerdo en la audiencia prevista en el artículo anterior, se abrirá un período de negociación entre el empleador y la asociación sindical, el que tendrá una duración máxima de diez (10) días.

ARTÍCULO 102. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a petición de parte podrá: a) Recabar informes aclaratorios o ampliatorios acerca de los fundamentos de la petición; b) Realizar investigaciones, pedir dictámenes y asesoramiento, y cualquier otra medida para mejor proveer.

ARTÍCULO 103. Si las partes, dentro de los plazos previstos en este capítulo, arribaren a un acuerdo, lo elevarán al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quien dentro del plazo de diez (10) días podrá: a) Homologar el acuerdo con la misma eficacia que un convenio colectivo de trabajo; b) Rechazar el acuerdo mediante resolución fundada. Vencido el plazo sin pronunciamiento administrativo, el acuerdo se tendrá por homologado.

ARTÍCULO 104. A partir de la notificación, y hasta la conclusión del procedimiento de crisis, el empleador no podrá ejecutar las medidas objeto del procedimiento, ni

los trabajadores ejercer la huelga u otras medidas de acción sindical. La violación de esta norma por parte del empleador determinará que los trabajadores afectados mantengan su relación de trabajo y deba pagárseles los salarios caídos. Si los trabajadores ejercieren la huelga u otras medidas de acción sindical, se aplicará lo previsto en la ley 14.786.

ARTÍCULO 105. Vencidos los plazos previstos en este capítulo sin acuerdo de partes se dará por concluido el procedimiento de crisis. Capítulo 7 Programas de emergencia ocupacional.

Este é o contexto do direito comparado.

II.3. DA PROTEÇÃO DO EMPREGADO NA DEMISSÃO COLETIVA NO BRASIL

O direito do trabalho no Brasil só cogita de proteção contra a demissão individual do empregado, quando sem justa causa, como preconiza o art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988. É o que afirma o Professor Amari Mascaro Nascimento: nosso direito voltou-se para as dispensas individuais, e nesse sentido é que se dirige a sua construção legal, doutrinária e jurisprudencial, apesar da realidade mais rica e expansiva das relações de trabalho.

No entanto, é uma proteção que se resumiu à elevação da multa sobre o saldo do FGTS de 10 para 40%, conforme a letra “b”, inciso I, do art. 10 do ADCT da CF/88. Assim, à exceção das hipóteses de estabilidade provisória, a isto restringe a proteção do trabalhador individualmente despedido.

Por outro lado, não há no ordenamento jurídico regramento nenhum acerca da despedida em massa ou coletiva, seja relacionada a uma causa objetiva, de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural, ou a uma crise econômica internacional, como a que se vive atualmente, o que acaba por fazer a situação merecer o mesmo tratamento jurídico da proteção da relação de emprego contra a despedida

individual sem justa causa, isto é, a situação recebe tratamento como se fosse uma soma de despedidas individuais sem justa causa.

Em todo caso, a falta de regramento da matéria tem sido contornada com a introdução de cláusulas em acordos e convenções coletivas de trabalho que estabelecem os mais variados critérios para a demissão coletiva. Estes critérios normativos inspiram-se geralmente nos costumes, como é o caso dos PDV’s, ou nas diretrizes da própria Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Encontram-se na doutrina inúmeras sugestões de alternativas para a proteção do trabalhador na demissão coletiva, como a suspensão dos contratos, com ou sem pagamento de salários; as férias coletivas; a redução de jornada e de salários.

A nossa lei, no art. 476-A da CLT, preconiza a possibilidade de suspensão do contrato por cinco meses, com possibilidade de prorrogação, para a participação do empregado em programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador.

Entretanto, tudo depende de previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho que, inclusive, estabelecerá que, durante a suspensão o empregado receberá ajuda compensatória mensal, sem natureza salarial.

A norma em questão não tem o propósito de proteger o empregado no caso de ‘dispensa coletiva’, mas a suspensão temporária do contrato poderia ser utilizada, à semelhança das férias coletivas, para evitar a demissão coletiva de plano.

Cumpra acrescentar que a alternativa preconizada no art. 476-A foi objeto de proposta conciliatória do Exmo. Sr. Desembargador Presidente, mas rejeitada pelas partes.

Assim, rejeitada a proposta de suspensão do contrato, não havendo previsão normativa da categoria que estabeleça critérios

para a demissão coletiva, constata-se uma inarredável lacuna no ordenamento jurídico em relação à matéria, a menos que se admita a eficácia da Convenção n. 158 da OIT.

No entanto, não é dado ao juiz recusar-se de decidir ante a omissão ou de lacuna na lei, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que é norma geral de direito que orienta a aplicação de todo o ordenamento jurídico privado.

Além disso, o direito do trabalho tem norma específica no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, que preconiza expressamente:

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. (destaquei)

Resta a este E. Tribunal socorrer-se dos princípios gerais de direito, especialmente de direito do trabalho e de direito comparado, ancorado neste preceito legal. Não se trata, porém, de aplicação dos princípios jurídicos em caráter secundário ou de forma hierarquicamente inferior dentro do ordenamento jurídico, mas com a eficácia de normatividade, equivalente à das normas escritas.

II.4. DA FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Graças em grande parte aos estudos de Robert Alexy (Teoria de los derechos fundamentales, Madri, Centro de Estudios

Constitucionales, 1997) e do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin (Levando o direito a sério. Tradução de Nelson Boein. Martins Fontes, 2002), sucessor de Herbert Hart na cátedra de jurisprudência da Universidade Oxford, a dissociação entre normas princípios e regras foi superada.

Com efeito, a dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípios, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema, conforme ressalta Luís Roberto Barroso, em Interpretação Constitucional Aplicada da Constituição, Saraiva, 1998, página 141.

Nesta linha de raciocínio, qual seja, da dissociação de normas, princípios e regras, é oportuno destacar a afirmação de Norberto Bobbio (Teoria do ordenamento jurídico, 7ª ed, 1996, UnB, p. 191): Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema (...). Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras e esta é também a tese sustentada por Crisafulli.

Com o evoluir da Teoria Geral do Direito, mormente em face da inserção dos princípios nos textos constitucionais, operou-se uma revolução de juridicidade sem precedentes nos anais do constitucionalismo. De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais. Assim, as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais, tornando a teoria dos princípios hoje o coração das

Constituições. E mais: a constitucionalização dos princípios constitui-se em axioma juspublicístico de nosso tempo (Paulo Bonavides. *Direito Constitucional*. 1998, p. 18).

O prof. Paulo Bonavides (BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 265) sintetiza, com a maestria que lhe é peculiar, a evolução da teoria da força normativa dos princípios e a sua prevalência no pós-positivismo jurídico:

‘Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da ciência jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo este desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios’. A partir da ideia da normatização dos princípios que protegem os valores magnos da sociedade moderna, não é exagero sustentar que os princípios juntamente com as regras e a argumentação jurídica fazem parte do gênero norma. Os princípios devem ser encarados hierarquicamente como norma jurídica, garantindo-lhes, pelo menos, o mesmo grau de importância das regras legais nesta nova hermenêutica constitucional.

Não se desconhece que haja quem sustente que, diante das formulações de valores que embasam a normatividade dos princípios, a estes deve ser conferida prevalência e preferência em detrimento das regras do sistema jurídico, situando-os no ponto mais alto do sistema.

Diante da normatividade dos princípios e da sua real importância, influenciam efetivamente o estudo da ciência jurídica, pois o princípio, na resolução de qualquer caso concreto, desce das altas esferas do sistema jurídico para ser aplicado e solucionar o problema debatido na sua concretude.

Revela-se, portanto, perigoso afirmar que, em razão do disposto nos arts. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e 126 do Código de Processo Civil, os princípios ficam situados num plano secundário ou hierarquicamente inferior dentro do sistema jurídico, alegando ser lícita a sua aplicação somente nos casos de lacuna na lei.

Ocorre que as regras legalmente constituídas pelo Estado foram inseridas no sistema jurídico posteriormente aos princípios, uma vez que destes originaram-se. Claro, as regras postas estão assentadas nos princípios. Caso uma determinada regra seja suprimida do ordenamento jurídico, restará sob ela o princípio que embasou a sua criação.

Assim, é possível concluir com Cinthia Maria Fonseca Espada (*Dignidade Humana da Pessoa Trabalhadora: A Tutela dos Direitos Fundamentais no Marco do Direito do Trabalho*. 2007. Ameruso Artes Gráficas Ltda.-ME) que no pós-positivismo jurídico, os princípios adquiriram a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes, válidas e eficazes. Os princípios são estruturalmente iguais aos valores. Introduce-se novamente a moral no Direito e a ideia de justiça volta a estar presente na interpretação jurídica. Neste contexto, a realização dos direitos fundamentais passa a ser o centro das preocupações dos juristas.

Acerca dos valores que são substrato de ideias que se cristalizam em princípios jurídicos, ensina José Afonso da Silva (*In* Comentário contextual à Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 35):

‘Valor, em sentido normativo, é tudo aquilo que orienta (indica diretriz) a conduta humana. É um vetor (indica sempre um sentido) que guia, atrai, consciente ou inconscientemente, o ser humano. O valor comporta sempre um julgamento, e, pois, uma possibilidade de escolha entre caminhos diferentes. Isso porque a cada valor corresponde um desvalor. Nesse sentido, a democracia é um valor político; a ditadura, um desvalor. Os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (inciso IV) são, assim, os elementos que lhe dão o rumo do bem-estar social.’

Por outro lado, esta visão pós-positivista da hermenêutica do direito, levou-me a sustentar na minha dissertação de conclusão do curso de mestrado (Princípio da inafastabilidade da jurisdição e controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. LTr, 2008, p. 153) que na atual perspectiva do direito não subsistem os postulados da hermenêutica tradicional que reduziam a eficácia das normas constitucionais como meramente programáticas. A normatização dos princípios jurídicos resgatou a trilogia — ética, moral e direito — em divórcio do positivismo jurídico de Kelsen e Hart. Assim, o controle judicial dos atos jurídicos públicos ou privados, individuais ou coletivos, requerem uma nova postura da atividade jurisdicional que, neste raciocínio, nos permite concluir que é possível ao Tribunal reconhecer que é mais amplo o espectro constitucional de proteção ao trabalhador em caso de dispensa coletiva. Esta conclusão é sustentável com base nos fundamentos do Estado Democrático de Direito preconizados na Constituição da

República do Brasil, definidos entre os Princípios Fundamentais, o da dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (no art. 1º, III e IV); a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento econômico; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promover do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação (no art. 3º, I, II, III e IV); a independência nacional e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, I e II).

Estes fundamentos do Estado de Direito Democrático desdobram-se e/ou estão definidos, de forma particular, no Título VII — Da Ordem Econômica — e criam mecanismos de proteção e garantia do sistema capitalista, definem política de contenção de abusos do poder econômico (arts. 170 a 192); e na definição Da Ordem Social instituem mecanismos de desenvolvimento social, proclamam a necessidade de redução da desigualdade social e da pobreza, através de ações que garantam ao cidadão: acesso ao trabalho, previdência social, saúde, educação, assistência social, proteção ao meio ambiente, cultura, família, criança, adolescente, idoso etc. (arts. 6º, 7º e 193 a 232).

Neste espectro de princípios basilares explícitos na Constituição da República encontram-se os fundamentos para sustentar que as demissões coletivas de trabalhadores por empresas, quer sejam por inovações tecnológicas, automações, crises econômicas etc., quer por supressão de estabelecimentos, por seus impactos econômicos e sociais, não são imunes a uma rede de proteção dos trabalhadores atingidos. Esta proteção deve ter outros parâmetros que não aqueles que o Direito do Trabalho expressamente concede aos trabalhadores que sofrem demissões individuais.

Os pressupostos do regime geral do Direito do Trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego na despedida individual são insuficientes para fazer frente à gravidade do fenômeno da dispensa coletiva.

Por esta razão, como visto acima, os ordenamentos jurídicos alienígenas, inspirados na Convenção n. 158 da OIT, regulamentaram a demissão coletiva de forma minuciosa, partindo de diretrizes que exigem desde pedidos, autorizações ou comunicações prévias às autoridades competentes, negociações coletivas que previamente estabelecem critérios de demissão e, finalmente, se não for possível evitar as demissões coletivas, determinam que se proceda com alternativas de proteção aos trabalhadores de modo a causar o menor impacto possível para as suas famílias e, por consequência, para a coletividade.

Em não havendo como evitar as demissões coletivas, a solução na Espanha e no México é a fixação de indenização compensatória; na Itália, por meio da Lei n. 223/91, e na França, pela Lei do Trabalho de 1995, fixaram-se planos de demissão escalonada por critérios neles estabelecidos. A diretivas da União Europeia igualmente preveem indenizações.

De sorte que é possível concluir pelo exame da legislação comparada, especialmente da União Europeia e da Convenção n. 158 da OIT, que as demissões coletivas não podem ser aceitas, a não ser quando obedecidos todos os rituais próprios e específicos, incluindo sempre negociações coletivas que busquem alternativas que suavizem seus efeitos, como é o caso das indenizações.

Relativamente à eficácia da Convenção n. 158 da OIT no Brasil, cumpre ressaltar a declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho, em que se considera o crescimento econômico essencial, mas não suficiente para assegurar

a equidade, a erradicação da pobreza e a manutenção de empregos, para declarar que todos os membros, ainda que não tenham ratificado as convenções tenham compromisso derivado do simples fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade de boa-fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções.

No caso em exame, é de se entender e acatar as justificativas alegadas pela suscitada de que uma crise econômica mundial afetou brusca e profundamente o mercado e a produção de aeronaves, com o cancelamento de encomendas e a falta de perspectiva de uma retomada para breve dos níveis de produção, como vinha ocorrendo até o último semestre do ano passado, mormente considerando que sua atividade empresarial é totalmente dependente de um mercado internacional que se encontra em profunda retração e sem sinais de recuperação para os próximos meses, ou talvez anos.

Este quadro desaguou inevitavelmente na demissão de 4.200 trabalhadores, a ponto de torná-las irreversíveis.

Embora a contundência destes fatos configure-se inarredável e torne a situação irreversível, na medida em que o número de postos de trabalho ofertados pelas empresas estão sempre atrelados ao seu potencial produtivo, que dependem, por outro lado, do desenvolvimento da estabilidade da economia de cada país e, no caso, como em muitas outras atividades empresariais, dependente também da estabilidade do mundo globalizado, por isso, oscilações econômicas locais e no mundo são sempre fatores inevitáveis de maior emprego ou desemprego, o condenável foi a forma como a demissão coletiva foi conduzida e efetivada, sem que se tenha buscado formas efetivas de suavização dos seus efeitos, como medidas alternativas, e o que é pior, como

já ressaltado acima, não houve anúncio prévio, nem manifestação de disposição de negociar uma demissão coletiva de modo a causar um impacto menor nas famílias e na comunidade.

É inviável, porém, sustentar a vedação absoluta das dispensas nestas circunstâncias. A imposição de reintegração, em face do ordenamento jurídico vigente, ou do direito comparado, em que as normas limitam-se a traçar procedimentos prévios, desaguam sempre em indenização que amenize os efeitos do ato patronal.

Dir-se-á que não é verdade que a suscitada não estava disposta a negociar, tanto que compareceu perante esta Corte e inicialmente ofereceu uma proposta de indenização de R\$ 1.600,00 a cada um dos demitidos, que evoluiu, nesta proposta, para um teto equivalente a dois salários de R\$ 3.500,00, além da manutenção por um ano dos planos de assistência médica dos trabalhadores e suas famílias.

Não é exagero dizer que a liminar de suspensão dos efeitos das demissões, oportunamente concedida pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região forçou a empresa a comparecer a esta Corte para negociar. Tanto que num primeiro momento foi radicalmente intransigente, nada oferecendo. A negociação só evoluiu porque não se encerraram as tratativas na primeira audiência. Segundo, é natural que os sindicatos profissionais que sempre se caracterizaram por radicalismos exacerbados tenham sentido-se mais fortalecidos e também radicalizados.

Não obstante todas estas circunstâncias, a liminar teve a sua função de trazer as partes à mesa de negociação, da qual emergiram propostas que constam do termo de audiência e balizam os parâmetros para uma composição judicial do conflito.

Por ser óbvio, num ambiente de negociação direta com mais tempo de reflexão e consulta

às respectivas partes representadas no conflito, poder-se-ia evoluir para proposições de maior alcance e, possivelmente, chegar a um consenso.

Dir-se-á que a reclamada tem o poder potestativo de demitir. Este poder insere-se no âmbito das dispensas individuais, para as quais, como visto acima, há uma proteção legal específica.

Assim, vislumbro que a ausência de negociação coletiva prévia e espontânea ao ato demissional caracteriza o ato como abusivo e ofensivo à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, à livre-iniciativa e à cidadania.

No domínio econômico, a liberdade de iniciativa deve ser contingenciada por interesses do desenvolvimento nacional e de justiça social, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão nos autos do Mandado de Segurança n. 3351-4-DF, de relatoria do Ministro Demócrito Reinaldo, na 1ª Secção, publicado no DJ de 10.8.1994, *in verbis*:

No domínio do desenvolvimento econômico — conjunto de bens e riquezas a serviço de atividades lucrativas — a liberdade de iniciativa constitucionalmente assegurada, fica jungida ao interesse do desenvolvimento econômico nacional da justiça social e se realiza visando à harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção, admitindo, a Lei Maior, que a União intervenha na esfera da economia para suprimir ou controlar o abuso de poder econômico.

Assim, sob pena de configurar abuso do poder econômico, não se pode reconhecer discricionariedade absoluta do empregador para as demissões coletivas, sem que haja uma ampla negociação com os entes sindicais respectivos.

O direito reprime o abuso de direito com a imposição de sanções com vistas à reparação dos efeitos maléficos do ato.

Neste contexto, havendo pedido dos susciantes de que se declare a nulidade da dispensa coletiva, reputo-a abusiva por falta de boa-fé objetiva, nos termos do art. 422 do Código Civil, por ausência de negociação prévia, espontânea e direta entre as partes, que revela falta de lealdade da conduta, na medida em que houve tentativa de conciliação tão somente com mediação judicial e, assim mesmo, por força de uma liminar de suspensão dos efeitos das demissões.

O decreto de abusividade tem por fundamento os princípios gerais e os princípios fundamentais consagrados na Constituição da República, como a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (no art. 1º, III e IV); a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento econômico; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (no art. 3º, I, II, III e IV); a independência nacional e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, I e II).

Admite-se como princípios gerais de direito do trabalho os da proteção do empregado nas dispensas coletivas, bem como aqueles existentes no direito comparado, com as Directivas da União Europeia, das Leis de Trabalho da Espanha e do México, além das diretrizes da Convenção n. 158 da OIT, na lição de Amauri Mascado Nascimento (*Revista LTr*, 73-01/9-73-01/25, janeiro de 2009, Crise econômica, despedimentos e alternativas para a manutenção dos empregos).

Não se desconhece que, acerca da Convenção n. 158 da OIT, o ato de denúncia encontra-se *sub judice*. E que Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480-3 de 4.7.1997, movida pela Confederação Nacional dos Transportes, teve deferida em parte

a liminar ao fundamento de que a convenção não é sucedâneo de lei complementar exigida pelo art. 7º da CF/88. Entretanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal reconheceu o conteúdo programático da Convenção n. 158, o que não impede que seus comandos sejam interpretados como princípios gerais de direito do trabalho, conforme a doutrina da normatividade dos princípios jurídicos, acima examinada. Por tais fundamentos e, ainda, com fulcro no art. 422 do Código Civil de 2002, declaro:

- a) a abusividade do procedimento das suscitadas ao praticar a dispensa coletiva, sem nenhuma negociação coletiva prévia com as entidades sindicais, nem instituição de programa de demissão voluntária incentivada;
- b) a inexistência de garantia de emprego ou de estabilidade que justifique a reintegração, ressalvados os casos de estabilidade provisória previstos em lei ou em normas coletivas, que poderão ser objeto dissídios individuais;
- c) o direito de cada empregado demitido a uma compensação financeira de dois valores correspondentes a um mês de aviso-prévio, até o limite de sete mil reais;
- d) a eficácia da liminar concedida até o dia 13.3.2009, para manter vigente até esta data os contratos de trabalho em todos os seus efeitos;
- e) a manutenção dos planos de assistência médica aos trabalhadores demitidos e seus familiares por doze meses a contar de 13.3.2009;
- f) nos casos de reativação dos postos de trabalho, de acordo com as necessidades da empresa, preferência na seleção dos empregados despedidos que se apresentem e preencham as qualificações exigidas pelos cargos disponíveis, mantida durante dois anos.

O pagamento da reparação não substitui o direito dos trabalhadores demitidos ao recebimento das verbas rescisórias típicas das dispensas individuais e sem justa causa, calculadas conforme a legislação trabalhista em vigor e com as vantagens dos instrumentos normativos que lhes forem aplicáveis, além de outras vantagens que as suscitadas concederam ou venham a conceder unilateralmente.

Em consequência, declaro a perda da eficácia da liminar concedida e não defiro o pagamento de salários do período em que a liminar teve eficácia.”

Interessante fixar que tão relevante a questão de necessidade da negociação para que se possa pensar numa dispensa coletiva que, não só nos Países mencionados no paradigmático voto já neste referido e que teve excertos aqui reproduzidos, mas até na China, país em relação ao qual se afirma ser mais reduzida a importância e as preocupações com os seus trabalhadores, já se reconhece e valoriza a negociação coletiva, e em Shangai, existe a obrigatoriedade de negociação, em caso de dispensa coletiva, como nos informa o preclaro juslaborista Sergio Gahmal, *verbis*:

“Si tomamos el caso de China, por ejemplo, las autoridades del gigante asiático han ido implementando poco a poco un sistema de negociación colectiva desde 1995 y, desde el 2008, há comenzado un sistema de negociación colectiva por área de actividad. En efecto, la municipalidad de Shangai adoptó desde 1998 la idea de que la contratación colectiva era un principio cardinal para el desarrollo. El 17 de Agosto de 2007 se aprobó un reglamento de negociación colectiva destinado a extenderla a toda la provincia de Shangai (...). Aún más, también existe el deber de negociar cuando se va a producir un despido colectivo (20 trabajadores que representen, a lo menos, el 10% de todo el personal)”. (*Trabajo y Derecho*. Abeledo Perrot. Chile, 2010, p. 185-186).

A questão de não existir lei específica merece uma referência, com a análise de alguns pontos.

É de considerar se, a falta de lei regulando a questão em foco, da máxima relevância social, deixa manietados os que são atingidos pela situação acerca da qual postulam a tutela jurisdicional, e também o órgão julgador, quanto a este, ignorando, sob certo enfoque, o vetusto, o antigo apotegma do *non liquet*.

E isso, numa quadra em que os fatos se sucedem com alarmante rapidez, uma rapidez jamais vista, em que se vive a época do efêmero, na qual se sente que tudo pouco (ou quase nada) dura, com um dinamismo assustador que impede até, em alguns casos, se apanhe bem um sucesso, antes que ele já fique ou seja tido por superado...

Tradicionalmente, a lei, de maneira geral, sempre teve dificuldades para acompanhar as mudanças sociais, mas, hodiernamente, isso se dá de forma muito mais acentuada! Antes, depois de algum tempo, a lei conseguia alcançar/disciplinar uma situação, embora com algum atraso, atualmente, isso se torna mais difícil, muito mais, já que, antes, as mudanças chegavam, mas duravam mais, o que se não dá nos velozes dias em que vivemos.

Daí a sua [da lei] mais visível incapacidade de responder/regular a vida em sociedade, a que integramos, a nossa!

Por isso, a resposta a inúmeras questões que se apresentam aos operadores do direito têm de ser procuradas no ordenamento jurídico, visto em sua totalidade, o que faz a importância, a explosão da relevância dos princípios, como hoje se tem visto, e é inegável, embora alguns olhares vejam isso com uma visão meio turva, um tanto desconfiada, no particular, ou, ao menos, tenham algum interesse em colocá-los sob suspeita.

Para a “quaestio” ora em exame, vários princípios podem ser chamados/apontados para emprestar seu peso visando a solução adequada, assomando em relevância, evidentemente, o da dignidade da pessoa humana,

o da solidariedade, de estatura constitucional entre nós (e aqui vale lembrar o alerta do grande sociólogo português Boaventura de Souza Santos, no sentido de que “A solidariedade não é palavra vã”), os da boa-fé e da proteção da confiança, para citar alguns.

Sempre foi ou deveria ser assim, mas, no mundo atual, não há mais postergar a verdade de que cada um e todos têm responsabilidades para com o meio, para com a comunidade em que vivem, e que, como é palmar, variará o grau e a intensidade dessa mesma responsabilidade, de acordo com os benefícios que se tira desse convívio e as reais possibilidades de atuação de cada qual, que o mesmo é dizer, ninguém pode apenas se beneficiar do seu meio, antes, cabe-lhe contribuir, de acordo com as suas possibilidades/forças, para que esse meio se fortaleça ou, quando menos, se mantenha ou não se debilite, de modo que suas ações, nas quais, legitimamente, procurará melhorar sua realidade, não desconsiderem, olímpicamente, os demais membros de sua comunidade, máxime, quando os há, aqueles que mais diretamente atuaram/participaram, para que seus objetivos fossem/sejam alcançados, pena de perder a legitimidade, na mesma proporção em que ignore os aspectos aqui realçados.

Esse é o mandamento, o escopo da nossa Magna Carta e que não pode ser ignorado quando do exame de um litígio, de tamanha repercussão social, como o ora focado!

Empolgar não empolga, ante os fundamentos expendidos, esgrimir com o princípio da livre-iniciativa, pois, sem tirar-lhe qualquer naco de sua reconhecida e indisputável relevância, há de ser visto enquanto integrante de uma floresta e não como árvore isolada num distante e perdido oásis, é dizer, há de ser visto e atuar em consonância, desde logo, com o valor social do trabalho e em harmonia com os demais princípios suso-mencionados.

Agora, uma palavra sobre a relevância da negociação coletiva, no âmbito do direito coletivo do trabalho.

Como diz o eminente Ministro Carlos Alberto Reis de Paula:

“No texto constitucional, todos os institutos, quando se trata de conflito de natureza coletiva, se vinculam à negociação. Nesse primeiro enfoque, não pode qualquer parte se recusar, por atitude infundada, a colaborar com a efetiva aplicação do instituto da negociação, já que princípio reitor no âmbito coletivo. Afinal, em um Estado Democrático de Direito, a ninguém, pessoa natural ou instituição, se reconhece o direito de não contribuir para o bem comum.” Carlos Alberto Reis de Paula, “A Imprescindibilidade da Negociação para a Realização de Dispensa Coletiva em Face da Constituição de 1988), organização e coordenação Jerônimo Jesus dos Santos, “Temas Aplicados de Direito do Trabalho & Estudos de Direito Público”, LTr, 2012, p. 537.

Por sua vez, assevera o preclaro juslaborista Enoque Ribeiro dos Santos, após, em artigo de fôlego, registrar os ensinamentos de diversos doutrinadores, que “a negociação coletiva constitui um sistema fundamental para a solução dos conflitos trabalhistas, em uma sociedade democrática” (“A negociação coletiva de trabalho como instrumento de pacificação social”, organizadores Candy Florencio Thome e Rodrigo Garcia Schwarz, “Direito Coletivo do Trabalho – Curso de Revisão e Atualização”, Elsevier, 2010. p. 71).

Forte nesses ensinamentos, de inferir que, numa situação de tão grande relevância, como a que contém os presentes autos, absolutamente imprescindível a negociação coletiva, parte integrante e inseparável da estrutura do direito coletivo do trabalho, para ser possível a conduta empresarial adotada!

Prosseguindo, há reconhecer o relevante impacto econômico produzido pela perda do contrato com a General Motors, o que, obviamente, influenciou na demissão das centenas de trabalhadores.

Não obstante, censurável e abusivo o modo como exercido o direito postestativo e/ou

realizada a dispensa coletiva, alheia, pois, à negociação prévia com o sindicato da categoria profissional e sem a busca de medidas alternativas.

A propósito, reitero que sequer houve notícia prévia das demissões, tampouco a disposição das empregadoras em negociar a demissão coletiva, para amenizar os efeitos devastadores para os trabalhadores e suas famílias, além da comunidade, restando, ante a conduta patronal, praticamente esvaziada qualquer tentativa de negociação coletiva.

Não obstante, não há amparo para a pretendida nulidade das dispensas, em face do que dispõe a legislação do trabalho, descabendo cogitar, por conseguinte, da reintegração e, acrescento, estabilidade e garantia do emprego.

Suficientemente caracterizado o ato impugnado como abusivo do direito econômico das empregadoras, aliás, como atentatório à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, livre-iniciativa e à cidadania, o ato patronal atacado em razão da inexistência de negociação coletiva prévia às demissões, sendo evidente a agressão à boa-fé objetiva, como exige o art. 422 do CC/2002.

Bastante claro que as empregadoras Filoauto, Roseben e Ferramentaria América Latina não estão dispostas a negociar.

Assim, com esteio no art. 1º, incisos III e IV, da CF/88, ou seja, nos princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e livre-iniciativa; no art. 3º, incisos I, II, III e IV, da CF/88, ou seja, nos preceitos da construção de uma sociedade livre, justa e solidária; erradicação da pobreza e marginalização e a redução das desigualdades; no art. 4º, inciso II, da CF/88, ou seja, na prevalência dos direitos humanos; ainda, no art. 422 do CC/2002, ou seja, no princípio da boa-fé objetiva, reconheço a abusividade das dispensas em massa.

Determino, por entender razoável e proporcional, ainda, à míngua de prova em contrário,

compatível com a condição econômica das partes, considerada, ainda, a inexistência do direito à reintegração, cabível o direito dos empregados dispensados ao pagamento adicional e correspondente ao valor quitado a título de aviso-prévio, além da manutenção dos planos de saúde pelo prazo de 12 meses a partir da efetiva reinserção no plano de saúde coletivo e nas mesmas condições dos trabalhadores em atividade, ficando estabelecida, por fim, a preferência nas novas contratações dos empregados dispensados.

Descabe falar de contribuições previdenciárias e fiscais na espécie. Juros e correção monetária na forma da lei.

Colhe em parte o apelo do sindicato da categoria profissional para, reconhecida a abusividade da conduta das empregadoras, condenar, Filoauto, Roseben e Ferramentaria América Latina ao pagamento adicional do valor correspondente ao aviso-prévio, além da manutenção dos planos de saúde pelo prazo de 12 meses a partir da efetiva reinserção no plano de saúde coletivo e nas mesmas condições dos trabalhadores em atividade, por fim ficando estabelecida ainda a preferência nas novas contratações dos empregados dispensados, tudo nos termos da presente fundamentação.

DA COMPENSAÇÃO/DEDUÇÃO

Descabe, à míngua de correlação entre os direitos deferidos e aqueles quitados, cogitar de qualquer abatimento, até porque a reparação deferida é cumulativa relativamente às verbas rescisórias típicas.

Não colhe.

DO DISSÍDIO COLETIVO PROPOSTO FILOAUTO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

O sindicato da categoria profissional já se comprometeu, na audiência, a proceder às homologações das rescisões efetuadas, havendo, portanto, perda superveniente do interesse processual no particular.

Demais pretensões deduzidas no dissídio coletivo Processo n. 0005023-94.2014.5.15.0000, também, se encontram inteiramente prejudicadas, diante do que decidido no Processo n. 0005020-42.2014.5.15.0000

DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA.

Prejudicada a matéria, ante o acolhimento da preliminar de ilegitimidade e/ou pelo não cabimento da denúncia à lide.

DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DA FILOAUTO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

O exercício de um direito no processo, sem abuso, não rende ensejo à aplicação da pena por litigância de má-fé. Além disso — apenas para ilustrar, nem todas as alegações do Sindicato dos Trabalhadores foram acolhidas, mas nem por isso o reclamante foi reputado *improbis litigator*.

De notar que a mera circunstância de não provar a parte a veracidade do que alega em juízo, não leva, inexoravelmente, que se a tenha como não apresentado a verdade; a litigância de má-fé, para sua caracterização exige mais, a vontade de enganar, de embair, conduta envolta em malícia, o que não restou caracterizado nestes autos.

Não colhe.

DA JUSTIÇA GRATUITA POSTULADA PELO SINDICATO DOS TRABALHADORES

Tem se tornado comum e perfeitamente plausível a concessão do benefício de justiça gratuita à pessoa jurídica de direito privado, posto que a Lei n. 1.060/50 não faz objeções a esta, e soa no mesmo diapasão do art. 5º, *caput*, e incisos LV e LXXIV, pois busca-se a igualdade real, fática e material. Entretanto, pacífico é que o pretendente ao referido benefício, em se tratando de pessoa jurídica, até mesmo quando se trata de entidade sem fins lucrativos, deve trazer a juízo, cabais, fartas e detalhadas comprovações de sua hipossuficiência conforme se

verá abaixo com clara jurisprudência, fato que não se constata no caso vertente.

“O pedido de justiça gratuita de pessoa jurídica de direito privado deve ser acompanhado de detalhada comprovação da efetiva insuficiência de recursos. ... Agravo regimental improvido” – AI 673934 AgR/SP-SÃO PAULO AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min^a. ELLEN GRACIE Julgamento: 23.6.2009 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJe-148 DIVULG 6.8.2009 PUBLIC 7.8.2009 EMENT VOL-02368-16 PP-03413.

Não colhe.

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Tratando-se de processos de dissídio coletivo, o Sindicato dos Trabalhadores não atua como substituto processual, mas como representante da categoria profissional.

Assim, ausentes os requisitos da Lei n. 5.584/70 e Súmula n. 219, cuja validade foi confirmada após a promulgação da Constituição Federal de 1988, pela Súmula n. 329 do C. TST, indevidos os honorários advocatícios, porquanto em pleno vigor o art. 791, da CLT, não revogado pelo art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.906/94. Ademais, o E. STF decidiu que referido dispositivo legal não se aplica na forma pretendida. Ainda, não atendidos os requisitos da OJ n. 305 do C. TST.

Mesmo sob a visão da restituição integral, observo, não vicejaria a pretensão, pelo motivo de que a legislação do trabalho não padece de omissão no aspecto, apta a autorizar a incidência dos arts. 389 e 404 do Código Civil. No referido sentido, as manifestações de jurisprudência adiante: “RECURSO DE REVISTA. SÚMULAS NS. 219 E 329 DO TST. INAPLICABILIDADE DOS ARTS. 389 E 404 DO CÓDIGO CIVIL. A questão do deferimento dos honorários assistenciais no âmbito da Justiça do Trabalho está pacificada por este Tribunal por meio da Súmula n. 219, cuja orientação foi mantida mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, como confirma

o Verbete Sumular n. 329. Impende registrar, por oportuno, que, havendo norma específica quanto ao cabimento dos honorários advocatícios na seara da Justiça do Trabalho, não há de se aplicar a legislação civil, no caso os arts. 389 e 404 do Código Civil. Precedentes desta Corte. Decisão em sentido contrário merece ser modificada. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido.” – TST Processo: RR - 286-45.2012.5.03.0067 Data de Julgamento: 21.8.2013, relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23.8.2013 *in site* do C. TST.

Não colhe.

CONCLUSÃO

DIANTE DO EXPOSTO, decido CONHECER, EXTINGUIR O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, por incabível a denúncia à lide e por ausência de legitimidade passiva da suscitada GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA., REJEITAR demais preliminares e, no mérito, julgar IMPROCEDENTE o DISSÍDIO COLETIVO instaurado por FILOAUTO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. em face de SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS METALÚRGICAS, MECÂNICAS, DE MATERIAL ELÉTRICO E ELETRÔNICO E DE FIBRA ÓPTICA DE CAMPINAS, AMERICANA, INDAIATUBA, MONTE MOR, VALINHOS, NOVA ODESSA, PAULÍNIA, SUMARÉ E HORTOLÂNDIA e julgar PROCEDENTE EM

PARTE, o DISSÍDIO COLETIVO instaurado por SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS METALÚRGICAS, MECÂNICAS, DE MATERIAL ELÉTRICO E ELETRÔNICO E DE FIBRA ÓPTICA DE CAMPINAS, AMERICANA, INDAIATUBA, MONTE MOR, VALINHOS, NOVA ODESSA, PAULÍNIA, SUMARÉ E HORTOLÂNDIA, suscitante em face de FILOAUTO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., METALÚRGICA ROSEBEN EIRELI – EPP e FERRAMENTARIA AMÉRICA LATINA EIRELI – EPP, suscitadas, para reconhecer a abusividade da conduta das empregadoras e, assim, condenar Filoauto, Roseben e Ferramentaria América Latina ao pagamento adicional do valor correspondente ao valor do aviso-prévio, além da manutenção dos planos de saúde pelo prazo de 12 meses a partir da efetiva reinserção no plano de saúde coletivo e nas mesmas condições dos trabalhadores em atividade, ainda, para estabelecer a preferência dos empregados dispensados em relação às novas contratações; tudo nos termos da fundamentação.

Custas processuais, por Filoauto, Roseben e Ferramentaria América Latina, no importe de R\$ 10.000,00, calculadas sobre o valor da condenação, R\$ 500.000,00.

Campinas, 28 de março de 2014.

Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani,
Desembargador relator

Sentençtas

Vara do Trabalho de Rancharia – SP

Processo: 0000965-65.2010.5.15.0072

Reclamante: Luciano Alves da Silva

Reclamada: Companhia Agrícola Quatá

SENTENÇA

I. RELATÓRIO

LUCIANO ALVES DA SILVA, qualificado na inicial, propõe ação trabalhista em face da empresa COMPANHIA AGRÍCOLA QUATÁ, alegando, em síntese, que: foi admitido em 26.2.2004, na função última de rurícola, com registro do vínculo empregatício em sua CTPS; laborou em jornada extraordinária, inclusive em razão do tempo à disposição e das horas *in itinere*, sem receber o pagamento correspondente; os intervalos intrajornada não foram respeitados, inclusive os intermitentes; faz jus ao adicional de insalubridade a céu aberto, por calor e agentes químicos, bem como anotação na CTPS da condição especial; requer indenização por dano moral pelas razões que indica; pleiteia a entrega do PPRA. Postula os pedidos declinados na inicial, requerendo a condenação da ré ao respectivo pagamento. Requer, ainda, a concessão dos benefícios da justiça gratuita e condenação em honorários advocatícios e indenização pela perda financeira com a contratação de advogado. Juntou procuração e documentos (fls. 31/222). Dá à causa o valor de R\$ 30.000,00.

Em resposta, a reclamada apresentou defesa escrita (fls. 228/257), invocando a prescrição. No mérito aduz, em síntese, que: horas extras eventuais foram registradas e pagas; as horas *in itinere* foram remuneradas pela média negociada; os intervalos foram respeitados; não faz jus ao adicional de insalubridade e nem

à indenização por danos morais; incabível a anotação na CTPS ou entrega da PPRA, por acessórios. Impugna o pedido de justiça gratuita e condenação em honorários advocatícios. Contesta, por cautela, todos os demais pedidos. Requer a compensação dos valores pagos. Pede pela improcedência da reclamação. Juntou procuração e documentos (fls. 258/358).

Em audiência inicial (fl. 227) foi determinada a realização da perícia técnica.

Quesitos da ré às fls. 361/365.

Réplica às fls. 367/380, seguida de quesitos (fls. 381/386).

Manifestação da ré às fls. 395/396, com jurisprudência (fls. 397/411 e 418/424).

Laudo técnico oficial às fls. 429/460 e do assistente técnico da ré às fls. 462/463, seguidos de manifestações das partes às fls. 464/469 e 471/473.

Despacho à fl. 474, determinando a realização de inspeção judicial/perícia técnica.

Manifestação do autor às fls. 478/480.

Auto de inspeção parcial às fls. 483/489, complementado às fls. 511/522.

Para ilustração a ré anexou laudo pericial realizado em outro feito, por determinação da Vara do Trabalho de Assis (fls. 526/547).

Laudo técnico oficial complementar às fls. 548/620 e 623/737, seguido de auto de inspeção judicial final (fls. 745/789).

Despacho de fls. 790/792, para conhecimento das partes sobre o laudo e inspeção judicial.

A partir de fls. 803/816 foram anexados comprovantes de pagamento dos honorários periciais.

Manifestações da ré às fls. 817/825, seguindo-se mais pagamentos de honorários periciais por parte de Usinas interessadas na utilização do mesmo laudo para seus feitos.

Manifestação do autor às fls. 839/855.

Despacho à fl. 858 determinando a realização de instrução.

Na audiência de instrução (fls. 860/862), o autor informou que o contrato de trabalho encerrou-se em 1º.8.2011. Em seguida, deferiu-se a reprodução da prova oral realizada no processo 988/2010 como prova emprestada.

Encerrada a instrução processual (fl. 862-verso).

Razões finais pela reclamada (fls. 863/869) e pelo reclamante (fls. 870/890), com cópia da ata de instrução realizada no processo 991/10.

Decisão às fls. 899/900 convertendo o julgamento em diligência para a reabertura da instrução processual para fins de inclusão de prova emprestada complementar (insalubridade por agentes tóxicos).

Manifestação da ré às fls. 903/905, onde registrou seus protestos pela adoção de prova emprestada e sua discordância, provocando o juízo, que se pronunciou à fl. 906, declarando o encerramento da instrução processual à fl. 906-verso.

Razões finais complementares da ré às fls. 908/909 e do autor às fls. 910/913.

Inconciliados.

II. FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINARES

A. INTERVALO INTERMITENTE – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – EXTINÇÃO DE OFÍCIO

O pedido do autor tem bom embasamento jurídico e técnico, com o reforço do pedido de aplicação analógica das normas anteriormente

elaboradas para o trabalho urbano, requerendo o enquadramento do rurícola no corte da cana.

Contudo, este juízo ainda não se encontra plenamente convencido da possibilidade da exigência, por aplicação analógica da regulamentação citada (NR-15 anexo 3).

Não obstante as variações climáticas, o juízo, só por amor ao argumento e sem prejuízo da extinção de ofício, esclarece que o suposto direito às micropausas também fica prejudicado em relação à análise de mérito, dependente que seria de um enquadramento jurídico.

Ressalva-se apenas o entendimento atual do juízo, mais amadurecido, no sentido de que os intervalos perseguidos fossem amparados pela legislação, o que dependeria de investigação mediante prova oral e não técnica.

De qualquer forma, sendo outro o entendimento da Superior Instância, poderá valer-se das provas já produzidas.

Extingue-se, sem resolução do mérito.

B. PREJUDICIAL DE MÉRITO – PRESCRIÇÃO

Declara-se a prescrição, oportunamente arguida, de eventuais direitos anteriores a cinco anos contados da data do ajuizamento da ação, ou seja, 22.11.2005.

MÉRITO

1. HORAS EXTRAS E REFLEXOS

1.1. Extraordinária

Analisando os holerites do autor, constatou-se o pagamento de poucas horas extras.

A prova oral emprestada do processo 988/10 (fls. 860/862) não comprova a alegada jornada extraordinária, que se compõe pela extrapolação, principalmente, da jornada aos sábados até às 15h50.

Acolhe-se a jornada indicada na defesa, pois como bem analisou o magistrado substituto, por ocasião do julgamento do processo que serviu de prova emprestada a este feito (proc. 0000988-11.2010.5.15.0072), que pode ser

visualizado no *site* do TRT15, onde o próprio reclamante foi testemunha do colega (fl. 860-verso), não há horas extraordinárias a não ser intrajornada, que serão analisadas em tópico específico.

1.2. Intrajornada

O autor foi ouvido como testemunha na prova emprestada (fls. 860-verso e 861) e, ao final de seu depoimento, confirmou que a partir de 2009 parava 1 hora para o almoço, além de duas pausas de 15 minutos para o café, o que se harmoniza com a limitação na causa de pedir, em parte (fl. 09, alínea *c*).

Não obstante ter confirmado a ausência de intervalo até dezembro de 2008 para almoço, o autor acabou confessando as pausas para o café, contrariando a indicação na inicial de que não havia nenhuma parada para esse evento.

A prova oral confirma o fato, o que permitiria uma fixação decorrente da redução, até o ano de 2009, conforme depoimentos das testemunhas da prova emprestada (fls. 860/862), a despeito das testemunhas da série empresarial terem tentado convencer que a fiscalização efetiva para o gozo dos intervalos foi implementada, com rigor, a partir da “metade de 2007” (fl. 861-verso).

O certo é que acabaram admitindo que o significativo número de trabalhadores, ao longo das áreas cultivadas, impedia a fiscalização de todo o grupo.

Contudo, na esteira da jurisprudência dominante, pouco importa a média da redução e sim que, havendo o desrespeito, estará caracterizado o dever do pagamento integral que deveria ter sido usufruído no período respectivo, e não o pagamento limitado ao “período respectivo” reduzido, como interpretaram restritivamente alguns integrantes da cúpula trabalhista nos tribunais regionais, contrariando o entendimento já pacificado na antiga OJ n. 307 da SDI 1 do TST, atual Súmula n. 437, I, do TST.

Registre-se que tal interpretação ampliativa, entende esta magistrada, é injusta quando em

confronto com o posicionamento da corrente à qual aderiu em passado recente: pagamento proporcional ao tempo de intervalo de almoço não usufruído.

A matéria, com todo respeito, equivocadamente sumulada, acaba por beneficiar empresas que nada concedem.

Em várias oportunidades ao longo dos últimos anos, este juízo se curvou ora a uma, ora a outra corrente, mas, por questão de política judiciária, uma vez que suas decisões anteriores foram alvo de constantes reformas em nosso Regional, também em constantes variações, resolve aderir ao entendimento da mais alta Corte trabalhista.

Assim, até que o TST resolva retomar a interpretação que passa a ter uma ressonância mais justa aos empresários e também não interfere na saúde do trabalhador, já que não há acomodações próprias para um verdadeiro descanso na maioria dos locais de trabalho, principalmente na zona rural e se levadas em consideração as peculiaridades de cada tipo de serviço e onde o mesmo é realizado, acatará a decisão superior, para não criar expectativas frustradas às partes, evitando recursos procrastinatórios.

Curva-se, pois, por questão apenas de política judiciária, deferindo o tempo integral e com a natureza salarial (outra incoerência da jurisprudência majoritária: ou se indeniza pelo total, ou seu caráter salarial deveria permitir o pagamento apenas da diferença reduzida).

Em conclusão, defere-se 1 (uma) hora/dia, no período imprescrito, por mais benéfica a interpretação dominante, até o final de 2008, nos dias efetivamente trabalhados, desprezando-se a suposta necessidade de intervalos para café.

Destaque-se que os demais intervalos intrajornada (intermitente) serão analisados em tópico específico.

Deferidas as horas extras, nestes termos, de forma habitual, devida a sua integração para todos os fins, à exceção de verbas rescisórias, pois, como informou o autor na ata de fl. 514,

o desligamento só ocorreu em 14.11.2011, portanto após o ajuizamento do feito em 17.1.2011, marco que deverá ser respeitado para pagamento dos reflexos de praxe.

Pedidos principal e reflexos, procedentes, nestes termos.

1.2.1. Natureza jurídica — Intervalo

Quanto à natureza jurídica da redução, a polêmica já está superada. É salarial e deve integrar as demais verbas (Súmula n. 437, III, do TST).

1.3. Tempo à disposição

O autor requer no item d (fl. 10) a média de 40 minutos diários ao final do expediente aguardando os colegas de trabalho e a medição da produção por parte dos fiscais.

Embora não tenha especificado que tais ocorrências se limitavam às safras, fica assim entendido o pedido, pois está implícito que a demora nessas atividades acontece apenas na colheita e não na entressafra, ora fixada para o período de maio a dezembro.

O reclamante da prova emprestada nada esclareceu a respeito do tempo de espera ao final da jornada (fl. 860).

A primeira e única testemunha naquele feito é o próprio reclamante e, embora sob juramento naquela sessão, mais convincentes as testemunhas da reclamada, que foram unísonas ao informar a média de tempo de espera de 10/15 minutos, que ora se acata para fixar em 15 minutos tais ocorrências, na esteira da recente alteração da redação da Súmula n. 449 do TST, que, numa interpretação conforme, permite concluir a nova tendência jurisprudencial que considera extraordinário o que ultrapassar 5 minutos.

SÚMULA N. 449. MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO. LEI N. 10.243, DE 19.06.2001. NORMA COLETIVA. FLEXIBILIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. (conversão da Orientação Jurisprudencial n. 372 da SBDI-1)

A partir da vigência da Lei n. 10.243, de 19.6.2001, que acrescentou o § 1º ao art. 58

da CLT, não mais prevalece cláusula prevista em convenção ou acordo coletivo que elastece o limite de 5 minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho para fins de apuração das horas extras.

Pedido procedente em parte.

1.4. *In itinere*

Apesar da polêmica atual sobre o tema (já se faz tarde uma Súmula no TST sobre o assunto), tendo as partes anunciado a existência do pacto coletivo, ele deve ser respeitado.

Este juízo, ao contrário de algumas turmas do TRT 15, após amadurecimento pessoal ao longo da carreira, entende que a negociação que permite até redução salarial, desde que não seja absurda e com uma transação/compensação recíproca, facilita em muito as relações de trabalho, principalmente quando se aproximam da realidade, em cada região em que os fatos efetivamente acontecem.

Portanto, na esteira da jurisprudência majoritária no TST, está superada a discussão sobre a possibilidade de negociação coletiva para estabelecer uma média razoável a esse título.

E essa redução deve ser acatada, à luz do respeito ao princípio da autonomia privada coletiva.

A negociação, como o próprio nome sugere, deve ser observada em todo o seu conjunto (teoria do conglobamento), e não somente naquilo que interessa ao trabalhador.

A base de cálculo utilizada está correta, já que é incontroverso que foi utilizado o piso da categoria, muito embora não tenham sido anexados os instrumentos normativos respectivos. E nem precisaria, pois ambos indicam a observação do piso e não da remuneração, como quer o autor.

Pedido improcedente, seguindo o acessório a mesma sorte.

2. INSALUBRIDADE A CÉU ABERTO

2.1. Calor

Há mais de 25 anos aguarda-se a esperada regulamentação de adicionais para o trabalho

no campo, principalmente no corte da cana, a rigor penoso, de que falava a Constituição de 1988.

No final da década de 1970, quando foi editada a NR-15, entendia-se aceitável o limite máximo da 25 graus para atividades consideradas pesadas, apenas em ambiente interno.

Na percepção desta magistrada, a norma foi editada para proteger as atividades realizadas na indústria. Na época em que a NR-15 foi elaborada, visando catalogar as atividades insalubres, ninguém se preocupava com a destruição do planeta, movimentos ecológicos, a camada de ozônio, como no final do século passado e início deste, e muito menos com o trabalho a céu aberto.

Sem prejuízo da interpretação analógica, na correlação que a jurisprudência crescente tem feito com a atividade, segundo consta, a origem da controvérsia, para o labor realizado no corte da cana, como sendo “pesado” — e de fato é —, a rigor não há norma regulamentadora específica e sim uma adaptação frente ao vácuo legal, daí a nova redação elaborada em set./2012 que incluiu o inciso II na OJ n. 173 da SDI-1 do TST.

Contudo, tempos novos e passada a hora de uma legislação específica, diante da inércia do legislador, o Poder Judiciário, via de regra provocado pelo Ministério Público do Trabalho, tem dado a resposta para a nova realidade, adaptando o cabimento da norma, de forma mais benéfica, resultado de método de interpretação ampliativa e complementar.

Mas, o reconhecimento de que norma regulamentadora específica haveria de vir, em confronto com a inércia do legislador, induz também ao reconhecimento de que tal atitude apática, afinal, não pode prejudicar o trabalhador, e a interpretação ampliativa, agora se vislumbra, é medida protetora que vai ao encontro dos princípios que norteiam o Direito do Trabalho, que, entre outros princípios, pugnam pelo trabalho seguro e em meio ambiente adequado.

Curva-se o juízo, pois, ao entendimento dominante e a ele adere, porque mais justo diante da realidade climática nociva e hoje vivida, haja vista que o uso apenas de protetor solar ou equipamentos de segurança não é eficaz para amenizar o calor; pelo contrário, o intensifica. Por isso, nas negociações coletivas, incentivadas pelo Ministério Público do Trabalho, são perseguidas as paradas ou micropausas intrajornada.

E se é assim, é necessário dar mais atenção a tal interpretação/aplicação analógica/ampliativa e buscar limites para a imposição de um adicional que, a rigor, ainda não foi regulamentado especificamente e sim adaptado para uma situação nova, até então injusta, resultante do binômio “mudança climática x inércia legislativa”.

Conclusão contrária e genérica, sem limitações, poderá tornar o passivo de todas as empresas agrícolas com uma oneração que, a princípio, a lei não impôs, pelo menos não claramente, indo na contramão da nova ordem, que é minimizar os efeitos, exigir as paradas e não tarifar a saúde do trabalhador, que não deve estar à venda.

E se antes essa exposição ao sol/calor não era uma preocupação nas décadas passadas, quando ninguém vislumbrou tal fenômeno, agora, ao contrário, não se encontra mais justificativa plausível para o não pagamento, ou reivindicação de tal adicional pelos trabalhadores rurais, todos — repete-se — inertes até o final do século passado e início deste.

Certamente o despertar da inércia decorre das mudanças nas condições adversas, não só pelo vetor “destruição da camada de ozônio” como também pela desenfreada busca pela maior produtividade, o que levou o Ministério Público do Trabalho e seus seguidores a buscar a proteção que não havia.

Todas essas descobertas/reconhecimentos têm, contudo, um ônus a ser suportado pelas empresas e pelo governo, muito maior do que imaginou o Judiciário.

Tal argumento é oportuno, pois minimiza a suposta culpa patronal e sonegação do adicional no ambiente insalubre, ainda que parcialmente, e tudo indica que houve boa-fé no segmento sucroalcooleiro, na maioria honesto, que certamente não remunerou o que apenas atualmente se entende devido — há de se reconhecer — em razão da ausência de lei/regulamento, o que faz da jurisprudência recente um norte a ser seguido no futuro próximo, em respeito ao entendimento só agora dominante e — frise-se — carente de uma legislação clara e específica.

E a preocupação tem razão de ser. Não só sob o prisma do custo empresarial na lavoura da cana-de-açúcar. A indagação de seu cabimento será (é) inevitável em outras atividades, por exemplo: na construção civil, na varreção de rua, jogadores de futebol, etc., gerando impactos também na Previdência Social, por conta da aposentadoria especial para os que trabalham em atividades insalubres, podendo reivindicá-las por conta dessas decisões, justas porém inegavelmente inovadoras na Justiça do Trabalho.

Embora preocupada com esses impactos, na economia empresarial e na previdência social, esta magistrada curva-se ao entendimento que ganhou força nos Tribunais Regionais e em passado recente no Tribunal Superior do Trabalho, com a edição da OJ citada — repete-se — em interpretação ampliativa e por analogia (e não porque a norma previu) para analisar, em cada caso, o cabimento restrito e o eventual deferimento em atividades que exijam esforço físico capaz de atrair o enquadramento como pesadas/fatigantes e em períodos em que houver a ocorrência: calor acima dos limites de tolerância.

Sob esse prisma, nem toda a atividade exercida a céu aberto produzirá calor acima dos limites permitidos. Não basta o grau de temperatura alta/calor a que se expõe e sim o binômio “calor externo” e “atividades pesadas”, de acordo com as tabelas constantes no Anexo 3 da NR-15.

A posição ergonômica que eventualmente desencadeia doenças ocupacionais nada tem a ver com insalubridade, prevalecendo a favor do trabalhador a investigação sobre o calor acima do limite de tolerância, como demonstram as ementas abaixo:

TST — EMBARGOS DECLARATÓRIOS RECURSO DE REVISTA E-ED-RR 835008720095090093 83500-87.2009.5.09.0093 (TST) Data de publicação: 21.6.2013

Ementa: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. EXPOSIÇÃO AO CALOR. NR-15, ANEXO 3, DO MINISTÉRIO DO TRABALHO. Decisão recorrida proferida em consonância com o item II da Orientação Jurisprudencial n. 173 da SDI-1 desta Corte, no sentido de que — tem direito ao adicional de insalubridade o trabalhador que exerce atividade exposto ao calor acima dos limites de tolerância, inclusive em ambiente externo com carga solar, nas condições previstas no Anexo 3 da NR-15 da Portaria n. 3.214/78 do MTE. Recurso de Embargos de que não se conhece.

TST — RECURSO DE REVISTA RR 342005920095090093 34200-59.2009.5.09.0093 (TST) Data de publicação: 10.8.2012

Ementa: RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CORTADOR DE CANA. EXPOSIÇÃO AO SOL E A CALOR EXCESSIVO. INAPLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 173 DA SBDI-1 . 1. Esta C. Corte Superior tem pacificado entendimento de que não se aplica a Orientação Jurisprudencial n. 173 da SBDI-1, às hipóteses em que o trabalhador labora nas lavouras de cana-de-açúcar, porquanto não se trata somente de ausência de previsão legal para o enquadramento das atividades desenvolvidas a céu aberto como insalubres, em razão dos raios solares ou variações climáticas, conforme o disposto no art. 195 da CLT e no Anexo 7 da NR-15 do MTb, mas, também, na atividade exercida sob condições de calor excessivo, mormente em razão da maior dificuldade para a dissipação do calor, decorrente do tipo da lavoura, em que a planta atinge vários metros de altura e possui colmos espessos. 2. A insalubridade

que foi constada nas atividades laborais do reclamante encontra-se regulada no Anexo 3 da NR-15 da Portaria n. 3.214/78 do MTE, a qual, ao dispor sobre o limite de tolerância para exposição ao calor das atividades e operações insalubres, estabelece que devem ser avaliadas por meio do IBUTG (Índice de Bulbo Úmido Termômetro de Globo), sendo que as medições nos ambientes externos devem ser realizadas no local onde permanece o trabalhador, à altura da região do corpo atingida, definindo, para o trabalho contínuo de atividade, o limite de tolerância até 25° C.

3. *In casu*, o v. acórdão revisando noticia que o reclamante labora a uma temperatura média de 27° C. Ou seja, exposto a calor excessivo e bem acima do limite de tolerância permitido, de 25° C, encontrando-se a sua atividade enquadrada em grau médio de insalubridade.

4. Logo, é devido o adicional de insalubridade ao autor, cortador de cana-de-açúcar. Recurso de revista conhecido e provido. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. Como forma de prestar uma efetiva prestação jurisdicional, cabe esclarecer que, ao ser restabelecida a r....

Encontrado em: 3ª Turma RECURSO DE REVISTA RR 342005920095090093 34200-59.2009.5.09.0093 (TST) Maria das Graças Silvany Dourado Laranjeira.

Este o limite para atividade fatigante/pesada de fato, a princípio permitido em ambiente interno (essa a interpretação histórica que se fez da norma na época de sua elaboração), tanto que na transcrição citada, parte final da OJ, foi necessário que a matéria chegasse ao Tribunal Superior para a aceitação da mesma em atividade externa.

Há que se descartar tal direito nas atividades de menor intensidade em graus moderados e leves, como por exemplo o plantio da cana e outras atividades correlatas realizadas na entressafra, mormente quando o ganho por produção não for exigido/comprovado.

Portanto, é o que interessa e passa a ser investigado: calor, se excessivo, acima do limite de tolerância, e o tipo de atividade, se leve, moderada ou pesada.

2.2. O caso concreto — Rurícola no corte da cana

Às fls. 429/460, o mesmo perito que acompanhou esta magistrada na inspeção judicial antecipou sua primeira visita nas terras da reclamada no dia 27.4.2011 e constatou que não havia insalubridade, em resposta aos exaustivos quesitos de ambas as partes, para concluir, ao final, que a atividade no corte da cana é salubre, com atividade moderada (fl. 458).

Contudo, ao ser acompanhado pela magistrada, elaborando laudo técnico mais detalhado nas diversas visitas que foram feitas ao longo do ano de 2012, acabou por alterar suas conclusões para sugerir ao juízo, à fl. 551, que fosse deferido o adicional de insalubridade de forma parcial, detalhando, ainda, que pelo menos em 34,21% dos dias ou períodos trabalhados haveria a condição insalubre.

E a sugestão pericial é acolhida em parte, como adiante se pontua.

Segundo crescente tendência de decisões de segunda instância neste Regional, uma nova leitura da orientação jurisprudencial citada alhures é feita, ao argumento de que há sim previsão legal para a análise do pedido do título, na esteira do atual entendimento dominante inserido na redação do inciso II da OJ citada (Res. n. 186/2012, divulgada no DEJT de 25.9.2012).

Eis a nova redação da OJ n. 173 do TST:

II – Tem direito ao adicional de insalubridade o trabalhador que exerce atividade exposto ao calor acima dos limites de tolerância, inclusive em ambiente externo com carga solar, nas condições previstas no Anexo 3 da NR-15 da Portaria n. 3.217/78 do MTE.

Destaque-se, em repetição e com base no que foi fartamente exposto, que antes dessa alteração a jurisprudência anterior, limitada ao inciso I, referia-se apenas à suposta “radiação solar”, e só posteriormente ganhou força o deferimento do adicional de insalubridade pelo calor e, sob este novo prisma, passa a ser apreciado o caso concreto.

A própria inicial narra a descrição das funções na lavoura canavieira e o contato com os agentes diversos (sol, calor, etc.).

Assim, o juízo, apesar da realização de perícia específica para este feito, o que resultou, inicialmente, em vistoria em um único dia/visita, tomou a liberdade de utilizar como parâmetro a prova mais completa, pois acompanhou os registros das temperaturas ao longo do ano, nas lavouras canavieiras da região oeste do Estado, elaborando relatório de inspeção judicial.

O laudo pericial realizado neste feito reforçou o convencimento do perito do juízo e registrou as temperaturas, durante todo o ano de 2012, nas quatro estações climáticas (Primavera, Verão, Outono e Inverno).

Embora aparentemente extenso, é salutar que se esclareça que o mesmo possui fotos ilustrativas das visitas e das ocorrências/impressões colhidas no campo e intercala e relata, em detalhes, o que conferiu nas fazendas e arrendamentos visitados, inclusive as terras cultivadas pela reclamada.

A experiência permite enquadrar ou excluir, pela lógica, os tipos de atividades desenvolvidas, não só no corte da cana como também no plantio e outras correlatas na investigação daquelas que efetivamente podem ser consideradas estafantes ou, na linguagem do perito e do Anexo 3 à NR-15, pesadas e fatigantes e não “moderadas” como sugeriu em seu primeiro laudo.

Evidente que a atividade do corte da cana, aliada ao fato de a medição do ganho ser por produção, implica reconhecer o agravamento dos efeitos decorrentes das altas temperaturas que foram constatadas nesta região.

Contudo, como o enquadramento da atividade pesada/fatigante está atrelado apenas ao corte da cana e não a outras atividades na entressafra, via de regra com ganho diário fixo, sem necessidade de muito esforço, o fenômeno em dupla face (fadiga + calor) será deferido em seu grau médio, apenas durante a chamada

“safra canavieira”, excluindo-se o inverno real e não oficial.

Minuciosa análise do laudo técnico complementar e inspeção judicial serviu de base para a condenação em todo o período, safra e entressafra, por parte do juiz substituto Adriel Pontes de Oliveira, no mesmo feito já citado (0000988-11.2010.5.15.0072), que, pela riqueza de detalhes, vale a pena reproduzir:

O autor afirma que no trabalho em lavoura canavieira esteve exposto a calor excessivo, sol radiante, além de outros agentes nocivos. Requer adicional de insalubridade.

A ré afirma que o labor a céu aberto não caracteriza insalubridade. Destaca que houve fornecimento de EPIs necessários para o trabalho.

Recentemente houve alteração da Orientação Jurisprudencial n. 173 da SDI-1 do C. TST, que passou a ter a seguinte redação:

“173. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ATIVIDADE A CÉU ABERTO. EXPOSIÇÃO AO SOL E AO CALOR.

I – Ausente previsão legal, indevido o adicional de insalubridade ao trabalhador em atividade a céu aberto, por sujeição à radiação solar (art. 195 da CLT e Anexo 7 da NR-15 da Portaria n. 3.214/78 do MTE).

II – Tem direito ao adicional de insalubridade o trabalhador que exerce atividade exposto a calor acima dos limites de tolerância, **inclusive em ambiente externo com carga solar**, nas condições previstas no Anexo 3 da NR-15 da Portaria n. 3.214/78 do MTE.” (destaquei).

Nota-se que o fato do calor ter origem no sol não interfere, segundo a atual jurisprudência do C. TST, no direito do trabalhador ao adicional de insalubridade.

Nos presentes autos a apuração pericial foi feita durante um ano, com medições em todas as estações do ano, de forma a se gerar maior segurança no momento do julgamento.

Com todas as medições o perito apresentou conclusão que haveria “condições de

insalubridade de forma parcial, pertinentes e não desprezíveis”. Esclareceu que em função da variação da temperatura, umidade do ar, calor radiante e velocidade do vento houve alterações no IBUTG, sendo “possível admitir a ocorrência de dias de **isenção** de condições insalubres e outros que **houve trabalho em condições de insalubridade**”. Sugeriu na conclusão que “o adicional de insalubridade por exposição ao calor pode ser pago na relação média que obteve em seu estudo, a razão de **34,21% dos dias ou períodos trabalhados**”.

Cumpra observar que na forma do art. 436 do CPC “o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”.

Assim, a conclusão do perito acima transcrita não é de observância obrigatória, podendo ser feita análise mais completa do extenso trabalho do perito para se chegar a uma conclusão justa.

Com relação às conclusões do perito, desde logo registro que não há possibilidade de se considerar o trabalho de cortadores de cana como de intensidade moderada. Trata-se de atividade pesada realizada no mais das vezes com pouquíssimas pausas, já que os trabalhadores recebem por produção. Assim, o limite do IBUTG para se considerar o trabalho como salubre é 25,0 e não 26,5 ou 27,5 como considerado pelo perito. Note-se que a observação do perito que os trabalhadores a cada uma hora de trabalho ficam 45 minutos no corte de cana e 15 minutos descansando é situação irreal, não constante sequer das alegações de defesa, na qual foram indicados intervalos menores e mais espaçados que os considerados pelo perito.

Cumpra observar, ainda, que todas as medições realizadas pelo perito em fazendas de empresas diversas devem ser todas consideradas independente do local exato da medição, pois todos estão dentro da

mesma região, de forma que as variações nos índices IBUTG encontrados estão mais relacionados com o horário da medição do que com o local específico em que esta foi realizada.

Consta na folha do laudo numerada como 8 que foram realizadas 10 medições em horários diversos no dia 30.1.2012, sendo que **todas apresentaram IBUTG acima** de 25,0.

No dia 6.2.2012 foram feitas 6 medições, **todas com IBUTG acima** de 25,0 (folha numerada como 9 no laudo).

No dia 21.5.2012 foram feitas 6 medições, sendo que **duas apontaram IBUTG acima** de 25,0 e **quatro apontaram índice abaixo** de 25,0 (folha numerada como 10 no laudo).

No dia 28.5.2012 foram feitas 7 medições, sendo que **quatro apontaram IBUTG acima** de 25,0 e **três apontaram índice abaixo** de 25,0 (folha numerada como 11 no laudo).

No dia 16.7.2012 foram feitas 6 medições, **todas com IBUTG abaixo** de 25,0 (folha numerada como 12 no laudo).

No dia 23.7.2012 foram feitas 6 medições, sendo que **cinco apontaram IBUTG acima** de 25,0 e **uma apontou índice abaixo** de 25,0 (folha numerada como 13 no laudo).

No dia 15.10.2012 foram feitas 6 medições, sendo que **quatro apontaram IBUTG acima** de 25,0 e **duas apontaram índice abaixo** de 25,0 (folha numerada como 14 no laudo).

No dia 22.10.2012 foram feitas 6 medições, **todas com IBUTG acima** de 25,0 (folha numerada como 15 no laudo).

De todos os dias analisados, apenas em um houve trabalho integralmente sem exposição a insalubridade, pois apenas no dia 16.7.2012 todas as medições foram abaixo do limite de tolerância. Em todos os demais dias houve constatação de insalubridade porque extrapolado o limite de tolerância. Assim, o percentual apontado pelo perito em suas conclusões está incorreto, não podendo ser considerado nesta decisão.

Com efeito o trabalho do autor, mesmo nos meses de inverno, chegava a níveis de calor acima dos limites de tolerância (*vide* dia 23.7.2012 em que cinco medições foram acima do limite de tolerância e apenas uma abaixo).

Vale consignar que na forma da Súmula n. 47 do C. TST “o trabalho executado em condições insalubres, em caráter intermitente, não afasta, só por essa circunstância, o direito à percepção do respectivo adicional”. No presente caso fica claro nas medições destacadas acima que na maior parte do tempo de trabalho o autor estava exposto a insalubridade pelo calor acima do limite de tolerância para sua atividade. Ainda que haja horários ou mesmo dias em que o limite de tolerância não é ultrapassado, isto não afasta seu direito de receber o adicional de insalubridade, pois existiu insalubridade intermitente que atingiu a maior parte do tempo trabalhado pelo autor.

Assim, considero que em relação ao ano todo os trabalhadores do corte de cana têm direito ao adicional de insalubridade, não cabendo excluir sequer os meses de inverno, pois mesmo nestes as medições demonstram que a insalubridade pelo calor persiste. Desta feita defiro ao autor o adicional de insalubridade em grau médio (20%) para todo o período que foi rurícola [...]

Em conclusão, à exceção dos meses de inverno, cujo convencimento desta magistrada é no sentido de sua exclusão, tais atividades, no corte e na safra, serão capazes, aos olhos do juízo, de trazer tal enquadramento em período restrito, isto é, nas safras e nos períodos em que os termômetros mediram a temperatura média acima dos 25° C permitidos no anexo regulamentador.

Ainda que em alguns dias de inverno a média permitida tenha sido extrapolada, esporadicamente, ao contrário do entendimento do colega, e da Súmula n. 47 do TST, este juízo

entende mais justo o deferimento nos meses em que as altas temperaturas foram detectadas de forma integral.

Portanto, o objeto de investigação em atividade pesada, na esteira das conclusões do laudo pericial complementar e inspeção judicial, restringir-se-á às ocorrências/períodos citados.

Como é público e notório, o corte da cana ocorre apenas nas safras e no caso concreto o autor não distingue as atividades que ele realizou nas entressafras de modo a unir o fato climático ao trabalho pesado/fatigante de que fala a norma.

Assim, como de ordinário acontece, desprezando-se o fato de que cada dia mais a safra canaveira tem ocorrido em muitos meses do ano, a investigação se dá em cada caso e de forma atípica.

Nesta ação, o próprio autor não distinguiu períodos de safra e entressafra (*vide* primeiro parágrafo de fl. 16), limitando-se à identificação do suposto direito.

A fixação, portanto, do período da investigação será limitada ao interregno de maio a dezembro, considerando-se os demais meses como de entressafra, no exercício de atividades leves ou moderadas e portanto sem excesso de limites previstos para a atividade pesada (corte), única capaz de dar o direito que o autor persegue, na visão deste juízo.

Rápida análise do laudo e inspeção judicial encartados aos autos leva à constatação de que as médias de temperaturas mais altas, acima dos 25° C permitidos pela norma aplicada por analogia, estão nas estações primavera, verão e outono, que englobam parte do período de safra acima fixado.

Pelo que, apenas no corte da cana, quando é possível o enquadramento da atividade pesada, defere-se o adicional de insalubridade em grau médio, ora fixado para o seguinte período: no mês de maio (excluindo-se os meses de inverno — junho e julho) e de agosto a dezembro, num total de 6 (seis) meses.

Destaque-se que os meses inteiros e não fracionados visam facilitar a apuração em liquidação de sentença, observado como base de cálculo o salário mínimo nacional.

O pedido seria procedente em parte. Contudo, dependerá da análise do tópico posterior, tendo em vista que a lei impede a cumulação de adicionais.

2.3. EXPOSIÇÃO AOS AGENTES QUÍMICOS/TÓXICOS

A partir de fl. 19, o autor requer ainda a insalubridade por conta da suposta exposição aos agentes químicos/substâncias cancerígenas, fazendo um paralelo com o reconhecimento de tais condições como causadoras de doenças profissionais ou do trabalho.

No laudo emprestado, produzido no processo 850.44.2010, aqui entendido como prova emprestada e complementar, já juntado naquele feito, que foi anexado eletronicamente a este feito, é possível visualizar a conclusão do perito favorável à pretensão do autor, a qual se harmoniza com a atual jurisprudência sobre o tema.

Em reforço, transcreve-se trecho de acórdão que reformou sentença desta magistrada, que indeferiu pedido correlato, ao argumento de que tais substâncias não se enquadravam nas normas regulamentadoras pertinentes:

A Reclamada esclarece em razões recursais que duas foram as provas técnicas utilizadas pela Sentença para o deferimento do adicional de insalubridade. A primeira consiste em prova técnica emprestada do Processo n. 850/2010, que entende que a atividade desenvolvida pelo Reclamante é insalubre em razão da fuligem oriunda da queima; enquanto que outra, também, é prova emprestada, consubstanciada na inspeção judicial e Laudo Pericial produzidos nos autos do Processo n. 965/10, que conclui pela insalubridade em virtude do calor.

Impugna tais provas sob o argumento de que o adicional de insalubridade não é

devido ao trabalhador rural por falta de previsão legal, cuja competência é reservada ao Ministério do Trabalho e Emprego. Aduz que as radiações provenientes da natureza não são as mesmas previstas na NR-15.

Argumenta que mesmo que a aplicação da NR acima citada coubesse ao empregado rural, o uso de EPIs eliminaria a exposição ao suposto agente insalubre.

Ainda, aduz que quanto à fuligem, a Reclamante não se ativava na queima, de modo que tal partícula apenas existe enquanto a plantação está sendo queimada.

Com relação ao agente “calor”, alega que as provas emprestadas do Processo n. 965/10, foram colacionadas aos autos de ofício, de modo que há mácula ao Princípio do Contraditório, por falta de manifestação das partes. Aduz que o fundamento do Laudo Pericial no Anexo 3, da NR-15, da Portaria n. 3.214/78, é equivocado, tendo em vista que tal dispositivo trata do calor artificial e não proveniente de fonte natural. Cita que a fonte natural (céu aberto), que trata da exposição aos raios solares, não condiz com o conceito de calor utilizado pelo Anexo 3.

Alega, ao final, que o Perito limitou-se a calcular taxa metabólica e IBUTG, somente no corte de cana-de-açúcar, sendo que tal atividade não se dá no inverno, época de baixas temperaturas, mas, tão somente nos períodos de safra, assim, aduz que eventual insalubridade somente poderia se deferida no período de safra.

Pois bem.

Inicialmente, razão assiste à Reclamada ao insurgir-se contra a prova emprestada, determinada de ofício pelo Magistrado ao prolatar a r. Sentença, relativa aos autos do Processo n. 965/10 (reconhece a insalubridade como decorrência do agente “calor”).

De fato a prova emprestada deve respeitar o contraditório, de modo que deveria o Juiz, caso pretendesse a juntada de ofício de prova emprestada, conceder às partes

a oportunidade de manifestação sobre a prova em destaque.

A relação processual é uma relação jurídica, e como tal, impõe aos que dela participam, inclusive ao Magistrado, direitos e deveres que devem ser observados para que se atenda ao devido processo legal.

Desta forma, a prova que constatou a existência de insalubridade em decorrência do calor, oriunda dos autos n. 965/10, por cercear o direito de defesa das partes e o contraditório no âmbito probatório, está eivada de nulidade, nos termos dos arts. 135, Inciso III e 398 do CPC.

Sendo assim, não há que se falar em insalubridade em decorrência da exposição ao calor.

Não obstante, a prova emprestada dos autos n. 850/2010, este com a anuência das partes, portanto, válido, prevê o labor em condições insalubres em decorrência da exposição à fuligem.

Não cabe acolher as razões da Reclamada no sentido de que tal agente insalubre não está previsto no Anexo 3 da NR-15, isto porque, o Laudo Pericial detalhou que a fuligem contém HPAS carcinogênicos contidos no Anexo 13 da NR-15, dos quais destaco a título meramente exemplificativo: o Alcatrão, óleos minerais, óleo queimado, benzeno e hidrocarboneto policíclicos.

Assim, caso se leve em consideração a denominação “fuligem”, tal nomenclatura, por si só, não consta nos quadros do Ministério do Trabalho e Emprego — MTE, como agente insalubre. Não obstante, os componentes que compõem a fuligem é que propiciam o contato com agentes químicos previstos pelo MTE como insalubres, e permitem a condenação ao pagamento do adicional em questão.

Nesse sentido decidiu recentemente o TST, nos autos do Processo n. 179100-54.2005.5.15.0079 (Acórdão publicado em

21.6.2013, relator Ministro Márcio Eurico Vital Amaro), *in verbis*:

“Ementa: RECURSO DE REVISTA — ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. EXPOSIÇÃO AO AGENTE QUÍMICO HIDROCARBONETO PRESENTE NA FULIGEM DA CANA-DE-AÇÚCAR. O Regional, com base na prova pericial, cujo laudo conclui que o Reclamante expunha-se a contato com o agente químico hidrocarboneto, presente na fuligem que envolve a cana-de-açúcar, manteve a sentença que condenou a Reclamada ao pagamento do adicional de insalubridade. As alegações recursais perdem força na medida em que não se trata de considerar a fuligem, em si, como agente insalubre, mas sim o contato com o agente químico hidrocarboneto nela presente. Não se verifica, assim, a alegada afronta à literalidade dos arts. 190, 192 e 195 da CLT, na forma exigida pelo art. 896, c, da CLT, nem tampouco restou constata a ocorrência de divergência jurisprudencial, porquanto utilizou-se a parte da transcrição de arestos inespecíficos. Recurso de Revista não conhecido. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. A base de cálculo do adicional de insalubridade, enquanto não editada norma específica, deve ser o salário mínimo, uma vez que não cabe ao Poder Judiciário fixar base de cálculo diversa da prevista em lei. Recurso de Revista conhecido e provido.”

A Portaria n. 3.214/78, que aprovou as Normas Regulamentadoras — NR — previstas no Capítulo V, do Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas à Segurança e Medicina do Trabalho, em sua NR-15, Anexo n. 13, ao tratar sobre os malefícios à saúde causados pelos hidrocarbonetos e outros compostos do carbono, dentre os quais o alcatrão, ambos previstos no Laudo Pericial, classifica a insalubridade como de grau máximo, uma vez que admite que tais circunstâncias são cancerígenas.

Destaco que a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, por meio da Comissão Parlamentar de Inquérito, apresentou “Relatório Final dos Trabalhadores da CPI

da “Queima da Palha de Cana”, que consta na internet (endereço: <<http://www.observatoriodoagronegocio.com.br/page41/files/RelCPI%20Queima%20Cana.pdf>>), portanto, trata-se de fato notório, nos termos do art. 334, Inciso I do CPC, cujo conteúdo passo a transcrever de forma pontual, *in verbis*:

“Os trabalhadores do corte da cana-de-açúcar que, em tese, seriam os mais beneficiados com essa atividade, deveras são aqueles submetidos às condições mais desgastantes.

Inicialmente, ficam submetidos a uma jornada de trabalho insalubre e estafante.

O corte da cana-de-açúcar, como colocado anteriormente, é realizado nos meses mais secos do ano. Assim, a atividade que já é insalubre torna-se ainda mais degradante com as condições climáticas adversas, sem o devido tempo de descanso e recuperação apropriado. Somando-se a isto, o contato íntimo com o fogo produz diversas consequências como: queimaduras na pele, problemas no aparelho respiratório, desidratação etc. Como boa parte dos gases oriundos da queima possui potencial cancerígeno, a exposição por parte dos cortadores ganha contornos graves.” (Grifei)

O mesmo documento, demonstra o resultado de pesquisa elaborada relativa ao trabalhador no corte de cana, pela Doutora em genética e mestre em ciências Biológicas, nos termos abaixo:

“Outros estudos realizados pela pesquisadora Rosa Maria do Vale Bosso, UNESP/Araraquara, constataram elevados índices de Hidrocarbonetos Policíclicos Aromáticos (HPA), que são substâncias comprovadamente mutagênicas e cancerígenas, tendo sido verificado um índice 9 vezes maior dessas substâncias na urina dos trabalhadores na época de safra, que no período da entressafra.”

Observo que a queimada apenas é autorizada em datas específicas, exatamente pelo dano que causa em decorrência dos agentes químicos insalubres que produz.

Sendo assim, reconsidero meu entendimento, e passo a considerar aplicável a condenação do adicional de insalubridade para os casos em que envolvam o corte de cana-de-açúcar e o trabalhador que execute tal função em exposição aos agentes insalubres que compõe a fuligem, como visto, enquadrados na NR-15 do MTE.

A alteração do entendimento tem supedâneo em todo o exposto e em atendimento aos preceitos constitucionais, em especial: a preservação da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, Incisos III e IV); o respeito aos direitos sociais dos trabalhadores, inclusive reduzindo riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, Inciso XXII); assim como, o fomento da função social da empresa (Art. 170, Inciso III).

Friso que, no caso em análise, o Laudo Pericial validado pelas partes deixa claro que não era utilizado EPI, na medida em que nas fls. 294 do documento esclarece que, *in verbis*:

“Todas (*sic*) a operação de corte de cana era realizada sem máscara facial adequada. Durante a perícia, notou-se que nenhum cortador de cana utilizava máscara facial.” (grifei)

Ainda, o documento apresentado pelo Perito complementa que a fuligem, ao contrário do que foi posto em razões recursais pela Reclamada, é presente no ambiente laboral em todas as épocas, e não apenas no período da queimada. Tal partícula fica retida na cana, e, no ato do corte, expõe o empregado aos agentes insalubres que causam dano a sua saúde. Neste sentido segue parte do Laudo, fls. 299, *in verbis*:

“(…) Em perícia realizada no local de trabalho do reclamante, constatou-se que a

fuligem resultante da queima (conglomerado de hidrocarbonetos policíclicos aromáticos – HPAS) impregnava no local de trabalho, notando-se ainda, que nenhum trabalhador utilizava máscara facial.” (Grifei)

Assim, atendido o requisito legal no sentido de os agentes insalubres deverem constar em lista do Ministério do Trabalho e Emprego, conforme arts. 190 e 194 da CLT, assim como constatada a insalubridade por meio de Perícia Técnica, atendido está o disposto no art. 195 da CLT, devendo ser mantida a condenação ao pagamento do Adicional de Insalubridade, pela fundamentação acima. Observo que deixo de aplicar o adicional no grau máximo, conforme indicação de fls. 299 do Laudo Pericial, para evitar a ocorrência do *reformatio in pejus*, motivo pelo qual, mantenho a r. Sentença, mesmo que por outros fundamentos.

TRT/15ª REGIÃO N. 0000017-89.2011.5.15.0072 (MARCOS FERNANDO GARMS E OUTRO X APARECIDA MARIA DOS SANTOS – Rel. HELCIO DANTAS LOBO JUNIOR)

Outra decisão semelhante, também referente à atividade no corte da cana, caminha no mesmo sentido, pugnando pela existência de outros elementos/substâncias insalubres nunca antes conhecidos/investigados:

[...]

Com efeito, ante a possibilidade concreta de contato do cortador de cana com agentes tóxicos provenientes da queima do canavial, como já se constatou, inclusive, em outros processos movidos contra o mesmo reclamado (v. g., processo 0000853-96.2010.5.15.0072, recentemente analisado por este Relator), no qual consta, no laudo pericial acostado às fls. 416/421 daquele feito: “(fl. 416) Corte e empilhamento de cana-de-açúcar. Após a queimada do canavial. Toda a operação de corte de cana era realizada sem máscara facial adequada. Durante a perícia notou-se que nenhum cortador de cana utilizava máscara facial. As partículas inaláveis da fuligem proveniente da queima da palha

da cana-de-açúcar – aquelas inferiores a 1,0 micrômetro — depositam-se na região entre os bronquíolos e os alvéolos pulmonares, onde permanecem por período variável de dias a anos. Com a movimentação dos alvéolos, essas partículas concentram-se na região superior dos bronquíolos, compreendida entre o efôfago e os brônquios. Os HPAs absorvidos nessas partículas são metabolizados e absorvidos nessas regiões, alterando o código genético das células (mutagênese), o que aumenta o número de células mutantes, ocasionando tumor cancerígeno.”

E mais adiante, complementou o *expert*:

“(fl. 420) O reclamante, em suas atividades, inalava hidrocarbonetos policíclicos aromáticos contidos na fuligem da queima do canavial, que contém antraceno, benzeno, naftaleno, anceptaleno, fluoreno, finatre-no, fluoranteno, pireno, benzo(a), pireno, dibenzo(a, h), e benzo (g, h, i), perileno em sua composição. Inalava porque não lhe eram fornecidas máscaras faciais adequadas. O reclamante inalou substâncias classificadas como carcinogênicas pelo Anexo 13 da NR-15 e pela Agência Americana EPA (Environmental Protection Agency).”

[...]

(Processo 0000851-29.2010.5.15.0072 – Vara do Trabalho de Rancharia, relator Juiz LUIZ FELIPE BRUNO LOBO).

Ocorre que este juízo, após detida análise de todas as provas técnicas produzidas, aliado ao fato de que no mesmo período da safra já deferiu o adicional em grau médio, excluindo-se apenas os meses de inverno, somente neles se estenderá a ausência do adicional a este título.

Ao contrário do que entendeu um dos peritos, enquadrando as substâncias exaladas no corte da cana pós-queima como em grau máximo, este juízo entende mais razoável o enquadramento em grau médio, como medida de justiça por vários motivos, incluindo a dificuldade de medição, as contradições entre os laudos favoráveis e desfavoráveis, o contato nem sempre constante com essas substâncias. Por exemplo, é sabido que em várias ocasiões

é realizado o corte da cana-de-açúcar em sua forma natural, sem a queima prévia, principalmente para o plantio, atividades também desenvolvidas e que se entrelaçam ao longo da colheita.

Pelo que, defere-se a insalubridade por exposição aos demais agentes apenas no inverno, o que implica estender a condenação aos meses de junho e julho.

3. INDENIZAÇÃO DANO MORAL — EPIs

Às fls. 24/26 da inicial, do feito em destaque, o autor pede a indenização por danos morais por múltiplos fatores: trabalho em condições insalubres, pelo desenvolvimento da doença profissional e violação à dignidade da pessoa humana em razão das infrações no campo da medicina e segurança do trabalho.

O dano moral, como é sabido, é caracterizado pela lesão aos direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a imagem etc. (art. 5º, V e X, CF), que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame, humilhação, gerando ao causador do dano a obrigação de indenizar (arts. 186 e 927 CC/02).

As irregularidades constatadas neste feito não são, a rigor, violações específicas e de cunho personalíssimo que alcancem o trabalhador individualmente considerado. Trata-se de infrações que estariam no âmbito do direito coletivo ou ambiental.

Para o caso concreto, não há ilicitude no exato termo em que foi concebido o instituto, tendo em vista que a própria legislação trabalhista já se encarregou, infelizmente, de compensar tais adversidades com o pagamento do adicional deferido.

Pedido improcedente.

4. ANOTAÇÃO NA CTPS E ENTREGA DO PPRA

Indefere-se o pedido de anotação da condição especial do autor (fl. 29, item 09) em razão do deferimento do adicional de insalubridade.

Até onde se tem conhecimento, tal condição não é indispensável para os fins de eventual aposentadoria especial do autor.

Indefere-se, ainda, o requerimento do autor para a juntada do programa de prevenção de riscos ambientais, pois dispensável para o objeto desta ação.

5. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS

Indefere-se a expedição de ofícios ao Instituto Nacional do Seguro Social — INSS e Ministério do Trabalho e Emprego (Gerência Regional competente) — MTE, pois não ficaram caracterizadas infrações específicas que exijam o conhecimento dos órgãos citados.

6. JUSTIÇA GRATUITA

Deferem-se os benefícios da justiça gratuita, face à declaração de fl. 33, na forma da lei (CLT, 790, § 3º).

7. INDENIZAÇÃO POR DANOS COM DESPESAS COM ADVOGADO E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Indevidos os honorários advocatícios. Adesão às Súmulas ns. 219 e 329 do TST.

A alteração do novo Código Civil (arts. 389 e 404) não tem o condão de revogar o art. 791 da CLT, específico sobre o tema, muito embora se reconheça que passa da hora da entidade de classe (OAB) lutar por abolir tal excrescência de forma específica, pela via legislativa, desde que o trabalhador opte pela advocacia particular, deixando a faculdade de se valer do *ius postulandi* ou da assistência sindical gratuita.

E se assim optou (advocacia particular, quando havia possibilidade de utilizar-se do sindicato de classe), não há falar em indenização por perdas e danos.

8. HONORÁRIOS PERICIAIS

Indevidos os honorários periciais, pois prevaleceram as provas complementares e a inserção da prova emprestada, desprezando-se o primeiro laudo.

III. DISPOSITIVO

POSTO ISSO, o Juízo da VARA DO TRABALHO DE RANCHARIA/SP extingue sem resolução do mérito o pedido 7 (intervalos intermitentes — fl. 28), por impossibilidade jurídica do pedido, declara prescritos eventuais direitos anteriores a 22.11.2005 e julga PROCEDENTE EM PARTE a ação proposta por LUCIANO ALVES DA SILVA em face da COMPANHIA AGRÍCOLA QUATÁ, acolhendo, parcialmente, a pretensão deduzida, nos termos da fundamentação *supra*, para condenar a ré ao cumprimento das seguintes obrigações, no período imprescrito até a data do ajuizamento do feito, ou seja, 22.11.2010, tendo em vista que o autor foi dispensado posteriormente:

A) Pagamento de 1 (uma) hora diária (intrajornada), até o final de 2008, nos dias efetivamente trabalhados;

B) Pagamento de 15 (quinze) minutos, como hora extra, por tempo à disposição no final da jornada, nas safras (de maio a dezembro de cada ano);

C) Pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento), calculado sobre o salário mínimo, nas safras, fixadas para os meses de maio a dezembro; e

D) Pagamento dos reflexos da média apurada nos itens acima em: férias + 1/3 e 13^{os} salários (integrals e proporcionais), FGTS (8%) e DSRs.

CRITÉRIOS DE CÁLCULOS INTEGRANTES DO DISPOSITIVO:

a) Contribuições previdenciárias: incidem sobre os títulos que a lei considera salário de contribuição, arcando cada parte com sua cota, segundo os percentuais próprios, observando-se:

a.1) o fato gerador ocorre com a efetiva disponibilidade do salário de contribuição, real sentido da expressão “liquidação da sentença”, utilizada com atecnia no Decreto n. 3.048/99, art. 276;

a.2) a base de cálculo quanto às verbas objeto da condenação corrige-se juntamente com o crédito (principal), exclusive os juros de mora, até o momento da quitação, passando a incidir, se não recolhido o encargo no prazo legal, multa e juros, conforme fixados na legislação pertinente; e

a.3) a base de cálculo, no que se refere às verbas pagas durante o contrato de trabalho reconhecido, não postuladas, portanto, na reclamação, será apurada mês a mês, retroagindo-se, pois, à época da ocorrência do fato gerador, incidindo desde então multa e juros, conforme fixados na legislação pertinente;

b) Contribuições fiscais (Imposto de Renda), incidentes sobre os títulos que a lei sujeita ao tributo, que deverá ser retido no momento do depósito ou pagamento, observando-se:

b.1) os rendimentos mensais acumulados, referentes a ano(s)-calendário(s) anterior(es) ao do recebimento, deverão ser tributados de acordo com o prescrito na Lei n. 7.713/1988, art. 12-A e parágrafos, acrescidos pelo art. 44 da Lei n. 12.350/2010 (DOU de 21.12.2010);

b.2) as férias e o 13^o salário constituirão bases de cálculo separadas, consoante a legislação tributável;

b.3) não incidem sobre férias vencidas pagas na rescisão (Súmula n. 125 do STJ); e

b.4) não incidem também sobre os juros de mora, pois estes têm natureza indenizatória, diante da mora do devedor, não sendo acréscimo patrimonial nem rendimento, nos termos da OJ n. 400 do E. TST;

c) Liquidação de acordo com a necessidade da execução, isto é, por cálculos, arbitramento ou artigos;

c.1) Os valores deverão ser atualizados até a data do efetivo pagamento, com a aplicação do índice de correção monetária correspondente ao mês seguinte (5^o dia útil do mês

subsequente ao devido) e da taxa de juros simples de 1% ao mês, contados da data do ajuizamento da ação ou, no caso de parcelas vincendas, do respectivo vencimento;

c.1.1) A atualização dos honorários periciais obedecerá à OJ — Orientação Jurisprudencial n. 198 da Seção de Dissídios Individuais 1 do Tribunal Superior do Trabalho;

d) Adicionais de horas extras de acordo com os instrumentos normativos eventualmente anexados aos autos, respeitados os limites de sua vigência e, na ausência, o legal (50%), com divisor 220 e integração pela média física (número de horas deferidas aplicado o valor do salário-hora da época própria) e a média de 4,5 semanas mensais, quando ausentes os controles de frequência;

e) Exclusão de eventuais períodos de afastamentos, faltas, férias, considerando-se,

portanto, somente os dias efetivamente trabalhados;

f) Compensação dos valores pagos aos mesmos títulos, sob pena de enriquecimento ilícito; e

g) Observação da evolução salarial, se constante dos autos, ou, na ausência, do último valor já atualizado, composta a base de cálculo por todas as parcelas de natureza salarial, inclusive gratificações diversas.

Custas pela reclamada, calculadas sobre o valor provisoriamente arbitrado à condenação, equivalente a R\$ 25.000,00, no importe de R\$ 500,00.

Intimem-se, inclusive o perito.

Rancharia, 29 de maio de 2014.

MÁRI ÂNGELA PELEGRINI,

Juíza Titular de Vara do Trabalho

1ª Vara do Trabalho de Rio Branco – AC

Processo: 0010865-77.2013.5.14.0401

Requerente: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Requeridos: ASSOCIAÇÃO DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS UNIVERSITÁRIOS DO BRASIL (APLUB), APLUB — CAPITALIZAÇÃO S.A., ASSOCIAÇÃO APLUB DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL (ECOAPLUB) e ACRE CAP PARTICIPAÇÕES LTDA.

No dia 16.6.2014, científicadas previamente e partes na forma da Súmula n. 197 do E. TST, segue o ato judicial abaixo:

SENTENÇA

I. RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO ajuizou ação civil pública em face de ASSOCIAÇÃO DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS UNIVERSITÁRIOS DO BRASIL (APLUB), APLUB — CAPITALIZAÇÃO S.A., ASSOCIAÇÃO APLUB DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL (ECOAPLUB) e ACRE CAP PARTICIPAÇÕES LTDA., com requerimentos de tutela de urgência, em decorrência da prática de diversas irregularidades trabalhistas afetas a fraudes no âmbito de relações de emprego nas atividades de promoção, distribuição e vendas de títulos de capitalização e ao meio ambiente laboral, visando à condenação das requeridas ao cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer, sob pena de multa diária, bem assim ao pagamento de indenização por dano moral individual e coletivo, bem como de indenização por *dumping* social, pelos motivos e fatos vinculados ao Id 358792.

A tutela de urgência foi concedida parcialmente, conforme decisão de Id 360235.

Em audiência, as requeridas apresentaram contestações, por meio das quais arguíram preliminares, bem como defenderam a improcedência dos pedidos, sustentando a inexistência

de relação de emprego e a ausência de substratos fáticos e jurídicos aptos à concessão de tutela inibitória e à configuração do dano moral coletivo, à existência do dano por *dumping social* e à ocorrência de dano moral individual.

O autor manifestou-se sobre as contestações e documentos apresentados pelas requeridas.

Por ocasião da audiência de prosseguimento, após a produção de provas orais, houve o encerramento da instrução, com razões finais orais. As propostas conciliatórias foram recusadas.

II. FUNDAMENTAÇÃO

NOTIFICAÇÃO – ADVOGADOS

A fim de evitar futuras nulidades, na forma da Súmula n. 427 do E. TST, conforme requerimentos nas peças de defesa, todas as notificações das requeridas ASSOCIAÇÃO DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS UNIVERSITÁRIOS DO BRASIL (APLUB), APLUB CAPITALIZAÇÃO S. A. e ASSOCIAÇÃO APLUB DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL (ECOAPLUB) devem ser destinadas ao advogado Dr. Marcelo Vieira Papaleo, portador da OAB/RS 62.546, enquanto que as notificações da requerida ACRE CAP PARTICIPAÇÕES LTDA. devem ser destinadas ao advogado Dr. ALEXANDRE LUSTOSA, OAB/PE 15656, conforme já determinado em termo de audiência (Número do documento: 14021016135022000000000469826).

ERROS MATERIAIS

Assiste razão à requerida ACRE CAP PARTICIPAÇÕES LTDA., de modo que, com base na orientação teleológica extraída dos arts. 833 e 897-A da CLT, reconheço os erros materiais (equivocos de digitação) contidos na ata da audiência de instrução, para reputá-los corrigidos nos estritos termos da petição (Id 896683).

IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA

A parte reclamante atribuiu, ao final da petição inicial, valor à causa de forma compatível com o conteúdo econômico objeto da lide, que envolve indenização por danos morais coletivo e individual, indenização por *dumping* social, bem assim o cumprimento de obrigações trabalhistas, em desrespeito aos arts. 258 e 259 do CPC combinados com o art. 769 da CLT.

Assim, rejeito a impugnação ao valor da causa.

INÉPCIA

A petição inicial apresenta os requisitos do art. 840 da CLT, inclusive com a totalidade das causas de pedir e dos pedidos devidamente delimitados, inexistindo inobservância ao art. 282 do CPC.

Além disso, a exordial não contém quaisquer vícios ou irregularidades, mesmo no tocante àquelas previstas no art. 301 do CPC, tendo propiciado o contraditório e a ampla defesa, em observância ao devido processo legal, de forma a evidenciar a compatibilidade com os princípios da simplicidade e da informalidade inerentes ao processo do trabalho.

Aliás, os pedidos formulados pela parte autora e as responsabilidades dos integrantes do polo passivo estão vinculados à matéria de mérito, exigindo uma cognição exauriente e plena.

Diante do exposto, afastos as preliminares de inépcia (art. 295, I, do CPC).

PROCEDIMENTO INADEQUADO E ILEGITIMIDADE ATIVA

Incumbe ao Ministério Público do Trabalho a defesa da ordem jurídica, do regime

democrático de direito e dos interesses sociais e indisponíveis, inclusive por meio de ação civil pública, compreendidas todas as formas de tutela admissíveis (conhecimento, antecipatória, cautelar, executória, mandamental, obrigações de fazer, não fazer, de entrega de coisa e de pagar), visando à proteção dos direitos coletivos em sentido amplo no âmbito das relações de trabalho, de modo a abranger os direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, conforme interpretação sistemática e teleológica dos arts. 127, 129, III e X, da Constituição Federal, 6º, VII, “a” e “d”, XII, 83, I e III, da Lei Complementar n. 75 de 1993, 1º, IV e 5º, I, da Lei n. 7.347 de 1985, 81, 82, I e 91, da Lei n. 8.078 de 1990, em sintonia com o posicionamento do E. STF.

Desse modo, visto que a demanda em apreço intui tutelar direitos coletivos em sentido amplo, abrangendo os difusos, coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos, de forma a alcançar os trabalhadores atuais e futuros, em decorrência das alegadas fraudes trabalhistas, do descumprimento de obrigações inerentes aos contratos de emprego e das indicadas violações ao meio ambiente laboral que se apresenta como uno e indivisível, com sustentação da ocorrência de lesão à comunidade, inclusive com reflexos prejudiciais sobre o sistema da seguridade social, da configuração de danos morais individual e coletivo, além da figura do dano por *dumping* social, é inegável a legitimidade do Ministério Público do Trabalho e a adequação da via eleita inerente ao interesse processual, ou seja, o cabimento da ação civil pública devido à pertinência entre os fatos deduzidos na petição inicial e o instrumento processual manejado.

Assim, a petição inicial não trata de direitos heterogêneos, mas sim de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, decorrentes estes últimos de origem comum (o que indica a presença de homogeneidade nos interesses envolvidos, e não de heterogeneidade).

Aliás, a demanda em apreço não corresponde a “reclamações plúrimas”, mas sim à ação civil pública, levando-se em conta, inclusive, o

ajuizamento pelo Ministério Público do Trabalho, e não pelos trabalhadores, nos moldes indicados na petição inicial, instrumento que não apresenta as características de reclamação individual, ainda que plúrima.

Acrescente-se, ainda, que, em matéria de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, o autor apresenta-se como legitimado autônomo para condução do processo, enquanto que, no que tange aos direitos individuais homogêneos, o Ministério Público do Trabalho atua como substituto processual dos trabalhadores lesados, por meio do instrumento e dos procedimentos adequados à natureza da causa e vinculados à ação civil pública, de modo que a multiplicidade de sujeitos que podem ser atingidos pelos efeitos do ato judicial é elemento peculiar inerente ao processo coletivo que beneficia o direito de defesa.

Ademais, os apontamentos em apreço estão em consonância com os princípios do amplo acesso ao Judiciário, da celeridade, da economia processual, da razoável duração do processo e da segurança jurídica, evitando a proliferação de demandas e de decisões contraditórias, com total respeito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, já que as requeridas puderam se manifestar sobre todos os elementos dos autos, de forma exaustiva, perante órgão competente, à luz do art. 114 da CF/88, não havendo violação aos incisos LII, LIV e LV do art. 5º da Carta Magna.

Por conseguinte, em sintonia com os atuais posicionamentos do E. TST e do E. STF no tocante ao conjunto de atribuições destinadas ao Ministério Público, compreendido o do Trabalho, afasto as preliminares de extinção do processo sem resolução de mérito por procedimento inadequado (art. 295, V, do CPC) e de ilegitimidade ativa (art. 295, II, do CPC).

CARÊNCIA DA AÇÃO/ILEGITIMIDADE PASSIVA

As condições da ação devem ser analisadas de forma abstrata, a partir da petição inicial, à luz da teoria da asserção.

As pretensões deduzidas na petição inicial não são vedadas pelo ordenamento jurídico (possibilidade jurídica do pedido). A indicação das requeridas como devedoras da relação jurídico-material, em razão do descumprimento de obrigações trabalhistas, é suficiente para constatar a legitimidade passiva para a causa de cada uma, tendo a legitimidade ativa sido reconhecida anteriormente.

A demanda é adequada (o meio processual é pertinente à pretensão) e necessária (a atuação do Judiciário é imprescindível diante da pretensão resistida), o que evidencia o interesse de agir.

Portanto, verifica-se a presença das condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse de agir nos aspectos adequação e necessidade).

Aliás, os pedidos formulados pela parte autora e as responsabilidades das integrantes do polo passivo (principal, solidária ou subsidiária) estão vinculados à matéria de mérito, exigindo uma cognição exauriente e plena. Diante do exposto, afasto as preliminares de carência da ação, compreendida a arguição de ilegitimidade passiva (arts. 295, I e 301, X, do CPC).

“MATÉRIA JÁ PROCESSADA PERANTE TRT DA 10ª REGIÃO – PROCESSO: 00718-2008-020-10-00-1 – SENTENÇA E ACÓRDÃO FAVORÁVEIS ÀS RECLAMADAS – IMPROCEDÊNCIA TRANSITADA EM JULGADO.”

No r. acórdão transitado em julgado, no âmbito do TRT da 10ª Região (autos 00718-2008-020-10-00-1), prevaleceu a improcedência do pedido de reconhecimento de vínculo empregatício entre os vendedores de títulos de capitalização e as requeridas que integraram o polo passivo da respectiva demanda, destacando-se a inexistência de identidade plena dos réus.

Ocorre que a causa de pedir é diversa daquela apontada na petição inicial destes autos, já que os fatos indicados no r. acórdão ocorreram

em outro Estado, ou seja, as fraudes trabalhistas apontadas não apresentam o mesmo contorno fático daquelas atreladas ao Estado do Acre.

Em acréscimo, deve ser ressaltado que se extrai do próprio acórdão que a improcedência reconhecida não deve vincular casos concretos dotados de particularidades, motivo pelo qual se chega à conclusão de que não há coisa julgada material, nos moldes do art. 103, II, da Lei n. 8.078 de 1990, nem qualquer impedimento para a livre análise meritória relativa a esta lide.

Desse modo, rejeito a alegação de “matéria já processada” perante o TRT da 10ª Região (autos 00718-2008-020-10-00-1).

NULIDADES: PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO CIVIL E APRESENTADAS COM A PETIÇÃO INICIAL

É inegável a presunção relativa de legitimidade, de legalidade e de veracidade das provas (documentos, perícias, exames, inspeções e depoimentos) colhidas em procedimentos de investigação presididos pelo membro do Ministério Público pelas seguintes razões:

1. A natureza administrativa e formal do inquérito civil ou do procedimento preparatório, que é de condução exclusiva de órgão da estrutura estatal (Ministério Público) sujeito aos princípios informativos da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF/88) e, portanto, os atos praticados estão qualificados pelo atributo de presunção de legitimidade e de veracidade dos atos administrativos;
2. O princípio da persuasão racional (livre convicção motivada) prega que cabe ao julgador ponderar as provas produzidas, não havendo sistema fechado e tarifado dotado de prévia hierarquia probante;
3. O contraditório e ampla defesa são exercidos por ocasião da contestação e da instrução processual por meio de qualquer prova admissível;
4. Os depoimentos das testemunhas, no âmbito do procedimento de investigação,

são prestados sob o compromisso de dizer a verdade, com possibilidade de configuração do crime de falso testemunho previsto no art. 342 do Código Penal, de modo que não se mostra adequado reduzir tais elementos a meras declarações particulares. Além do mais, os termos de depoimentos de testemunhas, terceiros e da parte investigada assinados pelo membro do Ministério Público do Trabalho e pelo servidor que o secretaria se apresentam como documentos públicos, dotados de presunção de veracidade e de eficácia probatória (art. 364 do CPC). Por fim, a contraposição aos depoimentos pode ser livremente exercida com a defesa e durante a instrução processual;

5. Os relatórios de fiscalização e autos de infração vinculados à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego existentes no procedimento de investigação também se revestem da condição de documento público e são alcançados pelo atributo da presunção de veracidade e de legitimidade dos atos da Administração Pública; e

6. A confissão extrajudicial realizada pela investigada tem a mesma eficácia probatória da judicial (art. 353 do CPC)⁽¹⁾.

Nesse sentido, segue acórdão oriundo do E. TST:

(...) INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. VALIDADE DAS PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. As peças de inquérito civil, promovido pelo Ministério Público do Trabalho, desfrutam de valor probante e, sem elementos que contradigam os fatos nele descritos, não podem ser ignorados como meio de prova. Sua utilização em juízo não ensejará cerceamento de defesa ou violação do devido processo legal. (TST-RR-9891400-77.2006.5.09.0015, 3ª T., Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani, DJ 3.9.2010.)

(1) MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. A prova na ação civil pública trabalhista *in* Estudos Aprofundados MPT. SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique (Coords.). Salvador: JusPodivm, 2012. p. 570-578.

Além disso, as requeridas, logicamente, tiveram acesso a todas as provas apresentadas pelo Ministério Público com a petição inicial, com possibilidade de manifestação de forma exaustiva, o que significa a observância plena do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Consequentemente, todas as provas apresentadas com a petição inicial e contidas nos inquéritos civis são lícitas, não podendo prosperar as impugnações e as arguições de nulidade realizadas pelas requeridas, as quais restam indeferidas.

PRESCRIÇÃO

Inicialmente, insta salientar que os direitos difusos e coletivos por serem indisponíveis, vinculados a pessoas indeterminadas ou apenas determináveis, e por não apresentarem feição patrimonial, não são atingidos pelo instituto da prescrição, seja a bienal ou a quinquenal, total e parcial. Rejeita-se a prejudicial de mérito no particular.

No que concerne à temática em apreço, adota-se a lição de Raimundo Simão de Melo:

A prescrição atinge direito patrimonial de quem, no prazo legal, sem razão justificada, não age na defesa dos seus interesses. Assim, não atinge a mesma os direitos e interesses metaindividuais nas modalidades difusa e coletiva, porque não têm os mesmos natureza patrimonial. Esses direitos pertencem a pessoas indeterminadas ou apenas determináveis. (...) Como justificar a prescrição da ação com relação a uma empresa que, v. g., há mais de dez anos não cumpre determinada norma referente à segurança, higiene e medicina do trabalho e, acionada perante a Justiça do Trabalho, mediante pleito de cumprimento e de implementação de condições de trabalho salubres, argui a prescrição quinquenal do art. 7º, inciso XXIX, da CF, a seu favor? Seria mesmo um verdadeiro absurdo ou teratologia jurídica o acolhimento da preliminar nesse sentido!

O mesmo raciocínio é válido para decadência. Desse modo, não há falar em prescrição ou decadência com relação às obrigações de fazer, de não fazer e de suportar referentes aos interesses difusos e coletivos, inclusive com referência à reparação genérica por danos morais e/ou materiais irreparáveis, causados a tais interesses.⁽²⁾

No tocante aos direitos individuais homogêneos, que apresentam caráter patrimonial (direitos trabalhistas pecuniários contratuais e rescisórios, bem como indenização por dano moral individual), por serem divisíveis e vinculados a pessoas determinadas, verifica-se a incidência da prescrição.

Nesse sentido, a abordagem de Raimundo Simão de Melo:

Diferentemente ocorre no tocante às ações coletivas (CDC, 91) atinentes à reparação dos danos individualmente sofridos pelos trabalhadores, os quais, pela Constituição Federal de 1988 (art. 7º, inciso XXIX, letras a e b), submetem-se à prescrição quinquenal durante a vigência do contrato de trabalho e bienal, após a extinção do mesmo.⁽³⁾

Diante do exposto, considerando que a ação foi ajuizada no dia 2.12.2013, reconheço a prescrição quinquenal, com base no art. 7º, XXIX, da Carta Magna, no que se refere às pretensões concernentes a interesses individuais homogêneos (direitos trabalhistas pecuniários contratuais e rescisórios, bem assim indenização por dano moral individual) com vencimento anterior a 2.12.2008, nos termos do art. 269, IV, do CPC combinado com o art. 769 da CLT, sem o prejuízo da análise de eventuais impedimentos, causas interruptivas e suspensivas da prescrição em cada caso concreto, por ocasião da liquidação/execução individual, devido ao caráter genérico do ato judicial nestes referidos aspectos, a teor do art. 95 da Lei n. 8.708 de 1990.

(2) MELO, Raimundo Simão de. *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 183.

(3) *Ibidem*, p. 184.

Além do mais, reconheço a prescrição bienal, com base no art. 7º, XXIX, da Carta Magna, no que diz respeito às pretensões vinculadas a interesses individuais homogêneos (direitos trabalhistas pecuniários contratuais e rescisórios, bem assim indenização por dano moral individual) atinentes aos contratos de emprego extintos antes de 2.12.2011 (considerado como termo final do pacto laboral o término da projeção do aviso-prévio, seja trabalhado ou indenizado), nos termos do art. 269, IV, do CPC combinado com o art. 769 da CLT, sem o prejuízo da análise de eventuais impedimentos, causas interruptivas e suspensivas da prescrição em cada caso concreto, por ocasião da liquidação/execução individual, devido ao caráter genérico do ato judicial nestes referidos aspectos, a teor do art. 95 da Lei n. 8.708 de 1990.

No entanto, acrescente-se, ainda, que a prescrição não atinge as pretensões de natureza declaratória nem aquelas vinculadas a anotações em carteira de trabalho e previdência social (art. 11 da CLT).

RELAÇÃO DE EMPREGO, OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS E RESPONSABILIDADES DAS REQUERIDAS

O autor requereu o reconhecimento do vínculo empregatício dos vendedores/distribuidores de título de capitalização denominado ACRE-CAP LEGAL, contratados pela requerida ACRECAP PARTICIPAÇÕES LTDA. para comercialização de produtos emitidos pelas demais requeridas, sustentando a existência de grupo econômico e de terceirização ilícita.

As requeridas defenderam a inexistência de vínculo empregatício, alegando que os vendedores/distribuidores são autônomos que celebram contratos de prestação de serviços.

Inicialmente, insta destacar a presunção de legalidade, de legitimidade e de veracidade das provas colhidas em sede de inquérito civil e de procedimento preparatório, bem como dos autos de infração e de relatórios de fiscalização

da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego, em conformidade com o disposto no tópico “NULIDADES: PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO CIVIL E APRESENTADAS COM A PETIÇÃO INICIAL”.

Por meio do auto de infração n. 025235451 acostado aos autos, vislumbra-se que a fiscalização promovida pela Superintendência Regional do Trabalho e Emprego, nos momentos e nos locais de labor dos vendedores/distribuidores de título de capitalização, apontou a prática da seguinte irregularidade pela ACRE CAP PARTICIPAÇÕES LTDA.: “admitir ou manter empregado sem o respectivo registro em livro, ficha ou sistema eletrônico competente”, senão vejamos:

“empregador acima qualificado manter empregados laborando na via pública, em tendas com uma cadeira e uma mesa. Nas tendas é visível o telefone do empregador e sua sua denominação. No levantamento físico em anexo, verificou-se que ESTAVAM PRESENTES OS REQUISITOS FORMAIS DE FATO TAIS COMO: 1 – Salário, os empregados recebem R\$ 1,00 por cada título vendido e que em média vendia de 30 a 50 por dia, quando tinham uma boa venda; 2 – Jornada, laboravam de quinta-feira a domingo, das 08 h às 18 h, com 2 horas de intervalo para se alimentar e descansar, quando eram recolhidos por distintos, que segundo os laboristas levavam e traziam as cartelas para a venda; 3 – Subordinação, embora haja a presença dos distribuidores, relatados pelos laboristas, a sua existência não descarta a ligação dos empregados e a empresa, pois mesmo que se permitisse a terceirização, a mesma não poderia ser aceita numa atividade-fim, podendo apenas ser efetivada na atividade-meio. ELEMENTOS DE CONVICÇÃO: VERIFICAÇÃO FÍSICA NO DIA 13.6.2013, CONSTATAÇÃO DE QUE NÃO FORAM REGISTRADOS, POIS A EMPRESA APENAS REGISTROU 3 EMPREGADOS EM SEU ESCRITÓRIO.”

Por meio dos diversos trabalhadores que prestaram declarações no âmbito do inquérito civil, conforme documentação acostada aos autos, constata-se a execução de serviço por determinado período durante a semana, mediante remuneração por título de capitalização comercializado.

A primeira testemunha apresentada pela(s) requerida(s) informou, em seu depoimento, que vende há três anos títulos de capitalização aos sábados e domingos, mediante a remuneração de 10% (dez por cento) por cartela comercializada, que equivale a R\$ 1,00 (um real), com a prestação de contas, tendo permanecido por um ano meio realizando a referida atividade em tendas, de forma fixa.

O fato de a primeira testemunha ter relatado que vende outros produtos desvinculados das requeridas não altera o contexto fático-jurídico, uma vez que a exclusividade não é requisito da relação de emprego, bem como não é vedada pelo ordenamento jurídico a existência de mais de um contrato de trabalho no mesmo período.

Ademais, a afirmação da testemunha mencionada no parágrafo anterior no sentido de que repassava as vendas dos títulos de capitalização para sua cunhada, quando estava doente ou indisposta, não descaracteriza a pessoalidade na execução do serviço, pois além de a substituição não se apresentar de forma ordinária, as requeridas não podem se beneficiar da própria torpeza, de modo que eventuais substituições não têm o condão de afastar o vínculo empregatício, mas, pelo contrário, abrem a possibilidade de formação, expressa ou tácita, de contrato de emprego com o substituto, acaso presentes os elementos fático-jurídicos empregatícios também no particular.

Acrescente-se, ainda, que o trabalho executado aos finais de semana, durante toda a semana ou em parte da semana, já configura a não eventualidade correspondente à habitualidade traduzida pela repetição da atividade laboral no tempo, de modo a atender à permanente

necessidade do tomador de serviço. Logo, a não eventualidade não se confunde com a continuidade (labor sem interrupção) típica da relação de emprego doméstica.

Além do mais, a inexistência de controle de horário de trabalho não afasta a relação de emprego, já que tal hipótese é contemplada pela própria CLT em seu art. 62, ao que se acresce que a fiscalização decorre da sistemática de prestação de contas e conferência.

A segunda testemunha arrolada pela(s) requerida(s) relatou que, além de vender os títulos de capitalização em sua lanchonete, cadastra o ponto de atuação dos demais vendedores, inclusive com comissão sobre as vendas realizadas por estes, mediante pagamento direto da requerida ACRE CAP PARTICIPAÇÕES LTDA.; que as vendas podem ocorrer durante toda a semana; que não repassa a venda para pessoas físicas; que trabalha na região da Avenida Antônio da Rocha Viana com a Avenida Ceará; e que a Sra. Dalziane Araujo da Silva realiza vendas de título de capitalização ACRECAP.

Diante do exposto, levando-se em conta o conjunto probatório anteriormente indicado, chega-se à conclusão de que os vendedores/distribuidores realizam a comercialização de títulos de capitalização, durante toda a semana ou em parte da semana, de forma pessoal, mediante contraprestação equivalente a percentual sobre as cartelas vendidas, o que é suficiente para indicar a presença dos elementos inerentes à relação de emprego: não eventualidade (habitualidade), subordinação jurídica estrutural (realização de tarefa inserida na dinâmica organizacional e de funcionamento do empregador, cujo objeto social compreende a venda de produtos), pessoalidade (forma pessoal sem substituição ordinária por outro trabalhador) e onerosidade (recebimento de salário), na forma dos arts. 2º e 3º da CLT, também a teor do princípio da primazia.

No tocante à subordinação jurídica estrutural, seguem as lições de Mauricio Godinho Delgado:

A readequada conceituação da subordinação — sem perda de consistência das noções já sedimentadas, é claro —, de modo a melhor adaptar este tipo jurídico às características contemporâneas do mercado de trabalho, atenua o enfoque sobre o comando empresarial direto, acentuando, como ponto de destaque, a inserção estrutural na dinâmica do tomador de seus serviços. Estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.⁽⁴⁾

Aliás, o empregado não deve ser excluído da proteção dos direitos fundamentais específicos e inespecíficos previstos nos arts. 5º e 7º da Constituição Federal de 1988, ressaltando-se que é vedada a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, em sintonia com a proibição da discriminação, com o princípio da isonomia e com a dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, 3º IV, 5º e 7º, XII).

Dessa forma, à luz do princípio da primazia da realidade, os contratos de prestação de serviços elaborados pelas tomadoras apresentam como objetivo dissimular a relação de emprego, fomentando a informalidade, o que é ratificado pelo depoimento da primeira testemunha indicada pelas requeridas, quando afirma que há três anos labora sem anotação na carteira de trabalho e previdência social.

Portanto, contratos de corretagem, de agenciamento, de microempreendedores, de consignação ou estimatórios, assim como a constituição de empresa individual, de pessoa jurídica (pejotização), de sociedade (socialização) ou o uso de qualquer figura do direito civil, empresarial, econômico ou de

outro ramo das ciências jurídicas, não têm o condão de afastar as relações de emprego, quando presentes os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT, à luz do princípio da primazia da realidade, de modo que tais suportes jurídicos são eivados de nulidade, pois o art. 9º da CLT preceitua que “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Nesse sentido, o r. acórdão precisamente citado pelo Ministério Público do Trabalho na petição inicial:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CORRETOR DE SEGUROS.VÍNCULO EMPREGATICIO. Inexiste violação direta do art. 17, “b”, da Lei n. 4.594/64, quando a Corte Regional deixa de aplicá-lo com esteio no princípio de que a ninguém é dado argüir a ‘própria torpeza para exonerar-se dos ônus decorrentes de sua conduta *contra legem*’, estando presentes, em relação ao prestador de trabalho, os requisitos de pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade. Agravo de instrumento a que se nega provimento. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista no TST-AIRR-724.471/01.8, em que são Agravantes BRADESCO PREVIDÊNCIA E SEGUROS S.A. e OUTRO e Agravado JÚLIO CÉSAR PEREIRA LIMA. PROCESSO: AIRR NÚMERO: 724471 ANO: 2001 PUBLICAÇÃO: DJ 8.2.2002 ACÓRDÃO 5ª TURMA GA/DTB. GELSON DE AZEVEDO Ministro relator.

Por conseguinte, as normas infraconstitucionais, ainda que proibitivas, não podem prevalecer sobre os ditames constitucionais, internacionais de direitos humanos e sobre o princípio da primazia da realidade.

A questão atinente ao vínculo empregatício dos vendedores/distribuidores de títulos de capitalização, diante das peculiaridades do caso concreto, apresenta-se como de extrema relevância social, cuja disciplina normativa definida apresentará impacto sobre toda uma categoria de trabalhadores que pode ou não ser atingida pelos efeitos nefastos da informalidade

(4) DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XVI, n. 31, p. 45-46, mar. 2006.

e, ao seu reboque, outras classes de obreiros vinculados a diversas atividades econômicas também serão lesadas em descompasso com o trabalho decente pregado pela Organização Internacional do Trabalho⁽⁵⁾.

Tais lesões são implementadas mediante simples “maquiagem” caracterizada pela alteração do *modus operandi* do empregador, com pequenos novos enxertos (ou antigos ressuscitados com novas roupagens) e técnicas de gestão baseadas exclusivamente no lucro e voltadas à supressão da rede de protetiva do Direito do Trabalho, sem preocupação com a concretude dos direitos humanos e fundamentais.

As fraudes trabalhistas são encobertas pelo discurso sofista da inclusão do indivíduo, sob uma variedade criativa de rótulos (prestador de serviço, colaborador, microempendedor, autônomo e outros mais), que prega o combate ao desemprego e o acesso à renda (que na realidade corresponde a qualquer renda), sem sequer alcançar o salário mínimo, porém, sempre acarretando a majoração dos resultados dos tomadores de serviços, os quais não se importam com a dignidade do trabalhador.

A venda de títulos de capitalização, na forma sistematizada no caso concreto, diferentemente do apreçoado pelas requeridas, não

(5) Nesse sentido, as lições de Christiana D’arc Damasceno Oliveira: “A relevância do primado do trabalho é, pois, evidente, o que não se cinge à seara meramente individual, resvalando para a esfera de interesse da ordem pública, ante o estuário já mencionado. Mas não se trata de qualquer trabalho. Trabalho digno, decente, pleno, saudável. Para a OIT, trabalho decente pode ser concebido como um trabalho produtivo e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, em que sejam respeitados os direitos fundamentais e que garanta uma vida digna a todas as pessoas que vivem do trabalho e a suas famílias, assim também proteção social quando não pode ser exercido (desemprego, doença, acidentes, entre outros), permitindo satisfazer as necessidades pessoais e familiares de alimentação, educação, moradia, saúde, e segurança, englobando ainda o direito à representação e à participação no diálogo social.” OLIVEIRA, Christiana D’arc Damasceno Oliveira. (O) *Direito do trabalho contemporâneo: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 474.

transforma os trabalhadores em reais micro-empendedores ou grandes empresários, mas os retira de um espectro de proteção social e contraria os objetivos da República Federativa do Brasil: construção de uma sociedade livre, justa e solidária; erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais e regionais; promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; e garantia do desenvolvimento nacional, logicamente, em consonância com as premissas anteriores (art. 3º, I a IV, da CF/88).

No que toca ao tema, segue a brilhante análise de Christiana D’arc Damasceno Oliveira, com base em Joaquín Herrera Flores:

Pontua Joaquín Herrera Flores: “Frente a fatos novos, novas formas de resistência”. O atual panorama laboral, complexo e multiforme, demonstra o aparecimento paulatino de novas figuras e novas reivindicações, que têm sido deduzidas na Justiça do Trabalho nem sempre com referida nomenclatura, mas constantemente com similar essência, a evidenciar que a legislação ordinária específica frequentemente não acompanha a dinâmica das relações, embora a apresentação das pretensões encontre respaldo em normas e princípios inseridos na Constituição Federal e na interpretação sistemática e teleológica do ordenamento. Há ainda direitos que, embora não se tenham originado recentemente do processo globalizante e das constantes modificações tecnológicas, ressurgem sob o manto de demandas anteriores com aparência renovada.⁽⁶⁾

A respeito da morfologia das fraudes nas relações de trabalho, Ronaldo Lima dos Santos aponta com precisão:

Neste patamar residem, entre outros, os fundamentos do Direito do Trabalho: por

(6) OLIVEIRA, Christiana D’arc Damasceno Oliveira. (O) *Direito do trabalho contemporâneo: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 110.

um lado um instrumento garantidor de justiça social e de direitos fundamentais e, por outro, um marco limitador imposto pelo próprio regime capitalista para o intrínseco sistema de exploração do trabalho alheio. Trata-se de um corpo normativo concomitantemente anticapitalista e capitalista, posto que, ao mesmo tempo em que se fortaleceu pela atuação de movimentos anticapitalistas, também encontrou defesa naqueles que temiam o fim do próprio sistema. Numa perspectiva freudiana poder-se-ia metaforizar que o Direito do Trabalho constituiu um instrumento limitador da pulsão de exploração e coisificação da pessoa do trabalhador pelos empregadores, adotado pelo próprio superego do capitalismo diante das ameaças à sua subsistência.

Relevante assinalar que, contrariamente aos argumentos sobre a necessidade de diminuição do custo do valor trabalho como forma de conceder competitividade às empresas, a fraude nas relações de trabalho decorre mais de uma herança escravista da sociedade brasileira, que gerou uma cultura de exploração e aviltamento das pessoas dos trabalhadores, do que uma necessidade econômica em face de fenômenos como globalização e concorrência externa. Os países com economias mais sólidas e competitivas são aqueles nos quais trabalhadores possuem amplas garantias sociais e trabalhistas e, coincidentemente, sociedades mais igualitárias.

Não se pode negar o caráter pessoal (e não econômico) do cometimento da fraude nas relações de trabalho. Assim como quase a totalidade dos ilícitos penais não ocorrem por um estado de necessidade ou legítima defesa, mas por motivações pessoais do agente, a fraude nas relações de trabalho baseia-se muito mais no caráter usuário do empregador que almeja maior aferição econômica por meio do aumento da mais-valia e da mercantilização do labor.

(...) Dentro desta dinâmica, de um modo geral, o instituto da fraude nas relações de trabalho consiste num pernicioso instrumento de tentativa de mercantilização do labor, consistente no emprego de métodos, procedimentos, condutas e mecanismos jurídico-formais que, por intermédio da concessão de uma roupagem jurídica fictícia a uma relação de emprego, visam obstar, no todo ou em parte, a imputação da legislação trabalhista e a observância dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores.⁽⁷⁾

O princípio da proibição do retrocesso social, consagrado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)⁽⁸⁾ e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁽⁹⁾ da Organização das Nações Unidas (ONU), abrange dois aspectos: a) o comando para melhorar a estrutura protetiva da pessoa humana (progressividade); e b) a vedação a medidas ilegítimas de natureza supressiva, redutora ou restritiva que alcancem posições jurídicas diretamente vinculadas aos direitos fundamentais

(7) SANTOS, Ronaldo Lima dos. Morfologia da fraude nas relações de trabalho. In: *Estudos Aprofundados MPT*. SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique (Coords.). Salvador: JusPodivm, 2012. p. 275-276.

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

(9) O art. 11, § 1º, da referida norma dispõe que "os Estados-partes do presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de duas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre convencimento".

no plano constitucional ou, ainda, no plano infraconstitucional após concretizadas, ou seja, depois de atingir determinado grau de realização.

Aliás, extrai-se do art. 7º, *caput*, da CF/88, que os direitos destinados aos trabalhadores e previstos nos incisos do referido dispositivo não excluem outros que visem à melhoria da condição social.

Dessa maneira, a exclusão dos vendedores e distribuidores de título de capitalização, consoante sistemática delineada no caso concreto, da rede protetiva do Direito do Trabalho, sedimentada nos planos constitucional e infraconstitucional, além de configurar prática discriminatória vedada pela Convenção n. 111 da OIT, acarreta o retrocesso social inadmissível na República Federativa do Brasil, em decorrência da ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, bem assim em função do disposto no art. 7º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Assim, não devem ser acolhidas as teses das requeridas consubstanciadas em retrocesso social, mas sim adotar a progressividade, que, a partir das lições de Christiana D'arc Damasceno Oliveira, verifica-se ser fundada na “tendência de expansão do patrimônio jurídico” caracterizada pelo acréscimo (alteração quantitativa), ao rol já existente, de direitos fundamentais em decorrência das diferentes necessidades históricas vinculadas a lutas e insatisfações, bem assim pela alteração qualitativa quanto ao significado, alcance e sentido atribuídos aos direitos ao longo do tempo.⁽¹⁰⁾

No estágio atual, em que se discute a possibilidade de extensão do alcance do Direito do Trabalho, de modo a propiciar uma existência digna à pessoa humana nas diversas formas laborais, mediante a denominação de “trabalhador sem adjetivo”, mostra-se injusto e

inadmissível excluir da tutela do referido ramo do Direito aqueles que se apresentam ativados ao tomador de serviço por meio de subordinação estrutural e de dependência econômica.

Consequentemente, com espeque nos arts. 2º, 3º e 9º, da CLT, reconheço as relações de emprego entre os vendedores/distribuidores de títulos de capitalização e as requeridas, cabendo a estas os devidos registros e anotações nas carteiras de trabalho e previdência social, nos moldes dos arts. 29 e 39 da CLT.

O conceito de grupo econômico no âmbito das relações de trabalho é destacado pelo Ministro Mauricio Godinho Delgado:

“O grupo econômico aventado pelo Direito do Trabalho define-se como a figura resultante da vinculação justraballhista que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta ou indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho, em decorrência de existir entre esses entes laços de direção ou coordenação em face de atividades industriais, comerciais, financeiras, agroindustriais ou de qualquer outra natureza econômica.”⁽¹¹⁾

Cabe salientar que, no presente caso, as requeridas ASSOCIAÇÃO DOS PROFISIONAIS LIBERAIS UNIVERSITÁRIOS DO BRASIL (APLUB), APLUB — CAPITALIZAÇÃO S.A. e ASSOCIAÇÃO APLUB DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL (ECOAPLUB), na contestação apresentada em conjunto, nem sequer impugnam, de forma específica, a existência de grupo econômico entre elas, figura esta que se presume verdadeira, a teor do art. 302 do CPC, o que é ratificado, inclusive, pela representação pelo mesmo preposto em todas as audiências realizadas e pela utilização da mesma denominação “APLUB”.

Passa a ser analisada a questão atinente à inclusão da requerida ACRE CAP PARTICIPAÇÕES LTDA., como integrante também do grupo econômico formado pelas demais.

(10) OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno, ob. cit., p. 316.

(11) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: LTr, 2002. p. 386.

Por meio do contrato de distribuição entre APLUB — CAPITALIZAÇÃO S.A. e ACRE CAP PARTICIPAÇÕES LTDA. (documento: 1402092111547650000000467678), nota-se a intensa ingerência da primeira sobre a segunda.

A cláusula 7.1 do contrato anteriormente mencionado dispõe que “Este acordo é celebrado em caráter de exclusividade pela ACRE CAP em relação à APLUBCAP, na região descrita no item 2.1, não podendo a ACRE CAP participar de qualquer forma de negócio jurídico igual ou semelhante ao aqui ajustado durante sua vigência, na região acima definida”, que corresponde à microrregião de Rio Branco-AC.

Já a cláusula 13 do contrato em apreço permite à ACRE CAP a utilização da denominação social, logotipo e assemelhados de propriedade ou posse da APLUBCAP em material publicitário para atender aos objetivos do acordo.

Ademais, em sede de contestação, restou reconhecido que “A APLUB CAPITALIZAÇÃO S/A. apenas vendeu para a empresa ACRE CAP PARTICIPAÇÕES LTDA. títulos de capitalização com direito de sorteio (e reversão em caso de não contemplação em favor da terceira requerida), sendo a quarta requerida a real responsável pela circulação do produto”, bem como que “A empresa ACRE CAP PARTICIPAÇÕES LTDA., é a responsável pela distribuição do “ACRE CAP LEGAL”, título de capitalização na modalidade popular”.

Logo, é inegável a comunhão de negócios entre as requeridas, com aproveitamento da mão de obra para a concretização das atividades econômicas, por meio da conjugação de esforços, propiciando a emissão, distribuição e comercialização de títulos de capitalização, inclusive com exclusividade e com a possibilidade de uso comum de denominação social e de logotipo, a fim de ampliar os lucros e de maximizar os resultados.

Assim, evidencia-se a vinculação jurtrabalhista, seja por laços de subordinação ou de coordenação, entre as integrantes do polo

passivo, de modo a caracterizar a figura do grupo econômico, acarretando a responsabilidade solidária das requeridas, na forma do art. 2º, § 2º, da CLT.

Devido ao reconhecimento da figura do grupo econômico com alcance de todas as requeridas, a terceirização não se mostra compatível com o caso concreto.

De qualquer forma, consoante Súmula n. 331 do TST, a terceirização da atividade-fim é vedada, além de que os serviços prestados com subordinação jurídica e pessoalidade acarretam a formação do vínculo empregatício diretamente com o tomador.

Consequentemente, as requeridas devem se abster de contratar trabalhadores que lhe prestam serviços diretos e subordinados ou inerentes às suas atividades finalísticas por intermédio de qualquer empresa, criada ou utilizada para tal fim, ou de qualquer outra prestadora de serviços ou corretora.

No mais, os autos de infração n. 025235460 e n. 025235478, lavrados pela fiscalização trabalhista e acostados aos autos, indicam as seguintes irregularidades: “deixar de manter instalações sanitárias ou manter instalação que não sejam separadas por sexo” e “deixar de garantir suprimento de água potável e fresca em quantidade superior a 250 ml por hora/homem trabalho”, o que aponta violação às determinações previstas na Norma Regulamentar (NR) n. 24 do Ministério do Trabalho e Emprego e, consequentemente, ao meio ambiente de trabalho sadio e equilibrado (arts. 7º, XXII, 200, VIII e 225, §3º, da CF/88).

Assim, quanto ao requisito do ato administrativo denominado motivo, que consiste na situação de fato ou de direito que impulsiona a atuação do agente na prática do ato, constata-se, no presente caso, a inquestionável conexão entre os fundamentos existentes e totalmente compatíveis com a realidade (descumprimento da legislação trabalhista) e o objetivo pretendido pela Administração (fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção

ao trabalho com a correta autuação e aplicação da multa).

Os atos administrativos em apreço se apresentam válidos e eficazes, em total sintonia com os arts. 626 e 628 da CLT, com os princípios informativos da Administração Pública (Legalidade, Moralidade, Eficiência, Impessoalidade e Publicidade — *caput* do art. 37 da CF/88) e com o art. 2º da Lei n. 9.784 de 1999, uma vez que os seus requisitos se mostram incólumes (competência, forma, objeto, motivo e finalidade), não se vislumbrando nos autos qualquer indicativa que afaste a veracidade e legitimidade da atuação fiscalizatória e configure ilegalidade ou abuso de direito.

No que diz respeito à temática abordada, seguem os julgados:

ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* DE LEGALIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROVA. Não comprovando a autora os fatos que alega para afastar a presunção de legalidade do ato administrativo, permanece a presunção (...). (TRF 1ª R., AC 01121632, 4ª T., relª. Juíza Eliana Calmon, *v. u.*, DJU 24.9.1990, p. 22.066).

(...) IV – Não tendo a parte logrado êxito em demonstrar a ilegalidade do ato emanado da autoridade fiscalizadora e tampouco em provar que as razões apontadas nos autos de infração impugnados eram destituídas de fundamento, presumem-se legítimos os atos administrativos (...). (AC 31824915999, 6ª T., rel. Juiz Sérgio Schwaitzer, *v. u.*, DJU 25.6.2003, p. 269.)

Por conseguinte, devem as requeridas propiciar aos trabalhadores água potável da forma correta e instalações sanitárias adequadas, em conformidade com as Normas Regulamentares do Ministério do Trabalho e Emprego.

No que tange ao labor em logradouros e vias públicas, o art. 22 do Decreto n. 70.951/1972, que regulamenta a Lei n. 5.768/71, dispõe o seguinte:

Art 22. Os cupons sorteáveis serão distribuídos exclusivamente nos estabelecimentos da

empresa autorizada vedada sua distribuição em logradouros e vias públicas.

Não há razão para tratamento diferenciado nos casos de vendas de título de capitalização, seja por ambulantes ou por aqueles que permanecem em tendas nas ruas de Rio Branco-AC, pois a teologia extraída do art. 22 do Decreto n. 70.951/72 se adequa ao suporte fático respectivo.

Aliás, consoante elementos juntados aos autos, nota-se, por meio do inquérito civil n. 000037.2013.14.001/5, notícia no sentido de que duas pessoas foram presas por roubar com uso de arma de fogo (revólver 38) numerário de uma vendedora das requeridas, oriundo da comercialização de cartelas de títulos de capitalização, no posto de venda localizado no Auto Posto Amapá, na Via Chico Mendes, em Rio Branco – AC, em 3.6.2013, por volta das 13 h.

A comercialização de títulos de capitalização implica o contato do trabalhador com dinheiro em espécie, em valor considerável, estando exposto indevidamente aos riscos inerentes à guarda e ao transporte de numerários, sujeito, inclusive, aos crimes de roubo, furto, sequestro e homicídio, além de outros, o que afronta os direitos à vida, à segurança, à integridade física, à higidez psíquica, a condições dignas de labuta e ao meio ambiente de trabalho sadio e equilibrado (arts. 1º, III e IV, 6º, 7º, XXII, da Constituição Federal de 1988, 5º, V e X, 225, 200, VIII, da Constituição Federal, Convenção Americana sobre Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos — OEA, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas — ONU e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas — ONU).

Logo, a interpretação sistemática do texto constitucional indica que o princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF/88) não resta violado, mas sim devidamente observado, ao se proibir o trabalho nas vendas e distribuições

de títulos de capitalização em vias públicas e logradouros.

Acrescente-se, ainda, que se pode extrair do princípio da precaução, que tem origem na Declaração do Rio de 1992, a necessidade de observância da “conduta de menor risco em contextos de relativa imponderabilidade científica”, consoante ensinamentos de Guilherme Guimarães Feliciano⁽¹²⁾.

Portanto, as requeridas devem se abster de permitir, tolerar ou exigir o trabalho dos vendedores/distribuidores de título de capitalização, em logradouros e vias públicas, cabendo a estas propiciar aos trabalhadores estrutura adequada para o desenvolvimento das atividades laborais.

O trabalho de menor de 18 anos para as requeridas comprovado por meio de vídeo, do documento Id 360031, pelas provas acostadas aos autos e produzidas no âmbito de inquérito civil, com reconhecimento nas razões finais apresentadas pela(s) requerida(s), na venda, promoção e distribuição de títulos de capitalização, inclusive em logradouros e vias públicas, afronta o princípio da proteção integral e o direito social à tutela da infância e da adolescência, por submissão a atividades prejudiciais à sua formação e ao desenvolvimento físico, psíquico, moral e social, o que aponta violação aos arts. 6º, 24, XV, 203, I e II, 227 da CF/88; 405, II, § 2º e 407 da CLT; 67, III, da Lei 8.069 de 1990, Convenções 132 e 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e Decreto n. 6.481 que instituiu as piores formas de trabalho infantil, conhecida como lista TIP, motivo pelo qual as integrantes do polo passivo devem se abster de tal prática.

O quadro fático qualificado por diversas condutas ilícitas das requeridas na seara trabalhista é suficiente para justificar a necessidade de concessão de tutela inibitória fundada nos arts. 461 do CPC e 84 da Lei 8.078 de 1990,

(12) FELICIANO, Guilherme Guimarães. Tutela inibitória em matéria labor-ambiental. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 77, n. 4, p. 144, out./dez. 2011.

uma vez que esta tem como escopo evitar a ocorrência, repetição ou continuidade do ilícito, inclusive independentemente da existência de dano, de modo a concretizar a prevenção, por meio de mecanismos que desestimulem o empregador a lesar os direitos específicos e inespecíficos de seus trabalhadores, garantindo um meio ambiente laboral hígido.

Quanto ao tema, imprescindível transcrever a ementa do E. TRT da 14ª Região citada pelo Ministério Público do Trabalho:

TUTELA INIBITÓRIA. PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. NECESSIDADE DE PREVENÇÃO DO DANO. O amparo jurídico para a concessão da tutela inibitória está no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, devendo ser mencionados, ainda, os arts. 11, da Lei da Ação Civil Pública, e 461 do Código de Processo civil, como dispositivos legais que fundamentam o pedido de tutela inibitória. A tutela inibitória tem caráter eminentemente preventivo, visto que impede que o direito seja lesado, dando oportunidade para que o Poder Judiciário conceda tutela na sua forma mais específica possível. (TRT 14ª Região. Processo n. 00737.2005.005.14.00-0. Relatora Exma. Desembargadora Maria Cesarineide de Souza Lima, DOJT n. 163, de 4.9.2006.)

Outrossim, é importante destacar o estudo de Raimuno Simão de Melo sobre o tema:

A tutela inibitória deve ser mantida pelo juiz mesmo na hipótese de o réu demonstrar no processo o cumprimento de uma determinada obrigação de fazer ou não fazer, quer dizer, a adequação da conduta empresarial não pode levar à extinção do processo sem julgamento do mérito, como em alguns casos tem acontecido, porque a empresa demonstra o cumprimento da obrigação hoje e amanhã pode voltar a descumpri-la. Neste caso, teria que ser ajuizada outra medida judicial, com perda de tempo, de dinheiro e de atos processuais desnecessários.⁽¹³⁾

(13) MELO, Raimundo Simão de. *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 189-190.

Ainda é pertinente mencionar o recente posicionamento do E. TST:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA INIBITÓRIA. EFICÁCIA. A tutela inibitória encontra respaldo nos arts. 84 da Lei n. 8.078/90 e 461, § 4º, do CPC, e tem por escopo evitar a prática de atos futuros, reputados ilícitos ou danosos, assegurando assim o efetivo cumprimento da tutela jurisdicional intentada. É, assim, instituto posto à disposição do juiz pelo legislador, justamente para prevenir o descumprimento da lei. Portanto, é permitida a utilização da tutela inibitória para impor uma obrigação de não fazer bem como para prevenir a violação ou a repetição dessa violação a direitos. Nesse diapasão, mesmo quando é constatada no curso do processo a cessação do dano, não se mostra plausível deixar de aplicar o instituto da tutela inibitória para prevenir o descumprimento da determinação judicial e a violação à lei, em face de eventuais consequências da condenação que alcance o período da irregularidade. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento. (Autos RR 61800-98.2007.5.17.0191, Min. rel. Exmo. João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, TST, Publicação DEJT 13.9.2013.)

O trabalho é previsto no texto constitucional como fundamento da República Federativa do Brasil e da ordem econômica e financeira, ligado diretamente à busca do pleno emprego e ao cumprimento da função social da propriedade, além de ser indicado como base da ordem social (arts. 1º, IV; 5º, XXIII; 170, *caput*, III, VIII; e 193, *caput*, da Constituição Federal).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, o Anexo da Constituição e as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em especial aquelas de ns. 111, 148, 155 e 161, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969, dentre outros instrumentos de origem internacional, dispõem sobre a tutela à dignidade humana, à saúde e à

proibição de tratamento discriminatório, os quais se vinculam aos direitos humanos⁽¹⁴⁾.

O art. 3, “d”, da Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) estipula que “o termo saúde, em relação com o trabalho, abrange não somente a ausência de afecções ou de doença, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e higiene no trabalho”.

Nessa linha, merece destaque a lição do Magistrado Adelson Silva dos Santos:

(...) a saúde e a segurança do trabalhador estão no conteúdo essencial do direito fundamental ao ambiente do trabalho equilibrado. Este é um dos aspectos do ambiente geral cuja higidez é essencial à sadia qualidade de vida da pessoa humana do trabalhador (direito à vida digna). Então, a adequação do ambiente laboral se traduz na vida saudável e segura do trabalhador nas relações de trabalho, com reflexos em todos os âmbitos de vida em que se move.⁽¹⁵⁾

É importante destacar que, com base nas lições de Immanuel Kant⁽¹⁶⁾ e na Declaração de Filadélfia de 1944, que constitui um Anexo à Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), da qual a República Federativa do Brasil é integrante, o ser humano, compreendido também na sua especificidade de trabalhador, é um fim em si mesmo, e não um meio ao arbítrio de terceiros, além de que o trabalho não é mercadoria.

(14) O Pacto de São José da Costa Rica foi incorporado ao sistema de direito positivo interno do Brasil pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992; o Pacto de Direitos Civis e Políticos ingressou no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992; e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais passou a integrar a ordem jurídica nacional pelo Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992.

(15) SANTOS, Adelson Silva dos. *Fundamentos do Direito Ambiental do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 169.

(16) KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. 1. reimp. Trad. Leopoldo Bach. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 102.

O surgimento do Direito do Trabalho está diretamente ligado à evolução da concepção de dignidade da pessoa humana, no sentido de que o ser humano deve ser considerado um fim em si mesmo, e não um elemento mercadológico.

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

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

Nesse contexto, se o Direito do Trabalho tem sua origem justamente na necessidade de imposição de condições dignas de trabalho, logicamente, deve servir como instrumento de efetivação da dignidade da pessoa humana, o que depende da concretização dos direitos sociais trabalhistas, a fim de que seja obtida a igualdade material por meio da melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, evidenciando ser inerente ao respectivo ramo do direito o caráter distributivo e a sua função social.

A função social da propriedade, consagrada nos arts. 5º, XXIII, 186, 182, § 2º e 170, III, da Carta Magna, abrange ainda que de maneira implícita a função social do contrato que não encontra previsão expressa no texto constitucional.

O trabalho ligado diretamente aos direitos sociais e a livre-iniciativa vinculada à liberdade e ao direito de propriedade devem ser considerados de forma a alcançar o equilíbrio nas relações de trabalho, sem a prevalência do aspecto econômico sobre o aspecto humano, ou seja, sem a precarização das condições de trabalho, pois, além de a Lei Maior também consagrar a função social da propriedade (arts. 5º, XXIII e

170, III), o trabalhador, que é responsável pela força produtiva e pela geração de riqueza, não pode ser visto como um elemento mercadológico, mas sim como sujeito de direitos, ao qual deve ser propiciada uma existência digna.

A interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional voltada para a máxima concretização dos direitos fundamentais, mormente em decorrência dos comandos contidos nos arts. 1º, III e IV; 5º, XXIII, § 1º e § 2º; 170, *caput*, III, VIII; 186, II, III e IV; e 193, *caput*; indica que o cumprimento da função social da propriedade, seja rural ou urbana, exige o respeito à legislação trabalhista.

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

O art. 421 do Código Civil e as demais disposições normativas relativas à função social do contrato são aplicáveis no âmbito das relações de emprego, com base nos princípios que norteiam o Direito do Trabalho, os quais visam à igualdade real e, conseqüentemente, destinam-se à tutela da coletividade em consonância com os fundamentos históricos do referido ramo do direito, bem assim com esteio no art. 8º da CLT.

A função social no âmbito do Direito do Trabalho indica que a autonomia privada está adstrita à tutela da sociedade, o que exige a preservação da dignidade do trabalhador e dos direitos humanos e fundamentais, bem assim a inexistência de condutas abusivas, nas tratativas, na execução e na extinção no tocante ao contrato de emprego.

Dessa maneira, a observância à função social no âmbito do Direito do Trabalho passa

pela celebração de contratos, conforme os fins almejados pela sociedade, sem condutas lesivas aos sujeitos envolvidos e à coletividade, de forma a concretizar a justiça no campo contratual e, conseqüentemente, obter a justiça social, o que exige a doção de medidas voltadas para o respeito aos direitos humanos e fundamentais, a fim de tutelar o trabalho decente.

Os arts. 461 do CPC e 84 do CDC disciplinam a tutela de urgência de natureza antecipatória da obrigação específica, exigindo o relevante fundamento da demanda consistente na plausibilidade da pretensão e o receio de ineficácia do provimento final correspondente ao perigo na demora, ou seja, ao risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

O quadro fático verificado, a partir das robustas provas contidas nos autos, indica o receio de ineficácia do provimento final, em virtude da exposição dos trabalhadores a consideráveis prejuízos à saúde, à integridade física, à higidez psíquica, à potencial violação do direito à vida e à proteção integral de menores de 18 anos, de modo que, diante de provável ocorrência de cenário irreversível, não se pode aguardar o trânsito em julgado da sentença, sob pena de tornar inócua qualquer medida necessária e de negar vigência ao direito fundamental à razoável duração do processo diretamente vinculado à natureza dos interesses envolvidos.

O relevante fundamento da demanda decorre da demonstração de descumprimento do sistema normativo destinado à proteção de direitos fundamentais específicos e inespecíficos dos trabalhadores essenciais à concretização da dignidade humana e à configuração do patamar civilizatório mínimo no âmbito da relação de emprego.

Nos termos do art. 832, § 1º, da CLT, “Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento”.

No presente caso, o panorama fático evidenciado indica a exposição dos trabalhadores a

consideráveis prejuízos à saúde e à integridade física, bem como a potencial risco de violação ao direito à vida, evidenciando o descumprimento do sistema normativo destinado à proteção de direitos fundamentais específicos e inespecíficos dos trabalhadores essenciais à concretização da dignidade humana, motivo pelo qual é imprescindível que o cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer seja imediato, além do pronto atendimento das pretensões de natureza declaratória.

É importante destacar que, por meio de ponderação fundada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o risco de irreversibilidade não deve configurar obstáculo à concessão de imediata tutela quando após a instrução processual, mediante cognição exauriente, são verificados densos elementos ensejadores do vínculo empregatício e de sérios riscos à integridade física, à saúde e à vida dos trabalhadores.

Diante exposto, a título de antecipação dos efeitos da tutela e em sede final, de forma imediata, com efeitos a partir da publicação desta sentença, decido o seguinte:

- a) Reconhecer o grupo econômico entre ASSOCIAÇÃO DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS UNIVERSITÁRIOS DO BRASIL (APLUB), APLUB — CAPITALIZAÇÃO S.A., ASSOCIAÇÃO APLUB DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL (ECOAPLUB) e ACRE CAP PARTICIPAÇÕES LTDA. e a responsabilidade solidária das requeridas quanto a todas as obrigações previstas nesta sentença;
- b) Declarar nulos os contratos de prestação de serviços, independentemente dos rótulos que lhe são atribuídos, inclusive de microempreendedor individual, para a comercialização pelos vendedores/distribuidores de títulos de capitalização ACRE CAP LEGAL e quaisquer outros, uma vez presentes os requisitos dos arts. 2º, 3º e 9º da CLT.

Além disso, determino às requeridas, imediatamente, o cumprimento das seguintes

obrigações de fazer e de não fazer, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por obrigação descumprida para cada trabalhador em situação irregular, a ser revertida ao FAT — Fundo de Amparo ao Trabalhador (Lei n. 7.998 de 1990), ou, a critério do Ministério Público do Trabalho e do Poder Judiciário, em benefício da sociedade acriana, por meio da concretização de políticas públicas, a exemplo da destinação a centro de referência do migrante a ser criado, para atendimento e abrigo de pessoas em situação de vulnerabilidade no Estado do Acre, inclusive estrangeiros, trabalhadores resgatados de condições análogas a de escravo, de vítimas de enchentes anuais, indivíduos do interior do Estado em tratamento de saúde fora de domicílio na rede pública de saúde estadual e moradores de rua, considerando as razões finais apresentadas pelo autor em audiência:

c) Absterem-se de permitir, tolerar ou exigir o trabalho de vendedores/distribuidores de títulos de capitalização ACRE CAP LEGAL e quaisquer outros, em logradouros e vias públicas no Estado do Acre, de modo a respeitar a proibição prevista no art. 22 do Decreto n. 70.951/1972, de modo a resguardar a vida, a integridade física e a higidez psíquica dos trabalhadores, cabendo às empresas propiciar aos trabalhadores estrutura adequada para o desenvolvimento das atividades laborais;

d) Registrarem todos os contratos de trabalhadores admitidos (vendedores e distribuidores) para prestar serviços de forma pessoal, onerosa, não eventual e subordinada, na venda e distribuição de títulos de capitalização ACRE CAP LEGAL, com a anotação da carteira de trabalho e previdência social;

e) Absterem-se de contratar trabalhadores que lhe prestam serviços diretos e subordinados ou inerentes às suas atividades finalísticas por intermédio de qualquer empresa, criada ou utilizada para tal fim, ou

de qualquer outra prestadora de serviços ou corretora;

f) Garantirem aos trabalhadores vendedores e distribuidores de títulos de capitalização, além daqueles previstos no texto constitucional, todos os direitos previstos na legislação trabalhista infraconstitucional (CLT e normas extravagantes), sem a utilização de quaisquer subterfúgios como a criação de ‘pessoas jurídicas’ ou de contratação de empresas para a contratação por pessoa interposta;

g) Absterem-se de utilizar mão de obra de menores de 18 (dezoito) anos na promoção, distribuição e venda de títulos de capitalização, inclusive aquele denominado ACRE CAP LEGAL, em qualquer local, inclusive em logradouros e vias públicas;

h) Manterem instalações sanitárias, nos termos das Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego;

i) Garantirem o suprimento de água potável e fresca em quantidade superior a 250 ml por hora, para cada trabalhador, na forma das Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego.

A abrangência dos efeitos desta decisão está limitada à esfera do Estado do Acre, na forma requerida.

Os pedidos referentes às formas de publicidade e de divulgação da sentença para efeito de informação aos trabalhadores lesados e à sociedade serão apreciados no tópico destinado à indenização por dano moral coletivo por constituir mecanismo reparatório.

MEDIDAS CAUTELARES

O Ministério Público do Trabalho requereu, a título de tutela de urgência de natureza cautelar, o seguinte:

“A) Cautelarmente, o deferimento da medida cautelar sigilosa *inaudita altera pars* de busca e apreensão de documentos referentes à relação de vendedores e vendedoras do título de capitalização ACRE CAP LEGAL

em logradouros e vias públicas no Estado do Acre, contendo dados pessoais e outros documentos que permitam a identificação desses trabalhadores, que prestam serviço em todos os municípios acreanos, no escritório da ré ACRE CAP PARTICIPAÇÕES LTDA, situado na Rua Nossa Senhora da Conceição, 459, Bairro Quinze, em Rio Branco – Acre, com a presença do Oficial de Justiça e a requisição de auxílio à Polícia Federal e a autorização para arrombamento de portas, cofres e armários, se necessário for, bem como a notificação prévia do Ministério Público do Trabalho da data a ser realizada a diligência, para acompanhamento do Oficial de Justiça por este Procurador do Trabalho, requerendo, ainda, que referida diligência seja realizada preferencialmente em dia de sábado durante o dia. Requer-se, ainda, que caso sejam encontrados valores no escritório da ré ACRE CAP PARTICIPAÇÕES LTDA, no momento da busca e apreensão a ser realizada, inclusive em cofres e armários, seja deferido o sequestro, como medida cautelar, de valores em dinheiro ou cheques, para fins de pagamento das verbas trabalhistas pleiteadas nesta ação e indenização por dano moral coletivo, nos termos dos arts. 822 a 825 do Código de Processo Civil, sendo nomeado depositário por este Juízo ou depositados os valores sequestrados em conta judicial vinculada aos autos do processo, até o trânsito em julgado desta ação civil pública;

B) Cautelarmente, o deferimento da medida cautelar de bloqueio de numerário e indisponibilidade de bens móveis e imóveis *inaudita altera pars* e de sequestro em face dos réus, para que:

B.1. seja efetuado o bloqueio total das contas de depósitos à vista (contas correntes), de investimento e de poupança, depósitos a prazo e aplicações financeiras dos réus, nos exatos termos dos arts. 8º e 11 do Regulamento BACEN-JUD 2.0;

B.2. Seja declarada a indisponibilidade de todos bens móveis e imóveis de propriedade dos réus, observando a gradação legal do art. 655 do CPC, situados em território brasileiro;

B.3. Seja efetuado o bloqueio de, no mínimo, R\$ 18.000.000,00 (dezoito milhões de reais), ressaltando-se que tais valores equivalem a aproximadamente 05% (cinco por cento) da receita líquida de comercialização de títulos de capitalização referente ao primeiro semestre de 2011, obtido por apenas um dos réus conforme RELATÓRIO DE ADMINISTRAÇÃO da ré APLUB CAPITALIZAÇÃO S.A., incluído no ANEXO do INQUÉRITO CIVIL N. 000037.2013.14.001/5, datado de 31 de agosto de 2011, ou outro valor que Vossa Excelência repute necessário, e depositado/transferido em conta vinculada ao Juízo e aos autos do processo, para pagamento e recolhimento dos créditos trabalhistas decorrentes do reconhecimento retroativo do vínculo empregatício dos vendedores e distribuidores de títulos de capitalização ACRE CAP LEGAL, tendo como consectários a ausência de pagamento dos salários, férias, décimo terceiro etc., e recolhimentos integrais do FGTS, bem como eventuais verbas rescisórias de tais empregados;

B.4. Requer-se, ainda, que caso sejam encontrados valores no escritório da ré ACRE CAP PARTICIPAÇÕES LTDA., no momento da busca e apreensão a ser realizada, inclusive em cofres e armários, seja deferido o SEQUESTRO, como medida cautelar, de valores em dinheiro ou cheques, para fins de pagamento das verbas trabalhistas pleiteadas nesta ação e indenização por dano moral coletivo, nos termos dos arts. 822 a 825 do Código de Processo Civil, sendo nomeado depositário por este Juízo ou depositados os valores sequestrados em conta judicial vinculada aos autos do processo, até o trânsito em julgado desta ação civil pública.”

O art. 12 da Lei n. 7.347 de 1985 prevê a concessão de mandado liminar em ação civil pública.

Os arts. 461 do CPC e 84 do CPC disciplinam a tutela de urgência de natureza antecipatória da obrigação específica, exigindo o relevante fundamento da demanda consistente na plausibilidade da pretensão e o receio de ineficácia do provimento final correspondente ao risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

O art. 798 do CPC dispõe a respeito do poder geral de cautela, possibilitando a adoção de medidas, uma vez presentes a fumaça do bom direito e o perigo na demora, a fim de garantir o resultado eficaz de dado processo.

Da mesma forma como ocorreu na decisão de Id 360235, em sede de cognição sumária, nesta fase por ocasião de cognição exauriente, após a instrução, não são constatados nos autos elementos indicativos de manifesta ocultação de documentos e de inidoneidade econômica no que tange às requeridas, pelo contrário, razão pela qual não restam configurados os requisitos da fumaça do bom direito e do perigo na demora necessários à concessão de medidas cautelares voltadas a assegurar lastro patrimonial e à obtenção de dados documentais, seja por meio de mandados de busca e apreensão, de bloqueios, sequestros de numerários ou de declaração de indisponibilidade de bens. Diante do exposto, ausentes os suportes fáticos necessários à incidência do art. 798 do CPC, rejeito os requerimentos previstos nos itens “A”, “B” e “B1” a “B4”.

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO

De acordo com Xisto Tiago de Medeiros Neto, “o dano moral coletivo corresponde à injusta lesão da esfera moral de uma comunidade, constituindo a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos”⁽¹⁷⁾.

(17) MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. *Dano moral coletivo*. São Paulo: LTr, 2004. p. 268.

Na forma do tópico “RELAÇÃO DE EMPREGO, OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS E RESPONSABILIDADES DAS REQUERIDAS”, as fraudes trabalhistas implementadas pelas requeridas e consistentes na utilização de elementos para mascarar as relações de emprego dos vendedores/distribuidores (contratos estimatórios, de agenciamento, de corretagem microempreendedores, uso indevido da figura do trabalhador autônomo e pejotização), em dissonância com o princípio da primazia da realidade, e a exposição de diversos trabalhadores a um ambiente de laboral inseguro e inadequado caracterizado pelo não fornecimento adequado de sanitário e água potável, o que implica violações a normas de higiene e medicina do trabalho (desrespeito às Normas Regulamentares do Ministério do Trabalho e Emprego), com prejuízo à integridade física, à saúde e à vida digna, na forma do tópico anterior pertinente, bem como a falta de anotação na carteira de trabalho, a inobservância aos direitos fundamentais previstos no art. 7º da CF/88, a falta de pagamento das verbas trabalhistas e o trabalho infantil constituem práticas antijurídicas consubstanciadas em lesões injustas e intoleráveis a um grupo de trabalhadores e a toda a comunidade, já que o meio ambiente do trabalho é uno e indivisível, de modo que sua degradação prejudica inclusive o sistema de seguridade social.

Assim, o panorama evidenciado atinge a sociedade, diante do desrespeito ao ordenamento jurídico trabalhista, formado por normas internacionais de direitos humanos e por um sistema normativo destinado à tutela de direitos fundamentais específicos e inespecíficos dos trabalhadores essenciais à concretização da dignidade humana, de modo a evidenciar a repulsa e a intranquilidade em toda a comunidade, caracterizando o dano moral coletivo (arts. 1º, IV da Lei n. 7.347 de 1985 e 6º, VII, da Lei n. 8.078 de 1990).

Quanto à transcendência da fraude caracterizadora de danos sociais, imprescindíveis os ensinamentos de Ronaldo Lima dos Santos:

Assim como a própria natureza da relação de emprego, a fraude na seara do Direito do Trabalho possui transcendência social, econômica e política, pois seus efeitos maléficos repercutem sobre diversos aspectos da sociedade. Aos se contratar empregados por meio de mecanismos jurídicos fraudulentos, além da sonegação de direitos sociais dos trabalhadores, referida prática reflete-se por toda a ordem jurídica social, pois, por meio dela, reduz-se a capacidade financeira do sistema de seguridade social, diminuem-se os recolhimentos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, impossibilitando a utilização dos recursos em obras de habitação e de infraestrutura, precarizam-se as relações de trabalho com prejuízos ao meio ambiente de trabalho e, conseqüentemente, à integridade física e à saúde dos trabalhadores, com aumentos de gastos estatais neste setor; acentuam-se as desigualdades sociais e os problemas delas decorrentes; assoberba-se o judiciário Trabalhista com uma plethora de demandas judiciais. Enfim, referidas condutas causam intensa perturbação ao corpo social, suscitando uma reparação pelos danos sociais e morais coletivos, nos termos das Leis ns. 7.347/85 e 8.078/90, cuja responsabilização já está amplamente consolidada na doutrina e na jurisprudência.⁽¹⁸⁾

A concretização da justiça social por meio da observância da função social do contrato de emprego exige postura ativa do Poder Judiciário, bem assim de toda a sociedade, passando pela efetiva adoção de mecanismos já existentes nos planos nacional e internacional, assim como pela implementação de novas medidas, a fim de que interesses particulares não prevaleçam sobre os anseios da coletividade, combatendo inclusive as lamentáveis condutas de precarização das condições de trabalho.

(18) SANTOS, Ronaldo Lima dos. Morfologia da fraude nas relações de trabalho. In: SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique (Coords.). *Estudos Aprofundados MPT*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 297.

Por conseguinte, é evidente a compatibilidade da indenização por dano moral coletivo com o texto constitucional, uma vez que busca a concretização de uma sociedade livre, justa e solidária, o respeito aos valores sociais do trabalho, a observância da função social da propriedade e a prevalência dos direitos humanos (arts. 3º, I, 4º, II, 5º, XXIII, 170, III, da CF/88), servindo de instrumento de tutela do meio ambiente do trabalho equilibrado (arts. 200, VIII e 225 da CF/88), ao que se acresce que o art. 5º, X, da CF/88 não exclui o dano à coletividade.

Tendo em vista também o disposto no art. 944 do Código Civil, os parâmetros levados em conta para fins de arbitramento do valor referente à reparação são os seguintes: a gravidade do dano decorrente da submissão dos trabalhadores a condições incompatíveis com o mínimo existencial, sem acesso adequado a sanitários e à água potável, inclusive com prejuízo à saúde e à integridade física; e a dimensão do dano que ultrapassa a esfera pessoal, diante da precarização das condições de trabalho por meio de fraudes às relações de emprego, com repercussão negativa sobre toda a sociedade; a significativa quantidade de trabalhadores envolvidos no âmbito do Estado do Acre, conforme se extrai das próprias contestações; e a prática reiterada de violações aos direitos trabalhistas básicos.

Além disso, devem ser levados em conta os seguintes critérios: os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como as condições econômicas e sociais da ofensora e dos ofendidos.

Também é considerado, para fixação do valor da reparação, o caráter pedagógico da medida compensatória, a fim de evitar a reiteração de conduta ilícita.

Aliás, não é recomendada a estipulação de quantia irrisória nem a fixação de quantia que propicie o enriquecimento sem causa.

Por fim, destaque-se que o grupo econômico APLUB apresentou recorde de faturamento

e lucratividade no ano de 2013, com faturamento global de 1,217 bilhão, consoante informação contida em sua página eletrônica (Id 741331), na qual indica estar “entre as maiores entidades de previdência privada aberta do País” (<<http://www.aplub.com.br/site/index.php/historia-da-aplub>>).

Dessa forma, considerando os critérios anteriormente indicados, defiro o pedido de indenização por dano moral coletivo, no valor de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), equivalente a 2,5% do faturamento global do grupo APLUB em 2013, a ser revertido ao FAT — Fundo de Amparo ao Trabalhador (Lei n. 7.998 de 1990), ou, a critério do Ministério Público do Trabalho e do Poder Judiciário, em benefício da sociedade acriana, por meio da concretização de políticas públicas, a exemplo da destinação a centro de referência do migrante a ser criado, para atendimento e abrigo de pessoas em situação de vulnerabilidade no Estado do Acre, inclusive estrangeiros, trabalhadores resgatados de condições análogas a de escravo, de vítimas de enchentes anuais, indivíduos do interior do Estado em tratamento de saúde fora de domicílio na rede pública de saúde estadual e moradores de rua, considerando as razões finais apresentadas pelo autor em audiência.

A correção monetária quanto à indenização por dano moral coletivo deve corresponder à data da publicação da sentença (Súmulas 439 do TST e 362 do STJ).

À luz do princípio da reparação integral, a tutela deve ser completa e eficiente diante da prática danosa, de maneira que não se restrinja ao valor pecuniário indenizatório a ser destinado à sociedade, devendo, inclusive, concretizar a justa recomposição e garantir o acesso pleno à informação para os trabalhadores lesados e para toda a coletividade, consagrando a publicidade ampla extraída do texto constitucional.

Desse modo, conforme requerido pelo autor, a parte dispositiva desta sentença, bem como breve explicação em linguagem coloquial

a ser apresentada pelo próprio Ministério Público do Trabalho, no prazo de trinta dias após o trânsito em julgado, deverão ser publicadas, às expensas das requeridas, por 10 (dez) dias, em um jornal impresso de grande circulação regional e em um jornal impresso de grande circulação nacional, com início da divulgação no prazo de 30 (trinta) dias da intimação das integrantes do polo passivo, possibilitando o acesso à informação a todos os trabalhadores lesados, compreendidos aqueles não mais residentes no Estado do Acre.

Além disso, levando-se em conta a extensão do dano, a fim de que a reparação seja integral, com fundamento também nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a explicação do conteúdo da parte dispositiva desta sentença em linguagem coloquial, a ser apresentada pelo autor, no prazo de trinta dias do trânsito em julgado, deverá ser objeto de publicação em canal de televisão, às expensas das requeridas, com abrangência de todas as cidades do Estado do Acre, durante o prazo razoável de 15 (quinze) dias, em horário nobre das 20 h às 21 h, por 40 (quarenta) segundos diários, com início da divulgação no prazo de 30 (trinta) dias da intimação das integrantes do polo passivo.

As medidas voltadas à publicidade e à informação a respeito do teor desta sentença, mediante inserção em jornais e em canais de televisão, por cautela, não devem ser objeto de antecipação dos efeitos da tutela, aguardando-se, portanto, o trânsito em julgado decorrente do esgotamento de eventual pretensão recursal.

INDENIZAÇÃO POR DUMPING SOCIAL

O *dumping social* é caracterizado pela conduta no sentido de descumprimento de direitos sociais, abrangendo trabalhistas e previdenciários, como forma de auferir maiores competitividade e lucros, mediante concorrência desleal, o que pode ocorrer nos âmbitos nacional e internacional, com variedade de dimensões.

A figura do *dumping* social, por si só, desrespeita os direitos humanos e fundamentais do trabalhador e contraria o interesse da coletividade.

Christiana D'arc Damasceno Oliveira aborda o papel da Organização Internacional do Trabalho (OIT) frente ao *dumping* social, senão vejamos:

À época de sua criação, a OIT tinha como intento primário o fomento da universalização e consolidação de um patamar mínimo de bem-estar aos trabalhadores como condição sobretudo da possibilidade de ocorrência de um comércio mundial justo e leal entre os países, elidindo-se, por conseguinte, nociva competição econômica internacional oriunda do barateamento dos custos produtivos. O enfoque prioritário, portanto, era o afastamento da concorrência desleal e da prática do *dumping* social no âmbito internacional.

Relembre-se que ao *dumping* clássico do Direito Econômico, vincula-se o instituto do *dumping* social, que pode ocorrer tanto na seara nacional (aspecto interno) como na seara internacional (aspecto externo). Relaciona-se o *dumping* social à ideia de fraude e violação dos direitos sociais dos trabalhadores, por parte dos tomadores de serviço, com vistas à diminuição dos custos de produção, acarretando exploração da mão de obra e elaboração de produtos e mercadorias mais baratos, com deslealdade na concorrência e vantagem indevida em comparação com as empresas que cumprem corretamente as normas estabelecidas.⁽¹⁹⁾

A respeito do tema, Valério Oliveira Mazzuoli indica o seguinte:

O *dumping* social seria, assim, a prática de certos Estados em explorar o trabalhador, desrespeitando padrões trabalhistas mínimos,

(19) OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno Oliveira. (O) *Direito do trabalho contemporâneo: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 181.

a fim de conseguir competitividade no mercado internacional na produção de bens a custo final muito mais baixo do que o normal. Tem como característica a diminuição dos custos de produção no país de exportação, incentivada pelos baixos salários (ou até mesmo pela mão de obra escrava, semiescrava ou infantil) e pela falta de assistência social ao trabalhador. Dessa forma, as exportações de tais países aumentariam (fazendo aumentar a concorrência desleal no comércio internacional) em decorrência desses baixos custos de produção.⁽²⁰⁾

O enunciado n. 4 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho dispõe o seguinte no que tange ao assunto:

4. “DUMPING SOCIAL”. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR.

As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “*dumping* social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os arts. 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT.

As fraudes praticadas pelas requeridas com a finalidade de obstarem as relações de emprego por meio de substratos jurídicos diversos, como os ilícitos contratos de consignação ou estimatórios, as irregulares constituição de empresa individual ou de pessoa jurídica e o

(20) MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 885-886.

uso indevido da figura do trabalhador autônomo, na forma do tópico “RELAÇÃO DE EMPREGO, OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS E RESPONSABILIDADES DAS REQUERIDAS”, evidenciam o auferimento de margem superior de lucro e de obtenção de vantagens indevidas perante a concorrência, com base no descumprimento das legislações trabalhistas e previdenciárias, de modo que é inegável o dano à sociedade, configurando o *dumping social*.

No tocante ao dano à sociedade decorrente de práticas de concorrência desleal na esfera trabalhista, é relevante transcrever a abordagem de Ronaldo Lima dos Santos:

Além da perturbação da ordem social, as práticas fraudulentas violam completamente os princípios e fundamentos da ordem econômica prejudicando não somente os trabalhadores explorados, mas também as demais empresas que observam a legislação trabalhista. Trata-se igualmente de práticas de concorrência desleal exercidas pelas empresas que utilizam subterfúgios jurídicos para a redução do valor trabalho e fomentadas por entidades que fornecem o instrumental fraudatário para terceiras empresas, como as “cooperativas” intermediadoras de mão de obra. (...) O próprio legislador constituinte tratou de proscrever a prática da concorrência desleal, em seu art. 173, §§ 4º e 5º, CF/88. A Lei n. 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, é peremptória em relação à responsabilidade das pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, inclusive associações pelos atos de concorrência desleal.⁽²¹⁾

Tendo em vista também o disposto no art. 944 do Código Civil, os parâmetros levados em conta para fins de arbitramento do valor referente à reparação são os seguintes: a gravidade do dano

(21) SANTOS, Ronaldo Lima dos. Morfologia da fraude nas relações de trabalho. In: SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique (Coords.). *Estudos Aprofundados MPT*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 298.

decorrente do descumprimento de direitos trabalhistas básicos; a dimensão do dano caracterizada pela repercussão negativa sobre toda a sociedade; o significativo lucro majorado por práticas ilícitas trabalhistas e previdenciárias; a necessidade de estabelecimento de patamar civilizatório mínimo no âmbito das relações de trabalho; e o desestímulo da prática de concorrência desleal com impactos prejudiciais também aos trabalhadores.

Além disso, devem ser levados em conta os seguintes critérios: os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como as condições econômicas e sociais da ofensora e dos ofendidos.

Também é considerado, para fixação do valor da reparação, o caráter pedagógico da medida compensatória, a fim de evitar a reiteração de conduta ilícita.

Aliás, não é recomendada a estipulação de quantia irrisória nem a fixação de quantia que propicie o enriquecimento sem causa.

Por fim, destaque-se que o grupo econômico APLUB apresentou recorde de faturamento e lucratividade no ano de 2013, com faturamento global de 1,217 bilhão, consoante informação contida em sua página eletrônica (Id 741331), na qual indica estar “entre as maiores entidades de previdência privada aberta do País” (<<http://www.aplub.com.br/site/index.php/historia-da-aplub>>).

Dessa forma, considerando os critérios anteriormente indicados, defiro o pedido de indenização por *dumping social*, no valor de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), equivalente a 2,5% do faturamento global do grupo APLUB em 2013, a ser revertido ao FAT — Fundo de Amparo ao Trabalhador (Lei n. 7.998 de 1990), ou, a critério do Ministério Público do Trabalho e do Poder Judiciário, em benefício da sociedade acriana, por meio da concretização de políticas públicas, a exemplo da destinação a centro de referência do migrante a ser criado, para atendimento e abrigo de pessoas em situação

de vulnerabilidade no Estado do Acre, inclusive estrangeiros, trabalhadores resgatados de condições análogas à de escravo, de vítimas de enchentes anuais, indivíduos do interior do Estado em tratamento de saúde fora de domicílio na rede pública de saúde estadual e moradores de rua, considerando as razões finais apresentadas pelo autor em audiência.

A correção monetária quanto à indenização por *dumping social* deve corresponder à data da publicação da sentença (Súmulas 439 do TST e 362 do STJ).

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL INDIVIDUAL

O reconhecimento da figura do dano moral coletivo, nesta sentença, indica, por si só, a lesão a um grupo de trabalhadores, de modo que passa a ser analisada a existência do dano moral na esfera individual dos vendedores/distribuidores de títulos de capitalização.

Restou corroborada a existência de fraude trabalhista a que cada trabalhador foi submetido pelas requeridas, por meio de mecanismos utilizados de forma permanente como técnica de gestão (contratos estimatórios, de agenciamento, de microempreendedores, pejotização e o uso indevido da figura do trabalhador autônomo), com o objetivo de mascarar a relação de emprego e frustrar os direitos trabalhistas, em dissonância com o princípio da primazia da realidade, e a exposição a um ambiente de laboral inseguro e inadequado caracterizado pelo não fornecimento adequado de sanitário e água potável, na forma do tópico “**RELAÇÃO DE EMPREGO, OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS E RESPONSABILIDADES DAS REQUERIDAS**”.

Logo, o quadro evidenciado gera para cada trabalhador transtornos e intranquilidade, além de afetar a dignidade da pessoa humana por condições de labuta incompatíveis com o trabalho decente, configurando também lesão aos direitos à saúde, à integridade psíquica, à integridade física e ao meio ambiente de trabalho sadio e equilibrado (arts. 1º, III, 5º,

V e X, 225, 200, VIII, da Constituição Federal, Convenção Americana sobre Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos — OEA, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas — ONU e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas — ONU).

Diante do exposto, nota-se que as requeridas atuaram de forma contrária aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), de forma a afrontar direitos fundamentais específicos e inespecíficos incidentes nas relações de trabalho, em inobservância ao postulado da eficácia horizontal, o que indica o exercício abusivo do poder de direção (art. 187 do Código Civil combinado com art. 8º da CLT).

Por conseguinte, é inegável o nexo causal entre as condutas ilícitas das requeridas e o resultado lesivo caracterizado pelo dano moral sofrido por cada trabalhador (art. 186 do Código Civil).

O prejuízo decorre do próprio fato, ou seja, o dano moral é ilação lógica derivada do panorama fático evidenciado.

Diante do exposto, os trabalhadores fazem *jus* à indenização por dano moral individual decorrente dos atos ilícitos das requeridas.

Tendo em vista o disposto nos arts. 944 do Código Civil combinado com o art. 8º da CLT, os parâmetros levados em conta para fins de arbitramento do valor referente à reparação são os seguintes: a repercussão do dano caracterizada pela precarização das condições de trabalho, o que, logicamente, evidencia a intensa angústia dos trabalhadores em decorrência do abalo de ordem psíquica, familiar e social, bem como a gravidade do dano em razão da negativa de acesso a direitos trabalhistas básicos, inclusive o acesso adequado a sanitários e à água potável, bem assim do prejuízo à concretização de seus projetos pessoais, o lazer e as relações interpessoais.

Também é considerado, para fixação do valor da reparação, o caráter pedagógico da medida compensatória para evitar a reiteração de conduta ilícita, a fim de que as requeridas não mais inviabilizem o patamar civilizatório mínimo no âmbito das relações de emprego.

Ademais, não é recomendada a estipulação de quantia irrisória nem a fixação de quantia que propicie o enriquecimento sem causa.

Além disso, devem ser levados em conta os seguintes critérios: os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como a condição econômica e social do ofensor e do ofendido.

Por fim, destaque-se que o grupo econômico APLUB apresentou recorde de faturamento e lucratividade no ano de 2013, com faturamento global de 1,217 bilhão, consoante informação contida em sua página eletrônica (Id 741331), na qual indica estar “entre as maiores entidades de previdência privada aberta do País” (<http://www.aplub.com.br/site/index.php/historia-da-aplub>).

Dessa forma, em virtude da violação a direitos de personalidade, com fundamento nos arts. 1º, III e IV, 5º, V e X, da Constituição Federal, 186 e 927 do Código Civil, considerando os critérios anteriormente indicados, defiro o pedido de indenização por dano moral individual para cada trabalhador vendedor/distribuidor de títulos de capitalização ACRE CAP LEGAL identificado sem registro e sem anotação na carteira de trabalho e previdência social, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

A correção monetária deve corresponder à data da publicação da sentença (aplicação analógica das Súmulas 439 do TST e 362 do STJ).

HIPOTECA JUDICIÁRIA

O art. 466 do CPC, que corresponde à norma de ordem pública, dispõe o seguinte:

Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja

inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos.

Parágrafo único. A sentença condenatória produz a hipoteca judiciária:

I – embora a condenação seja genérica;

II – pendente arresto de bens do devedor;

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

A hipoteca judiciária é resultado da *eficácia anexa* da sentença, independentemente do trânsito em julgado e sem necessidade de pedido, produzindo direito real de seqüela até o efetivo pagamento, razão pela qual difere da constituição de capital que somente incide após o trânsito em julgado e está vinculada à condenação em prestação pecuniária que se prolonga por período de tempo considerável.

Quanto à hipoteca judiciária, bem explicitam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

A sentença tem eficácia direta, reflexa e anexa. A eficácia direta da sentença é aquela que atinge a relação jurídica deduzida em juízo de modo principal. A eficácia reflexa é aquela que alcança relação jurídica conexa àquela alegada em juízo. A eficácia anexa é aquela que advém da lei, sem necessidade de pedido. Há na doutrina quem se refira à eficácia direta da sentença como eficácia principal ou natural e às eficácias reflexa e anexa como eficácias secundárias ou legais. Exemplo típico de eficácia anexa da sentença é a produção de hipoteca judiciária (art. 466, CPC). A constituição de hipoteca judiciária independe de pedido da parte. A sentença de procedência produz a hipoteca judiciária ainda que a condenação seja genérica, pendente arresto de bens do devedor ou quando o credor possa promover a execução provisória da sentença (art. 466, parágrafo único, do CPC). (...) O recebimento do recurso de apelação com efeito suspensivo (art. 520, do CPC) não impede a inscrição da hipoteca judiciária no registro competente (STJ, 3ª Turma, REsp 715.451/SP, rel^a. Min^a. Nancy Andrichi,

j. em 6.4.2006, DJ de 2.5.2006, p. 310). Se a sentença é substituída no segundo grau por acórdão em sentido contrário, o registro tem de ser cancelado. Do contrário, subsiste o registro enquanto existir pretensão à tutela ressarcitória (art. 1.498, CC).⁽²²⁾

Também não há duplicidade em função do depósito recursal, pois este apresenta natureza jurídica, finalidade e momento de incidência distintos da hipoteca judiciária, além de que, no mais das vezes, o primeiro abrange apenas parcela diminuta do valor objeto de condenação.

A propósito, segue o julgado de do TRT da 3ª Região (Minas Gerais):

HIPOTECA JUDICIAL — ART. 466 DO CPC — APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA AO PROCESSO DO TRABALHO. A respeito da hipoteca judiciária, expressamente prevista no art. 466 do CPC, adota-se o entendimento majoritário desta Egrégia Turma Julgadora, bem como as razões de decidir constantes no processo n. 00142-2007-048-03-00-5-RO, proferido pelo Exmo. Desembargador Antônio Álvares da Silva, *in verbis*: “havendo condenação em prestação de dinheiro ou coisa, automaticamente se constitui o título da hipoteca judiciária, que incidirá sobre os bens do devedor, correspondentes ao valor da condenação, gerando o direito real de sequela, até seu pagamento. A hipoteca judiciária é de ordem pública, independe de requerimento da parte e visa garantir o cumprimento das decisões judiciais, impedindo o desbaratamento dos bens do réu, em prejuízo da futura execução. Ao juiz cabe envidar esforços para que as decisões sejam cumpridas, pois a realização concreta dos comandos judiciais é uma das principais tarefas do Estado Democrático de Direito, cabendo ao juiz de qualquer grau determiná-la, em nome do princípio da legalidade. Para o cumprimento da determinação legal o juiz oficiará os cartórios de registros de imóveis. Onde se encontrarem imóveis registrados em

nome da reclamada, sobre eles incidirá, até o valor da execução, a hipoteca judiciária.” (TRT 3ª Região. 00630-2009-138-03-00-5 RO. 4ª Turma. Relator Júlio Bernardo do Carmo. DJ de 19.4.2010.)

O Tribunal Superior do Trabalho também tem adotado o entendimento em apreço:

(...) HIPOTECA JUDICIÁRIA — APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 466 DO CPC — CABIMENTO. I – A hipoteca judiciária é efeito *ope legis* da sentença condenatória, cabendo ao magistrado apenas ordenar sua inscrição no cartório de imóveis para que tenha eficácia contra terceiros. II – É o que se constata do art. 466 do CPC, segundo o qual “a sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos”. III – De outro lado, embora a hipoteca judiciária não seja usual no âmbito do Judiciário do Trabalho, impõe-se a aplicação subsidiária da norma do art. 466 do CPC, tendo em vista a identidade ontológica da sentença do Processo Civil e da sentença do Processo do Trabalho, inclusive no cotejo com os parágrafos do art. 899 da CLT e com o precedente n. 128, desta Corte, uma vez que o depósito recursal, mesmo qualificado como garantia da execução, fora ali erigido precipuamente em requisito objetivo de recorribilidade. IV – Recurso não conhecido. (...) (TST. RR 76000-12.2008.5.03.0112. 4ª Turma. Relator Ministro Antônio José de Barros Levenhagen. J. em 19.5.2010. DJ 28.5.2010.)

(...) HIPOTECA JUDICIÁRIA. Embora a hipoteca judiciária não seja usual no âmbito do Judiciário do Trabalho, impõe-se a aplicação subsidiária da norma do art. 466 do CPC, na medida em que não conflita com o disposto no art. 899 da CLT, podendo, inclusive, ser declarada *ex officio*. Precedentes. Não conhecido. (...) (TST. RR 112600-50.2006.5.03.0064. 5ª Turma. Relator Ministro Emmanoel Pereira. J. em 19.5.2010. DJ 28.5.2010).

Dessa maneira, de imediato, independentemente do trânsito em julgado, determino

(22) MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 442-443.

que sejam expedidos ofícios aos Cartórios de Registro de Imóveis de Porto Alegre-RS e das localidades que se fizerem necessárias na forma do art. 167, I, n. 2, da Lei n. 6.015/1973, a fim de que seja inscrita hipoteca judiciária sobre bens das requeridas, levando-se em conta as obrigações imputadas aos integrantes do polo passivo nesta sentença, até o limite do valor objeto da condenação arbitrado em R\$ 7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil reais), com a respectiva comprovação a este Juízo, no prazo de 15 (quinze) dias, considerando ainda que o autor da ação, Ministério Público do Trabalho, é isento de custas e emolumentos.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

As requeridas postularam a condenação do autor ao pagamento de honorários advocatícios.

Ocorre que, além de as integrantes do polo passivo serem sucumbentes, em sede de ação civil pública/ação coletiva, os honorários advocatícios apenas são devidos em caso de litigância de má-fe, nos termos do art. 87 da Lei n. 8.078 de 1990, o que não restou configurado no caso concreto, de modo que rejeito o respectivo requerimento.

III. CONCLUSÃO

Diante do exposto, na forma da fundamentação precedente que passa a integrar este dispositivo, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO** em face de **ASSOCIAÇÃO DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS UNIVERSITÁRIOS DO BRASIL (APLUB)**, **APLUB — CAPITALIZAÇÃO S.A.**, **ASSOCIAÇÃO APLUB DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL (ECOAPLUB)** e **ACRE CAP PARTICIPAÇÕES LTDA.**, decido o seguinte:

3.1. Determinar que todas as notificações das requeridas **ASSOCIAÇÃO DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS UNIVERSITÁRIOS DO BRASIL (APLUB)**, **APLUB CAPITALIZAÇÃO S. A.** e **ASSOCIAÇÃO APLUB DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL**

(**ECOAPLUB**) sejam destinadas ao advogado Dr. Marcelo Vieira Papaleo, portador da OAB/RS 62.546, enquanto que as notificações da requerida **ACRE CAP PARTICIPAÇÕES LTDA.**, devem ser destinadas ao advogado Dr. ALEXANDRE LUSTOSA, OAB/PE 15656, conforme já determinado em termo de audiência;

3.2. Retificar os erros materiais (equivocos de digitação) nos estritos termos da petição (Id 896683) e nos moldes da fundamentação;

3.3. Rejeitar a impugnação ao valor da causa;

3.4. Afastar as preliminares de inépcia, procedimento inadequado, carência da ação, ilegitimidade ativa e ilegitimidade passiva;

3.5. Rejeitar as arguições de nulidade;

3.6. Rejeitar a alegação de “matéria já processada” perante o TRT da 10ª Região (autos 00718-2008-020-10-00-1);

3.7. Rejeitar as arguições de prescrição bienal e de prescrição quinquenal quanto aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito;

3.8. Reconhecer a prescrição bienal, com base no art. 7º, XXIX, da CF/88, no que diz respeito às pretensões vinculadas a interesses individuais homogêneos (direitos trabalhistas pecuniários contratuais e rescisórios, bem assim indenização por dano moral individual) atinentes aos contratos de emprego extintos antes de 2.12.2011 (considerado como termo final do pacto laboral o término da projeção do aviso-prévio, seja trabalhado ou indenizado), nos termos do art. 269, IV, do CPC combinado com o art. 769 da CLT, sem o prejuízo da análise de eventuais impedimentos, causas interruptivas e suspensivas da prescrição em cada caso concreto, por ocasião da liquidação/execução individual, devido ao caráter genérico do ato judicial nestes referidos aspectos, a teor do art. 95 da Lei n. 8.708 de 1990;

3.9. Reconhecer a prescrição quinquenal, com base no art. 7º, XXIX, da CF/88, no que se refere às pretensões concernentes aos interesses individuais homogêneos (direitos trabalhistas pecuniários contratuais e rescisórios, bem assim indenização por dano moral individual), com vencimento anterior a 2.12.2008, nos termos do art. 269, IV, do CPC combinado com o art. 769 da CLT, sem o prejuízo da análise de eventuais impedimentos, causas interruptivas e suspensivas da prescrição em cada caso concreto, por ocasião da liquidação/execução individual, devido ao caráter genérico do ato judicial nestes referidos aspectos, a teor do art. 95 da Lei 8.708 de 1990.

3.10. Rejeitar as medidas cautelares;

3.11. Julgar PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados pelo requerente, com eficácia limitada à esfera do Estado do Acre, na forma requerida, para a título de antecipação dos efeitos da tutela e em sede final: a) **Reconhecer** imediatamente o grupo econômico entre ASSOCIAÇÃO DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS UNIVERSITÁRIOS DO BRASIL (APLUB), APLUB — CAPITALIZAÇÃO S.A., ASSOCIAÇÃO APLUB DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL (ECOAPLUB) e ACRE CAP PARTICIPAÇÕES LTDA. e a responsabilidade solidária das requeridas quanto a todas as obrigações previstas nesta sentença; e b) **Declarar**, de forma imediata, nulos os contratos de prestação de serviços, independentemente dos rótulos que lhe são atribuídos, inclusive de microempreendedor individual, para a comercialização pelos vendedores/distribuidores de títulos de capitalização ACRE CAP LEGAL e quaisquer outros, uma vez presentes os requisitos dos arts. 2º, 3º e 9º da CLT; bem como para condenar as requeridas, de forma solidária, a título de antecipação dos efeitos da tutela e em sede final, ao:

3.11.1. Cumprimento imediato das seguintes obrigações de fazer e de não fazer, sob pena

de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por obrigação descumprida para cada trabalhador em situação irregular, a ser revertida ao FAT — Fundo de Amparo ao Trabalhador (Lei n. 7.998 de 1990), ou, a critério do Ministério Público do Trabalho e do Poder Judiciário, em benefício da sociedade acriana, por meio da concretização de políticas públicas, a exemplo da destinação a centro de referência do migrante a ser criado, para atendimento e abrigo de pessoas em situação de vulnerabilidade no Estado do Acre, inclusive estrangeiros, trabalhadores resgatados de condições análogas à de escravo, de vítimas de enchentes anuais, indivíduos do interior do Estado em tratamento de saúde fora de domicílio na rede pública de saúde estadual e moradores de rua, considerando as razões finais apresentadas pelo autor em audiência:

3.11.1.1. Absterem-se de permitir, tolerar ou exigir o trabalho de vendedores/distribuidores de títulos de capitalização ACRE CAP LEGAL e quaisquer outros, em logradouros e vias públicas no Estado do Acre, de modo a respeitar a proibição prevista no art. 22 do Decreto n. 70.951/1972, de modo a resguardar a vida, a integridade física e a higidez psíquica dos trabalhadores, cabendo às empresas propiciar aos trabalhadores estrutura adequada para o desenvolvimento das atividades laborais.

3.11.1.2. Registrarem todos os contratos de trabalhadores admitidos (vendedores e distribuidores) para prestar serviços de forma pessoal, onerosa, não eventual e subordinada, na venda e distribuição de títulos de capitalização ACRE CAP LEGAL, com a anotação da carteira de trabalho e previdência social;

3.11.1.3. Absterem-se de contratar trabalhadores que lhe prestam serviços diretos e subordinados ou inerentes às suas atividades finalísticas por intermédio de qualquer empresa, criada ou utilizada para tal fim, ou

de qualquer outra prestadora de serviços ou corretora;

3.11.1.4. Garantirem aos trabalhadores vendedores e distribuidores de títulos de capitalização, além daqueles previstos no texto constitucional, todos os direitos previstos na legislação trabalhista infraconstitucional (CLT e normas extravagantes), sem a utilização de quaisquer subterfúgios como a criação de ‘pessoas jurídicas’ ou de contratação de empresas para a contratação por pessoa interposta;

3.11.1.5. Absterem-se de utilizar mão de obra de menores de 18 (dezoito) anos na promoção, distribuição e venda de títulos de capitalização, inclusive aquele denominado ACRE CAP LEGAL, em qualquer local, inclusive em logradouros e vias públicas;

3.11.1.6. Manterem instalações sanitárias em favor dos trabalhadores, nos termos das Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego;

3.11.1.7. Garantirem o suprimento de água potável e fresca em quantidade superior a 250 ml por hora, para cada trabalhador, na forma das Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego;

3.11.2. Pagamento de indenização por dano moral coletivo, no prazo de cinco dias do trânsito em julgado, no valor de de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), equivalente a 2,5% do faturamento global do grupo APLUB em 2013, a ser revertido ao FAT — Fundo de Amparo ao Trabalhador (Lei n. 7.998 de 1990), ou, a critério do Ministério Público do Trabalho e do Poder Judiciário, em benefício da sociedade acriana, por meio da concretização de políticas públicas, a exemplo da destinação a centro de referência do migrante a ser criado, para atendimento e abrigo de pessoas em situação de vulnerabilidade no Estado do Acre, inclusive estrangeiros, trabalhadores resgatados de condições análogas a de escravo, de vítimas de enchentes anuais,

indivíduos do interior do Estado em tratamento de saúde fora de domicílio na rede pública de saúde estadual e moradores de rua, considerando as razões finais apresentadas pelo autor em audiência;

3.11.3. Pagamento de indenização por *dumping social*, no prazo de cinco dias do trânsito em julgado, no valor de de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), equivalente a 2,5% do faturamento global do grupo APLUB em 2013, a ser revertido ao FAT — Fundo de Amparo ao Trabalhador (Lei n. 7.998 de 1990), ou, a critério do Ministério Público do Trabalho e do Poder Judiciário, em benefício da sociedade acriana, por meio da concretização de políticas públicas, a exemplo da destinação a centro de referência do migrante a ser criado, para atendimento e abrigo de pessoas em situação de vulnerabilidade no Estado do Acre, inclusive estrangeiros, trabalhadores resgatados de condições análogas a de escravo, de vítimas de enchentes anuais, indivíduos do interior do Estado em tratamento de saúde fora de domicílio na rede pública de saúde estadual e moradores de rua, considerando as razões finais apresentadas pelo autor em audiência; e

3.11.4. Pagamento de indenização por dano moral individual, no prazo de cinco dias do trânsito em julgado, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada trabalhador vendedor/distribuidor de títulos de capitalização ACRE CAP LEGAL identificado sem registro e sem anotação na carteira de trabalho e previdência social.

A parte dispositiva desta sentença, bem como breve explicação em linguagem coloquial a ser apresentada pelo próprio Ministério Público do Trabalho, no prazo de trinta dias após o trânsito em julgado, deverão ser publicadas, às expensas das requeridas, por 10 (dez) dias, em um jornal impresso de grande circulação regional e em um jornal impresso de grande circulação nacional, com início da

divulgação no prazo de 30 (trinta) dias da intimação das integrantes do polo passivo, possibilitando o acesso à informação a todos os trabalhadores lesados, compreendidos aqueles não mais residentes no Estado do Acre.

A explicação do conteúdo da parte dispositiva desta sentença em linguagem coloquial, a ser apresentada pelo autor, no prazo de trinta dias do trânsito em julgado, deverá também ser objeto de publicação em canal de televisão, às expensas das requeridas, com abrangência de todas as cidades do Estado do Acre, durante o prazo razoável de 15 (quinze) dias, em horário nobre das 20 h às 21 h, por 40 (quarenta) segundos diários, com início da divulgação no prazo de 30 (trinta) dias da intimação das integrantes do polo passivo.

Determino, imediatamente, a expedição de ofícios aos Cartórios de Registro de Porto Alegre-RS e das localidades que se fizerem necessárias, na forma do art. 167, I, n. 2, da Lei n. 6.015/1973, a fim de que seja inscrita hipoteca judiciária sobre bens das requeridas até o limite do valor objeto da condenação arbitrado em R\$ 7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil reais), com a respectiva comprovação a este Juízo, no prazo de 15 (quinze) dias, considerando ainda que o autor da ação, Ministério Público do Trabalho, é isento de custas e emolumentos.

As obrigações de dar serão apuradas mediante liquidação por cálculo e/ou por artigos.

Os direitos individuais homogêneos, compreendidos os direitos trabalhistas de feição pecuniária (direitos contratuais e rescisórios), os registros e anotações na carteira de trabalho e a indenização por dano moral individual, no caso de descumprimento, serão objeto de execução individual por meio de liquidação por cálculos e/ou por artigos manejadas pelo requerente ou pelos trabalhadores, sem prevenção deste juízo, em novos autos, ou seja, com livre distribuição devido à condenação genérica, à luz do art. 95 da Lei n. 8.078 de 1990, ressaltando-se que a execução coletiva,

no presente caso, não se mostra admissível, inclusive por não atender à teleologia do Processo Coletivo e por inviabilizar a razoável duração do processo, bem assim por ocasionar eventuais tumultos processuais (possíveis diversas impugnações aos cálculos e múltiplos agravos de petição, com paralisação dos atos processuais também para aqueles trabalhadores cujas contas se encontram corretas), de modo a evitar, desta forma, obstáculos processuais costumeiros nas antigas demandas concernentes aos planos econômicos, das quais várias execuções se apresentam pendentes atualmente na Justiça em todo o território nacional.

Excluídas as obrigações indicadas no parágrafo anterior, as demais serão objeto de execução nestes autos, no caso de descumprimento.

Os juros são devidos, *pro rata die*, no importe de 1% (um por cento) ao mês, a partir do ajuizamento da ação (Lei n. 8.177 de 1991). No caso de obrigação com vencimento após o ajuizamento da demanda, os juros serão regressivos.

A correção monetária deverá observar a época própria, conforme a exigibilidade de cada parcela e, quanto à matéria pertinente, o disposto no art. 459, parágrafo único, da CLT, bem como a Súmula n. 381 do E. TST.

No tocante à indenização por dano moral coletivo, indenização por *dumping social* e à indenização por dano moral individual, a correção monetária deve corresponder à data da publicação da sentença (Súmulas ns. 439 do TST e 362 do STJ).

Em razão das naturezas das obrigações de fazer, de não fazer, de multa diária, de indenização por dano moral coletivo, de indenização por *dumping social* e de indenização por dano moral individual, não são devidos recolhimentos de contribuição previdenciária e de imposto de renda quanto a estas.

No tocante às demais parcelas correspondentes a direitos individuais homogêneos com

efeitos pecuniários, uma vez que se trata de sentença genérica proferida em sede de ação civil pública/ação coletiva, por ocasião das liquidações/execuções individuais, os recolhimentos previdenciários serão devidos sobre aquelas verbas extraídas da sistemática do art. 28 da Lei n. 8.212/91, na forma do Decreto n. 3.048 de 1999 e da Súmula n. 368 do E. TST. Cada parte deverá suportar o encargo de sua responsabilidade (cota-parte), autorizada a dedução da cota-parte do trabalhador, cabendo às requeridas a comprovação respectiva.

O imposto de renda (ultrapassada a faixa de isenção) deverá incidir, observada a legislação pertinente e a normatização administrativa vigente (Instrução Normativa n. 1.127 de 2011 da Receita Federal), com a exclusão dos juros moratórios, na forma da jurisprudência consolidada do E. TST, autorizada a retenção/ dedução.

Em acolhimento ao requerimento do Ministério Público do Trabalho, **determino, imediatamente, a expedição de ofícios** ao Ministério Público Federal e à Polícia Federal para apuração de eventual figura típica de frustração, mediante fraude, de direito assegurado na legislação trabalhista, nos termos do art. 203 do Código Penal, com cópias da petição inicial, das contestações, das atas de audiência e desta sentença.

Custas pelas requeridas, de forma solidária, no importe de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), calculadas sobre o valor provisório da condenação arbitrado em R\$ 7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil reais). Cientes as partes na forma da Súmula n. 197 do E. TST.

Fábio Lucas Telles de Menezes Andrade Sandim,
Juiz do Trabalho

Índice Geral

Doutrina

Recrutamento de profissionais para execução do programa da saúde na família: necessidade de concurso público ou simples contratação temporária? 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. Programa/estratégia nacional da saúde na família. 2.2. Disciplina constitucional para ingresso no serviço público. 2.3. Da necessidade de concurso público diante da natureza das demandas prestacionais na área de saúde (Programa Saúde na Família). 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas

17

Art. 384 da CLT e seu aspecto constitucional. 1. Introdução. 2. Evolução história do sistema jurídico sob a ótica dos direitos humanos. 3. Técnica interpretativa constitucional moderna e o princípio da proteção. 4. Divergências doutrinárias no art. 384 da CLT. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas

27

A função revisora dos tribunais diante da sentença razoável. 1. Introdução. 2. A sentença razoável na doutrina — Considerações iniciais. 3. A ambiguidade da linguagem da lei convoca o magistrado sartreano. 4. Não há apenas uma única solução correta no caso jurídico, assim como não há apenas uma única interpretação musical verdadeira. 5. O caso concreto é matéria-prima para a justiça da solução. 6. A construção da decisão do caso concreto. 7. O juiz recria o direito. 8. Estado de Direito e discricionariedade judicial. 9. A discricionariedade judicial é ínsita à aplicação do direito. 10. A sentença razoável — Considerações complementares. 11. Fundamentação “completa” x fundamentação suficiente. 12. Balizas à discricionariedade judicial. 13. Conclusão. 14. Referências bibliográficas

35

O silêncio de um olhar para dentro: as novas relações sociais no contexto de um

novo mundo do trabalho. 1. Introdução. 2. Afetações de uma nova reestruturação produtiva. 3. O avanço de um “novo” reformismo social. 4. Terceirização. 5. A dissolução da subordinação jurídica. 6. *Dumping* social: afetações nas relações de trabalho. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas

53

Isonomia sob enfoques constitucional e internacional: por uma releitura do art. 461 da CLT. 1. Introdução. 2. Algumas convenções internacionais e a isonomia no trabalho. 3. O direito constitucional e a isonomia salarial. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.....

71

Crise econômica, direito do trabalho e concorrência internacional: o caso da Itália.....

83

Terceirização nos serviços públicos. 1. Introdução. 2. Considerações sobre os serviços públicos. 2.1. Delimitações conceituais. 2.2. Níveis de gestão do serviço público. 3. Terceirização na administração pública — distinções conceituais. 4. Escorço histórico da normatização da terceirização na administração pública. 5. Limites à terceirização nos serviços públicos. 5.1. Princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. 5.2. Princípio da legalidade. 5.3. Atividades passíveis de terceirização. 5.4. Vedação à intermediação de mão de obra. 5.4.1. O concurso público e os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade. 5.4.2. Limite de gastos com pessoal. 5.5. Princípio da organização funcional da administração pública. 6. Consequências da terceirização ilícita. 7. Consequências da terceirização lícita: a questão da responsabilidade do estado pelas verbas trabalhistas. 7.1. A violação ao princípio da isonomia. 7.2. A responsabilidade objetiva. 7.3. A responsabilidade subjetiva. 7.4. O princípio da moralidade. 7.5. O princípio da função social do contrato. 7.6. O valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana.

8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas	85	Peça processual.....	131
A função revisora dos tribunais — a questão do método no julgamento dos recursos de natureza ordinária.		Jurisprudência	
1. Introdução. 2. A morosidade do Poder Judiciário. 3. O método na filosofia. 4. A função revisora dos tribunais e o problema da efetividade da jurisdição. 5. Entre a “sentença razoável” do juiz e a “sentença ideal” para o relator — um falso dilema a superar. 6. A aplicação do direito: não há julgamento sem discricionariedade judicial. 7. O método da transmigração do relator. 8. Um acórdão e não uma nova sentença. 9. A sentença razoável deve ser confirmada. 10. O alcance de uma inovação procedimental. 11. Mauro Cappelletti — a atualidade de um diagnóstico. 12. Conclusão. 13. Referências bibliográficas.....		Acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho	
		Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho	
		Tribunal Superior do Trabalho.....	139
		Tribunal Superior do Trabalho.....	147
		Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.	159
		Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.	163
		Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região	167
		Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região	191
		Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região	195
		Sentenças	
		Vara do Trabalho de Rancharia – SP	223
		1ª Vara do Trabalho de Rio Branco – AC....	243

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: **PETER FRITZ STROTBEK**
Capa: **FORMA E CONTEÚDO EDITORA CRIATIVA**
Finalização: **FABIO GIGLIO**
Impressão: **PIMENTA GRÁFICA E EDITORA**

