

REVISTA
TRABALHISTA
Direito e Processo

REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo



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

Trimestral.

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

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

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

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

ISSN 1677-2784

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

LTr/SP

CDU 34:331 (81) (05)

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

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

Capa: **FORMA E CONTEÚDO EDITORA CRIATIVA**

Finalização: **FABIO GIGLIO**

Impressão: **PAYM GRÁFICA E EDITORA**

© 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 5294.2

Maiο, 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'Università di Roma "La Sapienza". Dirigente Responsabile dell'Ufficio Legale e Affari generali della Cassa Nazionale di Previdenza degli Ingegneri e Architetti italiani (Inarcassa). Avvocato. Componente di vari comitati scientifici di riviste giuridiche fra cui la "Revista de Direito Economico e sociambiental".

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO

Livre-Docente e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté-SP. Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG

Juiz do Trabalho do TRT da 5ª Região/BA. Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia/ UFBA. Extensão universitária em Economia do Trabalho pelo CESIT/UNICAMP. Professor de Direito e Processo do Trabalho 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	
A possibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade à luz do direito do trabalho constitucionalizado <i>Cláudio Jannotti da Rocha e Ailana Santos Ribeiro</i>	17
Discriminação racial e assédio moral no trabalho <i>Rúbia Zanotelli de Alvarenga</i>	33
Políticas públicas de combate ao trabalho infantil e o papel da Justiça do Trabalho <i>Jonas Pablo de Araújo Costa</i>	45
Processo eletrônico e o princípio da extraoperabilidade: a conexão a serviço da causalidade (informação), da estrutura (operação) e da juridicidade <i>S. Tavares Pereira</i>	59
Estudo comparativo de cláusulas especiais do contrato de trabalho desportivo do praticante profissional de futebol sob a luz do Direito Português e do Direito Brasileiro <i>Glener Pimenta Stroppa</i>	97
A competência executória das sentenças coletivas envolvendo direitos individuais homogêneos trabalhistas <i>Fausto Siqueira Gaia</i>	129
Uniformização de jurisprudência no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho: breves considerações sobre a Lei n. 13.015, de 21 de julho de 2014 <i>Érico Vinícius Prado Casagrande</i>	141
Relação de emprego: da estrutura à função <i>Almiro Eduardo de Almeida</i>	153

Crítica ao contrato de aprendizagem como forma de promoção do trabalho decente do adolescente <i>Patrícia Maeda</i>	167
O desmanche do Direito do Trabalho e a recente decisão do STF sobre a prescrição <i>Valdete Souto Severo</i>	179
Jurisprudência	
— Acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho e Tribunais Regionais do Trabalho	
Tribunal Superior do Trabalho.....	197
Tribunal Superior do Trabalho.....	207
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.....	215
Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região.....	227
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.....	247
— Sentenças	
Vara do Trabalho de Macapá – AP.....	261
1ª Vara do Trabalho de Nova Lima – MG.....	271
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

Meio ambiente do trabalho no século XXI: perspectivas e desafios

Em 2012, o Brasil se tornou o maior importador de agrotóxicos do mundo, superando os Estados Unidos. Com isso, nosso país tem se revelado um mercado altamente atraente para substâncias *proibidas* ou que tiveram a produção *suspensa* em países mais ricos por força de comprovados riscos à saúde e ao meio ambiente. Foi o que a famosa agência norte-americana *Reuters* publicou, em reportagem especial, no último dia 2 de abril⁽¹⁾. Ainda segundo a reportagem, pelo menos quatro grandes fabricantes de defensivos agrícolas — a norte-americana FMC Corp, a dinamarquesa Cheminova A/S, a alemã Helm AG e a gigante suíça do agronegócio Syngenta AG — vendem em solo brasileiro produtos *banidos* em seus mercados domésticos. E, por óbvio, os primeiros a sofrerem a trágica influência desses produtos na saúde são justamente os trabalhadores...

Já nos Estados Unidos, um fenômeno recente tem chamado a atenção das autoridades: a enorme quantidade de pedidos de demissão de pilotos de drones, veículos aéreos não tripulados usados para atacar alvos em partes da África e do Oriente Médio. Há queixas de excesso de trabalho e transtornos mentais decorrentes da exposição a imagens de destruição e mortes causadas pelos ataques. Segundo reportagem publicada em 31 de março de 2015, “os horrores vistos diariamente nas telas estão levando a versões inéditas de transtorno de estresse pós-traumático (TEPT) à distância”⁽²⁾.

Ainda no tema da correlação entre meio ambiente, saúde e trabalho, cumpre registrar que, na Europa, no último dia 26 de fevereiro de 2015, a bela cidade de Atenas (Grécia) sediou a 3ª Conferência de Saúde e Segurança no Trabalho. Ao final do conclave, os participantes apresentaram algumas “conclusões” a respeito de tudo quanto fora ali discutido. Pinçamos, dali, a conclusão de n. 5, que acentua ser “necessário reforçar o papel das organizações profissionais, universidades e demais profissionais para a melhoria da compreensão, atitude, capacidade e comportamento associados a uma cultura de saúde e segurança ocupacional”⁽³⁾.

Como se vê, a problemática do *meio ambiente* constitui preocupação de ordem global. E o debate mundial tem sido cada vez mais intenso quando o assunto é o *meio ambiente do trabalho*. Cuida-se de uma incansável busca no sentido de lograr cada vez maior e melhor compreensão de suas peculiares interações, identificação de novos riscos e proposição de soluções adequadas para cada uma de suas crises. E, tratando-se de uma discussão genuinamente

(1) Fonte: <<http://www.reuters.com/investigates/special-report/brazil-pesticides/>> Acesso em: 9 abr. 2015.

(2) Fonte: <<http://m.operamundi.uol.com.br/conteudo/samuel/39975/sobrecarregados+e+traumatizados+por+imagens+de+ataques+pilotos+de+drones+nos+eua+pedem+demissao+em+numero+recorde.shtml>> Acesso em 9 abr. 2015.

(3) Fonte: <<https://osha.europa.eu/en/news/conclusions-of-the-3rd-greek-occupational-health-and-safety-ohs-conference>> Acesso em: 9 abr. 2015.

ambiental, o círculo de legitimados ao debate é amplíssimo, porquanto disso dimana um dever que, por força constitucional, recai mesmo sobre *todos e cada um* (CF, art. 225, *caput*, *in fine*).

É debaixo dessa preciosa luz que a Anamatra, enquanto entidade privada que congrega magistrados trabalhistas de todo o Brasil, para além da responsabilidade por bem dirigir pautas internas à magistratura, também tem buscado exercer, com denodo e desenvoltura, seu inarredável papel de contribuir para a implementação de uma cultura que enfatize uma ambiência laboral maximamente sadia, segura e adequada, dando concretude, com isso, a relevantes vetores constitucionais (mais diretamente, arts 7º, XXII, 200, VIII, e 225, *caput*).

Um desdobramento prático dessa linha de atuação acontecerá em breve. É que a Anamatra decidiu promover, entre os dias 25 e 27 de maio próximos, o Simpósio Internacional “**Meio Ambiente do Trabalho no Século 21: Perspectivas e Desafios**”. O evento ocorrerá no Fórum do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, na capital paulista. Trata-se de conclave muito promissor, a ser realizado em parceria com a associação de magistrados local (Amatra 2) e com a Escola Judicial do TRT da 2ª Região.

Insta consignar que esse Simpósio é o primeiro fruto de alvissareiro convênio firmado entre a Anamatra e a University of Massachusetts (Boston – EUA), que, de sua parte, encaminhará três de seus renomados professores para debater temas labor-ambientais atuais e relevantes para o cenário brasileiro e internacional, tudo dentro de um saudável espírito de intercâmbio acadêmico. Temas como nanotecnologia, saúde mental e nexos causais com o trabalho, impactos dos agrotóxicos e do amianto na saúde dos trabalhadores, novas tecnologias e riscos laborais, riscos psicossociais e meio ambiente do trabalho, princípios da precaução e prevenção, além de muitos outros assuntos de semelhante importância estarão na pauta de discussões, tendo como principal público alvo magistrados trabalhistas. Palestrantes e debatedores comporão um rico corpo interdisciplinar de jurlaboralistas, jusambientalistas, psiquiatras, ergonomistas e integrantes de muitos outros ramos do conhecimento, que se integrarão em um magnífico esforço conjunto para propiciar um debate franco com vistas à maior conscientização pessoal e ao melhor preparo técnico de todos quantos, direta ou indiretamente, lidam com a ambiência laboral, pouco importando seu ramo de conhecimento.

A Anamatra, com isso, tenta dar sua contribuição para o debate ambiental, com ênfase em uma das dimensões mais humanas do meio ambiente: o *meio ambiente laboral* — com suas sempre muito intrincadas interações. O escopo maior dessa proposta de reflexão é unir forças para que a promessa constitucional de um meio ambiente laboral adequado, sadio e seguro, enfim saia do papel e se torne realidade, sobretudo para os trabalhadores brasileiros. Porque essa incômoda dissociação entre teoria e prática está iniludivelmente entrelaçada com sangue, dor e sofrimento. Logo, urge que isso tenha um fim. E o mais breve possível!

A Comissão Editorial

Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sentenças

1. Da finalidade

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

2. Da Comissão Editorial

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

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

3. Do encaminhamento

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

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

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

4. Das Sentenças e dos Acórdãos — Requisitos

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

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

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

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

5. Dos artigos científicos — Requisitos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. Da não observância dos requisitos formais

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

7. Disposições gerais

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

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

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

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

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

Comissão Editorial da Revista Trabalhista Direito e Processo

Doutrina

A possibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade à luz do direito do trabalho constitucionalizado

Cláudio Jannotti da Rocha^(*) e Ailana Santos Ribeiro^(**)

Abstract:

- ▶ This article aims to examine the possibility of accumulation of additional pay for dangerousness and insalubrity, through constitutional interpretation of labor law. Thus, the now exposed theme is linked directly to health and safety at work - one of the crucial points of this specialized area of law.

Key-words:

- ▶ Labor Law — Health — Dangerousness — Insalubrity — Aggregation.

Palavras-chave:

- ▶ Direito do Trabalho — Saúde — Periculosidade — Insalubridade — Cumulação.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Dos aspectos jurídicos do adicional de insalubridade e do adicional de periculosidade
 - ▶ 2.1. O adicional de insalubridade
 - ▶ 2.2. O adicional de periculosidade
 - ▶ 2.3. Natureza jurídica e considerações gerais acerca dos adicionais
- ▶ 3. Interpretação constitucional das normas trabalhistas
 - ▶ 3.1. Uma visão conglobada das normas de saúde e segurança do trabalhador
 - ▶ 3.2. Critérios contemporâneos de interpretação das normas trabalhistas

(*) Doutorando e Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade Pitágoras/MG. Graduado em Direito pela Universidade Vila Velha/ES. Membro do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais. Advogado. Professor Assistente na Pós-graduação de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho do Instituto de Educação Continuada – IEC – PUC Minas.

Professor da Graduação da Universidade Vila Velha – Curso Direito e Administração. Pesquisador. Autor de livros e artigos. Advogado. Bolsista CAPES.

(**) Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho do Instituto de Educação Continuada – IEC – PUC, Minas. Graduada em Direito pela UNIMONTES/MG. Advogada.

- ▶ 4. A possibilidade jurídico-constitucional de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências bibliográficas

Estou de volta pro meu aconchego. Trazendo na mala bastante saudade. Querendo um sorriso sincero, um abraço, para aliviar meu cansaço. E toda essa minha vontade.

Elba Ramalho

1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade da cumulação do adicionais de periculosidade e de insalubridade, mediante interpretação constitucional do Direito do Trabalho. Sendo assim, o tema ora exposto encontra-se interligado diretamente à saúde e segurança no local de trabalho — um dos pontos cruciais deste ramo jurídico especializado.

Destaca-se ainda que a saúde e a segurança são temas que se encontram relacionados direta e implicitamente à própria existência do Direito do Trabalho, tendo em vista as condições deploráveis que os trabalhadores viveram nos séculos XVIII e XIX, que acarretaram um número alarmante de acidente de trabalho. Portanto, falar em saúde e segurança significa discorrer também sobre as fontes materiais, fatores propulsores ao próprio desenvolvimento e sedimentação do ramo juslaborativo, tanto no espectro nacional, como no internacional. Daí, a sua extrema relevância no cenário jurídico e social no qual estão inseridas as relações trabalhistas.

De fato, o Direito do Trabalho emergiu no século XX, como um produto do sistema capitalista, pelo Estado Social, estando, por isso, intimamente ligado à linha evolutiva do sistema de produção industrial e do próprio capitalismo. Assim, conforme leciona Mauricio Godinho Delgado, a relação empregatícia, objeto nuclear do direito laboral, torna-se perceptível exatamente ao longo do movimento de eclosão e expansão da Revolução Industrial (séculos XVII e XVIII), com a vinculação da

mão de obra livre ao sistema produtivo capitalista que se buscava consolidar.

Conforme ensina Jorge Luiz Souto Maior: Os Direitos Sociais (Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social, com inserção nas Constituições), constituem a fórmula criada para desenvolver o que se conveniou chamar de capitalismo socialmente responsável.

O Estado Social de Direito é fruto do constitucionalismo social, iniciado no México (1917) e na Alemanha (1919), quando foram criados direitos sociais (trabalho, saúde, educação, alimentação, habitação e outros) com patamar constitucional. Logo depois, outros países, principalmente os ocidentais, passaram a constitucionalizar os direitos sociais inspirados nesses dois países. Essa modalidade estatal é capitaneada justamente pelo Direito do Trabalho.

Leciona Mauricio Godinho Delgado que o processo de formação e consolidação da relação empregatícia, moldado pelo que denomina de sistema da grande indústria, serviu à conjuntura econômica deflagrada com a Revolução Industrial. Isso porque, ao combinar liberdade pessoal com subordinação, foi peça indispensável para potencializar, ao máximo, não só a inteligência produtiva, sistematizada e objetivada do ser humano, como a produtividade do trabalho ao longo dos últimos dois séculos e meio.

No entanto, em prol de uma produtividade acelerada e de um insaciável desejo de lucratividade pelos grandes empresários industriais, nenhuma atenção era destinada aos trabalhadores que, reduzidos à condição de meros operadores de máquinas, a essas eram preteridos. Como consequência, investia-se

todo o capital na aquisição de um maquinário produtivamente potente, destinando-se apenas o mínimo ao trabalhador, alvo de salários ínfimos e condições de trabalho aviltantes.

Ao se adentrar nas fábricas, que fomentavam a Revolução Industrial, era inevitável deparar-se com crianças, mulheres e homens (os dois primeiros as preferências⁽¹⁾) despejados num galpão sujo, onde realizavam movimentos repetitivos exaustivamente, ao longo de jornadas intermináveis. E em meio à total ausência de segurança na realização de suas atividades, as jornadas extenuantes, o cansaço físico e mental decorrentes da pressão patronal por produtividade, drásticos acidentes, contaminação por doenças infecciosas e mortes eram acontecimentos corriqueiros no ambiente fabril.

Em contraposição à perpetuação desse cenário altamente perigoso e insalubre é que, conforme leciona Sebastião Geraldo de Oliveira, foi desenvolvida a Medicina do Trabalho, inicialmente restrita a uma atuação apta a restaurar a produtividade dos trabalhadores doentes. Esse *modus operandi* dos médicos do trabalho, inclinado muito mais a atender a um interesse patronal do que ao próprio trabalhador, permaneceu evidente até início do século XX, quando uma produção normativa de caráter preventivo passou a ser defendida pela então recém-fundada Organização Internacional do Trabalho (OIT). Com isso, as atenções da Medicina do Trabalho deixaram de concentrar-se apenas no doente e o trabalhador passou a ser percebido e compreendido como uma espécie de vítima em potencial, cuja saúde e integridade física deveriam ser constantemente protegidas.

Conforme leciona Sebastião Geraldo de Oliveira:

O incremento da produção em série, após a Revolução Industrial, deixou à mostra a fragilidade do trabalhador na luta

desleal com a máquina, fazendo crescer assustadoramente o número de mortos, mutilados, doentes, órfãos e viúvas. Nesse período é que surgiu a etapa da “Medicina do Trabalho”, cuja característica principal foi a colocação de um médico no interior da empresa para atender ao trabalhador doente e manter produtiva a mão de obra. Surgiram também as primeiras leis a respeito do acidente do trabalho, primeiramente na Alemanha, em 1884, estendendo-se a vários países da Europa nos anos seguintes, até chegar ao Brasil, por intermédio do Decreto Legislativo n. 3.724, de 15 de janeiro de 1919. A criação da Organização Internacional do Trabalho — OIT — pelo Tratado de Versailles incrementou a produção das normas preventivas, tanto que, já na sua primeira reunião no ano de 1919, foram adotadas seis convenções, que direta ou indiretamente visavam à proteção da saúde, bem-estar e integridade física dos trabalhadores, porquanto tratavam da limitação da jornada, desemprego, proteção à maternidade, trabalho noturno das mulheres, idade mínima para admissão de crianças e trabalho noturno dos menores.

Contudo, a seara da Medicina do Trabalho apenas foi fortalecida e elástica em meados do século XX, quando se iniciou a fase da Saúde Ocupacional, caracterizada por um atendimento médico voltado às origens dos problemas de saúde suportados pela classe obreira. No Brasil, conforme realça Sebastião Geraldo de Oliveira nesse mesmo período, o conceito de saúde foi ampliado com a criação da Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1946, e o Brasil ampliou as normas de segurança e medicina do trabalho, instituindo os Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho — SESMT — e as Comissões Internas de Prevenção de Acidentes — CIPA.

Em 1977, foi então editada a Lei n. 6.514, responsável por inserir alterações no Capítulo V, do Título II da CLT, que trata “Da Segurança

(1) ENGELS, Friedrich. *A situação da classe trabalhadora inglesa*. Tradução de B. A. Schumann. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 45.

e da Medicina do Trabalho”. Dentre as diversas inovações e regulamentações advindas de tal lei, todas elas com o condão de atenuar a exposição do trabalhador aos riscos inerentes às atividades por ele desenvolvidas, ganharam relevo no ordenamento jurídico brasileiro as figuras do adicional de insalubridade e do adicional de periculosidade.

Desde então, apesar de previstos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) como direitos do trabalhador, o dever de eliminação ou redução dos agentes perigosos e insalubres pelos empregadores tornaram-se a grande expressão do intuito protetivo à saúde e segurança do trabalhador.

A seguir, os aspectos jurídicos atinentes a cada um desses adicionais serão abordados em apartado, para que, passando-se pela aplicação pelos tribunais trabalhistas ao longo dos últimos anos, seja possível compreender os fundamentos fáticos e jurídicos que ensejaram o fortalecimento do recente posicionamento favorável à cumulação dos referidos adicionais.

Por fim, buscar-se-á demonstrar a relevância e o progresso jurídico e, precipuamente, social emanado desse novo entendimento (principalmente pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho), que se mostra fiel ao caráter teleológico, civilizatório, democrático e, sobretudo, constitucional, ínsitos ao Direito do Trabalho.

2. Dos aspectos jurídicos do adicional de insalubridade e do adicional de periculosidade

2.1. O adicional de insalubridade

A palavra insalubre, do latim *insalubris*, numa visão genérica e perfunctória, consiste em qualidade apta a caracterizar tudo aquilo que é pouco saudável, capaz de causar doenças.

No âmbito jurídico, no entanto, esse conceito foi aprimorado e, de certa forma, estreitado pelo art. 189 da CLT, que ao definir o que são,

para fins legais, atividades insalubres, assim dispõe:

Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Aportando-se no aludido dispositivo e combinando-o com art. 190 do mesmo diploma legal, Alice Monteiro de Barros conceitua as atividades ou operações insalubres como aquelas definidas em quadro aprovado pelo Ministério do Trabalho, que pela natureza, condições ou métodos de trabalho expõem os empregados a agentes químicos, físicos ou biológicos, em níveis de tolerância superiores aos limites estabelecidos pelas normas reguladoras.

Regulamentadas, atualmente, pela Norma Regulamentadora n. 15 (NR-15), as atividades insalubres são todas aquelas mencionadas nos Anexos ns. 6, 13 e 14 da NR-15, cujos limites de tolerância encontram-se especificados nos Anexos ns. 1, 2, 3, 5, 11 e 12 da mesma norma. A exemplo, citam-se as atividades exercidas sob condições hiperbáricas e aquelas que implicam a exposição do trabalhador a radiações ionizantes.

Conforme bem pondera Alice Monteiro de Barros, “o trabalho em condições insalubres, ainda que intermitente, envolve maior perigo para a saúde do trabalhador e, por isso mesmo, ocasiona um aumento na remuneração do empregado”. Cumprindo essa finalidade, o art. 192 da CLT estabeleceu que o exercício do trabalho em condições insalubres assegura ao empregado a percepção de adicionais de 10%, 20% ou 40% sobre o salário mínimo da região, conforme classificados em graus mínimo, médio ou máximo, respectivamente.

Uma vez apresentada em juízo demanda na qual o trabalhador requeira a concessão do adicional de insalubridade, será necessário que o juiz, para fins caracterização e classificação

da insalubridade arguida, designe perito (Médico ou Engenheiro do Trabalho), cujo laudo instruirá a decisão do magistrado.

Contudo, cumpre realçar que, por força de interpretação jurisprudencial conferida pela Seção de Dissídios Individuais I (SDI-I), consubstanciada em sua OJ n. 4, para que se conceda ao empregado o direito ao respectivo adicional é imprescindível que, além da constatação da insalubridade por laudo pericial, a atividade por ele realizada esteja prevista pelo quadro oficial elaborado pelo Ministério do Trabalho.

No que se refere a sua base de incidência, determina o art. 192 da CLT ser esta o salário mínimo, ficando aqui ressalvada a existência de recente entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de considerar que a vinculação do cálculo do adicional ao salário mínimo contraria o disposto no art. 7º, IV da CF/88.

Há, ainda, disposição legal no sentido de impor ao empregador a neutralização ou eliminação da insalubridade mediante adoção de medidas de conservação do ambiente do trabalho, bem como o dever de fornecer Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) que reduzam a intensidade dos efeitos decorrentes da exposição aos agentes agressivos.

2.2. O adicional de periculosidade

Diversamente das atividades eivadas de insalubridade, as atividades ou operações perigosas são aquelas que, em virtude da sua própria natureza ou do método de trabalho, colocam o trabalhador em condições de risco acentuado.

Conforme preceitua o art. 193 da CLT, esse risco acentuado pode decorrer da exposição permanente do trabalhador a inflamáveis, explosivos ou energia elétrica e roubos ou outras espécies de violência física em atividades de segurança patrimonial ou pessoal.

Realça-se que, recentemente, esse rol foi ampliado pela Lei n. 12.997, publicada em 20.6.2014, que inseriu um § 4º ao art. 193 da

CLT, determinando que o trabalho em motocicleta também caracteriza atividade perigosa.

Nota-se que a legislação trabalhista, ao discorrer acerca da caracterização da periculosidade, refere-se à exposição em caráter permanente do trabalhador a condições de risco. No entanto, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, pela Súmula n. 364, cuja redação foi alterada pela Resolução n. 174 de 2011, passou a entender plenamente possível a concessão do adicional de periculosidade ao trabalhador que, ainda que intermitentemente, realize atividades perigosas. Nas palavras do texto sumulado:

Faz jus ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido.

Quanto a esta situação leciona Márcio Túlio Viana:

Tal como acontece com o adicional de insalubridade, o de periculosidade é devido no trabalho intermitente; mas indevido no eventual, o mesmo acontecendo, segundo o TST, se o tempo de exposição é extremamente reduzido (Súmula n. 364). Mas esta última conclusão é discutível: embora a CLT exija exposição permanente com explosivos ou inflamáveis (art. 193), essa permanência deve ser entendida como a exposição rotineira, ainda que por tempo muito curto: afinal, pode-se perder a vida em um minuto...

O adicional que é devido aos empregados que se encontram submetidos aos requisitos legais é objetivamente fixado pelo art. 193, § 1º, da CLT, no percentual de 30%, incidente sobre o salário do empregado. O mesmo dispositivo faz a ressalva expressa de que estarão incluídas na base de incidência os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participação nos lucros da empresa. Ainda nesse sentido, a Súmula n. 132, do TST esclarece que o adicional de

periculosidade pago em caráter permanente integrará o cálculo de indenização e de horas extras, uma vez que a sua feição é salarial.

Assim como ocorre com a insalubridade, a caracterização da periculosidade também se dá por meio de laudo pericial confirmativo da situação de risco, elaborado por Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho. Entretanto, para que a formação do convencimento do magistrado se dê no sentido de ser devido o respectivo adicional, será necessário observar se a situação de risco *in concreto* enquadra-se nos requisitos regulamentares aprovados pelo MTE.

Nesse sentido, foi editada em 1978 a NR-16, responsável por regulamentar as atividades e operações perigosas, especificando atividades (dentro daquelas genericamente citadas pelo art. 193 da CLT) e delimitando as respectivas áreas de risco.

2.3. Natureza jurídica e considerações gerais acerca dos adicionais

Ambos os adicionais que constituem objeto de análise do presente trabalho correspondem, nas palavras de Mauricio Godinho Delgado, a “parcelas contraprestativas suplementares devidas ao empregado em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas”.

Assim, o adicional de insalubridade e o adicional de periculosidade são parcelas pagas pelo empregador em adição à parcela salarial principal a que o empregado faz *jus* em decorrência de infortúnios a que se encontra sujeito no exercício de sua atividade laboral.

Via de regra, consistem numa expressão pecuniária. Contudo, realça Mauricio Godinho Delgado ser plenamente possível a convenção de que parcelas de tal natureza sejam pagas em utilidades, a exemplo do que se opera com o adicional de fronteira.

O entendimento hegemônico tanto em termos de doutrina quanto de jurisprudência é no sentido de que, uma vez que nitidamente contraprestativo, já que pago diretamente pelo

empregador em virtude da relação de emprego, o adicional é provido de natureza salarial. Nessa tônica, integram o ordenamento jurídico hodierno algumas Súmulas do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, dentre elas a de n. 248:

A reclassificação ou descaracterização da insalubridade, por ato da autoridade competente, repercute na satisfação do respectivo adicional, sem ofensa ao direito adquirido ou ao princípio da irredutibilidade salarial.

Portanto, não dispõe de respaldo legal e jurisprudencial o entendimento de que as parcelas pagas a título de adicionais possuam caráter indenizatório, mas sim salarial, gerando, portanto, todos os reflexos salariais.

Contudo, no que se refere ao princípio trabalhista da irredutibilidade salarial, Mauricio Godinho Delgado faz importante ressalva quanto a uma peculiaridade jurídica dos adicionais:

Embora sendo salário, os adicionais não se mantêm organicamente vinculados ao contrato, podendo ser suprimidos, caso desaparecida a circunstância tipificada ensejadora de sua percepção durante certo período contratual. São, desse modo, o exemplo mais transparente do chamado salário condição, acolhido reiteradamente pela jurisprudência (ilustrativamente, Súmulas ns. 60 e 265, 291, 80 e 248, TST) e por textos legais trabalhistas (ilustrativamente, arts. 194 e 469, § 3º, CLT).

Esse enquadramento dos adicionais de insalubridade e periculosidade na categoria de “salário-condição”, cuja repercussão prática é a possibilidade de sua supressão, encontra-se explicitado pelo art. 194 da CLT. Tal dispositivo, determina a cessação do direito aos adicionais de insalubridade e periculosidade uma vez que eliminado o risco à saúde ou integridade física do empregado, nos termos da regulamentação do Ministério do Trabalho.

Nessa tônica, Valentin Carrion assevera ser a integração do adicional no contrato de trabalho relativa, haja vista a possibilidade legal de que

seja suprimido quando deixar de persistir a agressão nociva à pessoa do trabalhador.

Quanto à classificação doutrinária desses adicionais, nos termos do que leciona Mauricio Godinho Delgado, ambos constituem uma hipótese de “adicional legal abrangente”. Legais, simplesmente por encontrarem-se previstos em lei. Abrangentes, porque, ao contrário do que se opera com os adicionais de caráter restrito, aplicam-se a qualquer empregado que se enquadrar nas circunstâncias tipificadas em lei e regulamentadas pelas NRs do MTE, pouco importando a categoria profissional a que pertenciam.

Expostas as características e peculiaridades dos adicionais de insalubridade e periculosidade em conformidade com o que se extrai do texto da CLT, passa-se agora a uma análise conglobada do ordenamento jurídico no que se refere às normas de saúde e segurança do trabalhador, com ênfase na regulamentação dos adicionais em questão, bem como aos critérios que devem reger a sua interpretação e aplicação pelos magistrados trabalhistas. Tudo isso para que, ao final, seja possível proceder à compreensão dos critérios que se mostraram decisivos e relevantes no acórdão proferido pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho, que concedeu a um trabalhador o direito em perceber, cumulativamente, os adicionais de insalubridade e periculosidade.

3. Interpretação constitucional das normas trabalhistas

3.1. Uma visão conglobada das normas de saúde e segurança do trabalhador

O complexo normativo atualmente existente, responsável por disciplinar e garantir, no plano fático, a preservação da saúde e segurança do trabalhador brasileiro é, simultaneamente, farto e esparso. E dada a relevância do tema, uma vez que repercute diretamente na dignidade da pessoa do trabalhador, não poderia ser diferente.

Quanto às normas de origem nacional, o robusto e mais importante respaldo legal encontra-se insculpido pelo art. 196 da CRFB/88, que consagra a saúde como direito de todos e dever do Estado, o que permite inferir que, no plano trabalhista, conforme entende Sebastião Geraldo de Oliveira, a saúde é direito do trabalhador e dever do empregador.

Ainda, na esfera constitucional, o art. 7º, XXII, introduz como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho mediante normas de saúde, higiene e segurança, e em seu inciso XXIII assegura o adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas.

Nota-se, portanto, que a preocupação do legislador constituinte não orbitou apenas em torno da monetização dos riscos e infortúnios suportados pelos trabalhadores, indo bem além ao impor aos empregadores o dever de sempre tender a eliminação ou redução dos agentes perigosos e insalubres. Nesse sentido, Valentin Carrion afirma que a preocupação relativa aos efeitos de agentes agressivos sobre a pessoa humana emana não apenas da Medicina do Trabalho, mas, sobretudo, da lei.

O art. 5º, § 2º, da CRFB/88, estabeleceu que os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, bem como dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Nesses últimos, encontram-se incluídas as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que, uma vez ratificadas pelo Brasil, incorporam-se à legislação interna (art. 5º, § 2º, da CRFB/88).

Como membro da OIT, o Brasil já ratificou diversas e importantes convenções relativas ao meio ambiente do trabalho, saúde e segurança do trabalhador, que, conforme esclarece Sebastião Geraldo de Oliveira, tendem a viabilizar uma evolução harmônica das normas protetivas, alcançando o que denomina de “universalização

da justiça social e do trabalho digno para todos”. Leciona ainda:

Diversas convenções da OIT ratificadas pelo Brasil tratam do tema da segurança, saúde e meio ambiente do trabalho. (...) No entanto, merecem maior atenção, pela amplitude de abrangência, três dessas convenções: 1. A Convenção n. 148 que trata dos riscos devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho; 2. A Convenção n. 155 que trata da segurança e saúde dos trabalhadores e do meio ambiente de trabalho; 3. A Convenção n. 161 que trata dos serviços de saúde no local de trabalho. Convém destacar, como exemplo do grau de importância, dois artigos da Convenção n. 155 acima mencionada:

Art. 4 – 1. Todo Membro deverá, em consulta às organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e a prática nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho. 2. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho. Art. 8 – Todo Membro deverá adotar, por via legislativa ou regulamentar ou por qualquer outro método de acordo com as condições e a prática nacionais, e em consulta às organizações representativas de empregadores e de trabalhadores interessadas, as medidas necessárias para tornar efetivo o art. 4 da presente Convenção. (OLIVEIRA, 2007, p. 113)

No que se refere, especificamente, à exposição do trabalhador a agentes agressivos à sua saúde e integridade física, a Convenção n. 155 da OIT, produto da Conferência Geral convocada em Genebra pelo Conselho de Administração do Departamento Internacional

do Trabalho, em 1981, em seu art. 11, item *b*, impõe às autoridades competentes as seguintes obrigações:

(...) determinação das operações e processos que estarão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, bem como a determinação das substâncias e agentes aos quais a exposição no trabalho estará proibida, limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; deverão levar-se em consideração os riscos para a saúde causados pela exposição simultânea a várias substâncias ou agentes.

Já em nível de lei ordinária, a CLT, conforme demonstrado em sede de primeiro capítulo, é o principal aparato normativo de disciplina desses direitos. Entretanto, considerando a necessidade de se pormenorizar todos os comandos relativos à saúde e segurança do trabalhador, a fim de proporcionar condições favoráveis a seu efetivo cumprimento pelos seus destinatários, o legislador ordinário cuidou em delegar competência normativa ao MTE.

Nesse sentido, o art. 200 da CLT determinou que cabe ao Ministério do Trabalho estabelecer disposições complementares às normas de que trata o Capítulo de “Saúde e Segurança”, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho.

Conforme muito bem pondera Sebastião Geraldo de Oliveira, lamentavelmente, os dispositivos mais conhecidos desse capítulo, nos meios jurídicos, “são os que tratam dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, demonstrando que a pretensão remuneratória imediata despertou mais interesse do que o propósito de preservação da vida e da saúde”.

3.2. Critérios contemporâneos de interpretação das normas trabalhistas

A interpretação jurídica consiste em importante instrumento prévio à jurisdição propriamente dita, vez que apta a transferir para o plano

concreto o conteúdo e extensão de uma norma jurídica do modo mais fiel à intenção legislativa.

Alice Monteiro de Barros explana que:

Interpretar consiste em aplicar as regras que a hermenêutica perquire e ordena. A interpretação é um processo mental de pesquisa do real conteúdo da lei. Não é, entretanto, apenas a lei escrita que deverá ser interpretada, mas toda a norma jurídica, e não somente os preceitos obscuros. (...) O fundamento ontológico se subsume à conduta humana e traduz uma expressão de ego existencial, logo o Juiz não poderá presumir já conhecê-la e vinculá-la a uma norma. O fundamento axiológico, por sua vez, exige a verificação dos valores contidos no fato, para individualizá-lo. O fundamento gnosiológico está relacionado com a necessidade de se conhecer o fato no contexto do Direito. Finalmente, tem-se o fundamento lógico, que consiste na adaptação do fato à norma, utilizando-se de coerência nas conexões de pensamento.

Percebe-se, portanto, que a interpretação jurídica é método imprescindível à adequação do Direito, que busca submeter os fatos do mundo real a regras mais claras e mais individualizadas, evitando que o direito se reduza à expressão fria e generalista de um encadeamento de palavras.

No que se refere aos métodos de interpretação, em verdade, todos aqueles que vigoram nos sistemas jurídicos contemporâneos tendem e devem tender ao alcance de uma meta em comum, que é a de “fazer do Direito um critério mais igualitário e universal de aferição de condutas, tornando-o, desse modo, um instrumento mais perfeito de socialização e democratização”⁽²⁾.

Na seara juslaborativa, entretanto, além de tais linhas básicas que norteiam o método exegético, tem-se evidente um outro propósito

específico: fazer prevalecer, quando da aplicação da norma, os princípios inerentes ao Direito do Trabalho.

Fundamentando essa necessidade proeminentemente de que a leitura do direito trabalhista se dê à luz de uma jurisprudência axiológica, isto é, uma interpretação inspirada pela prevalência dos valores e princípios nucleares desse ramo do direito, está o próprio dever do julgador em afirmar e garantir o caráter democrático e igualitário do Direito do Trabalho nas situações submetidas à sua apreciação.

Contemporaneamente, conforme assevera Delgado, a recomendação no âmbito da hermenêutica jurídica é a de que sejam combinados, na medida do possível, três dos métodos interpretativos disponíveis, formando-se um “todo unitário”. São esses métodos: o lógico, centrado na investigação da *mens legis* em prol da coerência e harmonia do texto legal; o sistemático, que busca harmonizar a norma ao ordenamento jurídico como um todo, investigando a “tendência normativa hegemônica nas diversas normas e diplomas existentes sobre matérias correlatas”; e o teleológico ou finalístico, que vincula a exegese às finalidades sociais da norma jurídica, evitando resultados práticos que contrariem o objetivo central de proteção ao trabalhador emanado da lei.

Em termos de interpretação contemporânea do Direito do Trabalho, o mesmo autor pondera, ainda, que um dos grandes e atuais desafios consiste na realização pela ciência jurídica trabalhista da “dimensão constitucional” que restou delineada pela CRFB/88. Mauricio Godinho Delgado demonstra:

Alguns obstáculos têm se apresentado nas últimas décadas com respeito a esse tema. De um lado, o ainda insistente e injustificável manejo, por parte da comunidade jurídica, inclusive judiciária, de ultrapassado critério de análise da eficácia jurídica das normas constitucionais (enquadrando-as como autoexecutáveis ou não autoexecutáveis); ou, alternativamente, o manejo impróprio do

(2) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 226.

critério moderno, de modo a suprimir, na prática, qualquer mínima eficácia jurídica a normas tidas como de eficácia contida ou de eficácia limitada. De outro lado, a recusa a conferir efeitos jurídicos reais à função normativa dos princípios jurídicos e, em consequência, a vários e decisivos princípios constitucionais, muitos de grande impacto na área juslaborativa. Acresça-se, ainda, a insuficiente utilização do critério hermenêutico moderno intitulado interpretação em conformidade com a Constituição, que evita as equações às vezes excessivamente formais, rigorosas, excludentes e maniqueístas (...), em benefício de uma linha interpretativa agregadora dos comandos impostos pela Constituição com as dimensões compatíveis e/ou adequáveis das normas infraconstitucionais confrontadas.

É dizer: a interpretação das normas do direito trabalhista, como preparação para uma atividade jurisdicional equilibrada, deve sempre condizer não apenas com os princípios e regras específicos à área juslaborativa, mas, sobretudo, com os valores propagados pela Constituição.

Tal entendimento, transplantado para a seara específica da saúde e segurança do trabalhador, culmina na necessária compreensão de que todas as normas infraconstitucionais atinentes a esse tema (Capítulo V da CLT) devem ser aplicadas pelo julgador em primazia dos seguintes pilares constitucionais, dentre outros: a preservação do valor social do trabalho (art. 1º, IV, CF), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a garantia da saúde como direito de todos (art. 196, CF) e, por fim, a garantia à redução ou eliminação dos riscos que afetem a integridade física, orgânica e mental dos trabalhadores (art. 192, CF e art. 7º, XXII, CF).

Assim, conforme se verá adiante, a nova compreensão do TST quanto à possibilidade de se cumular os adicionais de insalubridade e periculosidade foi fiel não apenas aos valores

e princípios sociais que devem sempre acompanhar o Direito do Trabalho, mas, também, ao critério hermenêutico moderno que Delgado denomina de “interpretação normativa em conformidade com a Constituição”.

4. A possibilidade jurídico-constitucional de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade

Os magistrados trabalhistas sempre decidiram, quase que de modo uníssono, no sentido de ser impossível a concessão a um mesmo trabalhador, dentro de uma mesma relação de trabalho, dos adicionais de insalubridade e periculosidade concomitantemente.

Essa linha histórica de decisões ancorou-se, durante longos anos, num mesmo fundamento, basicamente no fato de uma possível cumulação constituir-se como ato ilegal, uma vez que existente disposição legal expressa em sentido contrário.

O art. 193 da CLT, ao discorrer acerca do adicional de periculosidade faz a ressalva, em seu § 2º, de que “o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que, porventura, lhe seja devido”.

Assim, no entender predominante da jurisprudência trabalhista, o legislador havia se manifestado, inequivocamente, no sentido de conferir ao trabalhador exposto a agentes insalubres e perigosos uma escolha: ou perceberia o adicional de insalubridade, fixado entre os percentuais de 10%, 20% ou 40% sobre o salário mínimo, ou perceberia o adicional de insalubridade, em percentual fixo de 30% sobre o seu salário.

Realça-se, que nunca foi questionado o fato de se tratar de dois direitos totalmente distintos e independentes, uma vez que gerados por fatos também distintos e autônomos, conforme demonstrado no início. Um deles, buscando abarcar as situações de risco à integridade física e à própria vida do trabalhador no exercício de atividades perigosas. O outro, aplicável às hipóteses de exercício de atividades

sob a ação de agentes prejudiciais à saúde do trabalhador.

Colocando ainda mais em relevo a distinção entre insalubridade e periculosidade, o próprio MTE, no exercício de sua competência normativa delegada pela CLT, regulamentou as atividades e operações insalubres e perigosas em Normas Regulamentares distintas, quais sejam, a NR-15 e a NR-16, respectivamente.

Desse modo, é perfeitamente possível dizer que tanto o legislador quanto a doutrina e a própria jurisprudência sempre tiveram plena consciência de que um trabalhador submetido a uma atividade simultaneamente perigosa e insalubre estava submetido à ação de agentes duplamente agressivos e, portanto, sujeito a suportar danos múltiplos, ou seja, de certo modo, sempre se reconheceu que esse empregado, numa análise contextualizada, teria dois direitos (ao adicional de periculosidade e ao adicional de insalubridade), mas, se a lei ordinária impunha ao trabalhador uma escolha, vedar a cumulação de tais direitos era o certo a ser feito.

Assim, por muito tempo, os magistrados trabalhistas, cumprindo estritamente o texto de lei, não proibiram os empregados de exercer atividades concomitantemente insalubres e perigosas (vedação que poderia ser mais aceitável na prática pela finalidade social protecionista que restaria explícita), mas privaram os mesmos de perceber os dois adicionais a que, por uma simples questão de bom-senso, deveriam fazer *jus*.

Nesse sentido, a decisão do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, proferida há pouco mais de um ano:

RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. IMPOSSIBILIDADE. OPÇÃO DO TRABALHADOR PELA VERBA MAIS VANTAJOSA, EM FASE DE LIQUIDAÇÃO. COMPENSAÇÃO. O art. 193, § 2º, da CLT veda a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, podendo, no entanto, o empregado fazer a opção pelo

que lhe for mais benéfico, em sede de liquidação de sentença, assegurada a dedução do título até então recebido, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa. Precedentes. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

Contudo, na doutrina, precipuamente, esse entendimento nunca foi pacífico. Alguns doutrinadores, como Alice Monteiro de Barros, sempre entenderam ser desarrazoada tal vedação, sustentando, inclusive, a possibilidade de um mesmo trabalhador receber não apenas um adicional de periculosidade e outro de insalubridade, mas de cumular vários adicionais de insalubridade se exposto a diferentes agentes insalubres aptos a atingirem o seu organismo de modos diversos.

E por mais que possa parecer demasiadamente radical, o raciocínio jurídico dessa corrente, na prática, faz todo o sentido, já que busca evitar que um empregado que exerça uma atividade multiplamente insalubre tenha o mesmo adicional remuneratório que aquele que esteja exposto a apenas uma espécie de insalubridade.

Assim, desde a Constituição de 1988, com o progressivo fortalecimento dos ideais de proteção à dignidade humana e ao valor social do trabalho, e com a previsão expressa do amplo direito do trabalhador aos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade (art. 7º, XXIII, CF), o entendimento favorável à cumulação dos dois primeiros passou a manifestar-se, além da doutrina, na jurisprudência trabalhista.

Neste ano de 2014, mesmo antes do pronunciamento da Sétima Turma do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de acatar a possibilidade de cumulação, algumas decisões de Tribunais Regionais do Trabalho já buscavam implementar uma nova visão acerca desses institutos jurídicos trabalhistas. Ilustrativamente, cita-se a seguinte decisão do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, em processo cujo Relator foi o Desembargador Marcos Fagundes Salomão:

ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. Os adicionais de insalubridade e periculosidade dizem respeito a fatos geradores diversos, razão pela qual não há que se falar em impossibilidade de cumulação, mormente porque tais adicionais têm por escopo a proteção à saúde, direito constitucionalmente garantido.

Entretanto, foi apenas nos autos de Recurso de Revista n. 1072-72.2011.5.02.0384, interposto pela recorrente Amsted Maxion Fundação e Equipamentos Ferroviários S.A. em face do recorrido Ivanildo, que a corte superior trabalhista, pela primeira vez, confirmou decisão recorrida, proferida pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em 11.10.2012, Desembargador Relator Paulo Sérgio Jakutis, que concedeu ao reclamante o direito a ambos os adicionais, fundamentando que:

Concluir que a exposição a um risco inclui o outro, tendo em conta a distinção dos problemas que envolvem a periculosidade (onde o infortúnio pode redundar na morte imediata e cada minuto de exposição pode equivaler ao último da própria vida) e a insalubridade (onde o trabalhador troca a saúde por dinheiro, vivendo menos, mas com menos necessidades), não pode ser considerada uma resposta logicamente — não é preciso nem se chegar ao universo legal, portanto — adequada. Nos dias que correm, é insuperável a conclusão de que a ciência pode permitir a detecção de agentes insalubres anteriormente impensáveis e que estes podem conviver com situações de extrema periculosidade, não havendo nenhuma razão sincera e verdadeira para dizer-se que o trabalhador merece receber o salário condição — por qualquer dos argumentos que se entenda devida essa retribuição — quando exposto à insalubridade ou à periculosidade, mas o excluir de um dos benefícios quando exposto a ambos. Aliás, não é apenas ilógico, mas extremamente injusto, posto que aquele que está exposto a uma condição menos grave (exposto a um mal apenas) recebe o mesmo que aquele, que está exposto às duas tormentas.

A Sétima Turma do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar o Recurso de Revista acima mencionado, interposto com o objetivo de demonstrar que a decisão do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região havia violado a lei e a Constituição Federal, foi incisiva e precisa.

Todo o julgamento, conforme se depreende da leitura do acórdão respectivo, ancorou-se na premissa de que, em se tratando de direito ordinário pré-constitucional (o que é o caso do art. 193, § 2º, da CLT), é imprescindível o fenômeno da “aderência constitucional”.

Desse modo, não pode o julgador admitir que a legislação infraconstitucional institua norma menos benéfica ao trabalhador em detrimento de garantia inculpada no art. 7º da Constituição Federal, no sentido de estipular “outros direitos que visem à melhoria de sua condição social e, especialmente, em desrespeito ao princípio de proteção da dignidade da pessoa humana do obreiro”.

Assim, entendeu a Sétima Turma do Colendo Tribunal Superior do Trabalho que, feita uma leitura do art. 193, § 2º, da CLT, conforme a Constituição, não se pode alcançar compreensão diversa: o dispositivo não foi recepcionado pela CRFB/88 uma vez que seu conteúdo não se coaduna com os princípios introduzidos pela norma constitucional.

Conforme discorreu o Ministro relator Cláudio Brandão, a possibilidade da cumulação dos adicionais torna-se plenamente justificável ante a inexistência de dúvida acerca da origem dos direitos serem diversas, sendo incabível a arguição de *bis in idem*:

No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade, traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger.

Corroborando tal entendimento, o Relator também aduziu que a introdução no sistema

jurídico interno das Convenções Internacionais n. 148, com vigência nacional a partir de 14 de janeiro de 1983, e n. 155, com vigência nacional iniciada em 18 de maio de 1993, incorporou normas cujo teor coaduna com a possibilidade de cumulação dos adicionais, estabelecendo critério e limites em face da exposição simultânea a vários agentes nocivos. É o que se extrai da leitura do art. 8.3 da Convenção n. 148 e do art. 11, “b”, da Convenção n. 155, ambas da OIT.

Ponderou-se, ainda, que “o papel do intérprete é atribuir à interpretação constitucional a máxima efetividade, a fim de que possa, de imediato, produzir as consequências desejadas pelo constituinte e, assim, conformar o comportamento social ao quanto por ela desejado”. E, conforme sustentou o Ministro Relator, outra não lhe parece ter sido a intenção constitucional, no tocante à percepção dos adicionais, do que a de conferir tais direitos ao trabalhador de modo pleno e efetivo,

Assim, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho manteve intacta a decisão do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, concedendo ao empregado o direito a perceber tanto o adicional de insalubridade quanto o adicional de periculosidade, demonstrando ser impossível conceber que, num sistema jurídico que prioriza uma proteção jurídica plena e eficaz do trabalhador, direitos constitucionais já previstos em caráter subsidiário e meramente paliativo, não possam ser integralmente concedidos ao mesmo.

5. Conclusão

Conforme buscou-se demonstrar inicialmente, o Direito do Trabalho teve o seu surgimento e desenvolvimento centrado, em grande parte, na necessidade de se conferir um patamar mínimo de proteção à saúde e segurança do trabalhador, cuja mão de obra era explorada pelos empresários industriais. Destaca-se ainda que o número de mortes e acidentes de trabalho, ocasionados por tais questões, nesse

momento histórico, era alarmante, próximo ao das grandes guerras mundiais.

Assim, consolidado como um ramo do direito comprometido em garantir um equilíbrio nas relações jurídicas entre empregado e empregador, desenvolveu princípios, valores e regras próprias, encarregadas de nortear que o local de trabalho deve ser pautado pela segurança e pelo comprometimento com a vida do trabalhador, cabendo aos órgãos públicos, principalmente, à atividade jurisdicional, garantir no plano prático a proteção jurídica da parte hipossuficiente dessa relação.

No âmbito da saúde e segurança, a legislação ordinária, constitucional e internacional incorporada ao direito interno garantem ao empregado exercer suas atividades em condições insalubres e perigosas mediante um modesto acréscimo salarial, recebendo uma espécie de indenização, um *plus* — mas com caráter e efeitos salariais.

Entretanto, o legislador ordinário trabalhista, consentindo com a possibilidade de expor um mesmo empregado à ação de agentes simultaneamente insalubres e perigosos, não cuidou em garantir-lhe uma proteção jurídica condizente com a intensidade e gravidade dos prejuízos e riscos suportados. Isso porque o art. 193, § 2º, da CLT, determinou que ao trabalhador caberia realizar uma opção ao adicional que lhe fosse mais vantajoso.

Com aporte na interpretação literal desse dispositivo, o entendimento jurisprudencial dominante estabeleceu-se anos a fio no sentido de que a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade seria equivocado por contrariar a lei. Esse entendimento proibitivo era específico para os dois adicionais, visto que todos os demais adicionais são perfeitamente cumuláveis, como hora extra e hora noturna.

No entanto, depois da consagração pela Constituição de 1988 do amplo direito do trabalhador a redução dos riscos inerentes

ao trabalho, bem como da percepção dos adicionais de periculosidade, insalubridade e penosidade, interpretações doutrinárias e jurisprudenciais afetas à cumulação dos referidos adicionais passaram a se conflitar. Surgiu assim a corrente que passou a entender pela possibilidade da cumulação desses adicionais, teoria consubstanciada na interpretação do Direito do Trabalho a partir da Carta Magna de 1988 — o que pode ser denominado de Direito do Trabalho Constitucionalizado.

De um lado, permaneceram os adeptos ao entendimento de que a vedação expressa da CLT deveria ser respeitada e que ao empregado simultaneamente agredido por fatores insalubres e perigosos deveria ser concedido apenas um dos adicionais. Do outro lado, dispondo de uma gama de fundamentos social e constitucionalmente significativos, alguns doutrinadores e julgadores passaram a entender perfeitamente possível cumular o adicional de insalubridade com o adicional de periculosidade, por se tratar de institutos destinados a preservar bens jurídicos totalmente distintos.

Conforme demonstrado, o segundo entendimento, que já vinha sendo adotado, ainda que timidamente, por alguns Tribunais Regionais do Trabalho, foi abalizado pela Sétima Turma do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, em recente acórdão proferido em sede de recurso de Revista no processo de n. TST-RR-1072-72.2011.5.02.0384, tendo como Relator o Ministro Cláudio Brandão, que expressou a necessidade e importância de se interpretar o direito do trabalho em preservação ao seu caráter social, protecionista, democrático e, sobretudo, constitucional.

E, assim, mediante uma análise minuciosa e conglobada de todo o ordenamento jurídico brasileiro no que se refere às normas de saúde e segurança do trabalhador, deve-se entender pela não receptividade do art. 193, § 2º da CLT, uma vez que tanto a Constituição Federal quanto normas internacionais incorporadas

ao direito interno firmaram-se no sentido de conferir ao trabalhador uma proteção ampla e não excludente à sua saúde e integridade física.

Nesse distinto julgado, foi utilizado o pensamento de Gabriela Neves Delgado (2011, p. 65), “adotando-se o valor humano, orientado pelo postulado da dignidade da pessoa humana, como referência maior para o cotejo da norma”.

Essa nova compreensão emanada do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, conforme demonstrado ao longo deste artigo, mostrou-se inteiramente fiel não apenas aos valores e princípios sociais ínsitos ao Direito do Trabalho, mas, também, ao moderno critério hermenêutico de “interpretação em conformidade com a Constituição”, que, consoante leciona Mauricio Godinho Delgado, evita as equações excessivamente formais, rigorosas e excludentes.

Assim, o v. acórdão prolatado pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho firmou um importante precedente judicial pautado pela leitura constitucional do Direito do Trabalho, tendente a instaurar, no decorrer dos próximos anos, um amparo jurídico mais justo e integral a trabalhadores que, além de suportarem um prejuízo diário à sua saúde, encontram-se sujeitos a situações de iminente perigo à própria vida da maneira concomitante.

Não é que a percepção concomitante desses adicionais, como forma de monetização dos riscos e agressões que afetam o trabalhador, venha, de fato, resolver a celeuma da preservação da saúde e segurança no trabalho. Afinal, o que deve ser alcançada é a proteção à saúde e segurança no local de trabalho e não o pagamento dos adicionais, já que em primeiro lugar está a vida, depois o dinheiro. No entanto, não podendo ignorar que essa exposição a agentes insalubres e perigosos ocorre, seja pela inevitabilidade ou pela própria displicência do empregador, o mais justo a se fazer é remunerar o empregado integralmente, por mecanismos que a própria Constituição oferece e determina

aos intérpretes do Direito do Trabalho — que no âmbito protetivo deve objetivar um tripé teleológico: personalidade e honra; saúde e segurança e o caráter patrimonial do empregado.

6. Referências bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 2014.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 2014.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. *NR-15 – Atividades e Operações Insalubres*. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/legislacao/norma-regulamentadora-n-15-1.htm>> Acesso em: 7 dez. 2014.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. *NR-16 – Atividades e Operações Perigosas*. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/legislacao/norma-regulamentadora-n-16-1.htm>> Acesso em: 6 dez. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 1072-72.2011.5.02.0384*. Relator: Cláudio Brandão. Data de Julgamento: 24.9.2014. Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 8 dez. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. 2ª Região. *Recurso Ordinário n. 00010727220115020384*. Relator: Paulo Sérgio Jakutis. Data de Julgamento:

11.10.2012 Disponível em: <www.trtsp.jus.br> Acesso em: 8 dez. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 1011-58.201.5.03.0114*. Relator: Valdir Florindo. Data de julgamento: 22.5.2013 Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 10 dez. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Recurso Ordinário n. 0002002-36.2012.5.04.0405*. Relator: Marcos Fagundes Salomão. Data de julgamento: 13.5.2014 Disponível em: <www.trt4.jus.br> Acesso em: 10 dez. 2014.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Atualizado por Eduardo Carrion. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

DELGADO, Gabriela Neves. Direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. *Revista do TST*, vol. 77, n. 3, jul./set. 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Estrutura normativa da segurança e saúde do trabalhador no Brasil. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 45, n. 75, jan./jun. 2007.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O Dano Social e sua Reparação. *Revista Nacional de Direito do Trabalho*, v. 25, set. 2008.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado — O Direito do Trabalho no limiar do século XXI. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 37, 2000.

Discriminação racial e assédio moral no trabalho

Rúbia Zanotelli de Alvarenga^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo evidencia o ato do assédio moral no ambiente de trabalho, que ocorre em função do sentimento racista e que ainda, infelizmente, persiste em uma parcela significativa da sociedade ao promover ações repetitivas de assédio contra o trabalhador negro, pulverizadas ao longo do exercício trabalhista, e, até, antes ou depois deste (por exemplo, já no processo seletivo ou na maculação da vida profissional do ex-empregado depois de sua demissão), implicando, à vítima, danos psicológicos, morais e mesmo físicos.

Palavras-chave:

- ▶ Discriminação racial — Assédio moral — Dignidade da pessoa humana.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Discriminação e direito do trabalho
- ▶ 3. Discriminação racial e assédio moral no trabalho
- ▶ 4. Conclusão
- ▶ 5. Referências bibliográficas

RECONSTRUIR-SE

(SER CRIANÇA!)

*Reconstruir-se após a desgraça,
com a música, a dança,
recriando a vida que passa,
que se procura e não se alcança.
Recolher, com firmeza,
a casa perdida, em pedaços,
pela força da correnteza,
reconstruindo novos espaços.
Montar, fio a fio, o tecido,
da vida, que recomeça,
recriando, lentamente, o sentido*

*do que é preciso, peça a peça.
Quando as noites ruins (vilãs!),
alteradas pelo sol e pela esperança,
transformarem-se em manhãs,
voltar a ser, de novo, criança.*

(Luiz Eduardo Gunther)

1. Introdução

Este artigo se inicia de forma diferente daquela como, habitualmente, iniciam-se os artigos pertinentes à área do Direito Trabalhista. Um tanto anacrônica, intenta constatar a noção de preconceito de raça (étnico) e uma de suas principais consequências: o assédio moral — vigente neste País há séculos.

(*) Doutora e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Professora de Direito. Advogada.

O estudo não se atém a fatos específicos da História como é usual, mas, sim, basicamente, a situações ocorridas com um grande poeta simbolista da Literatura Brasileira: Cruz e Sousa (1861-1898). Em um artigo intitulado “A trajetória do negro na Literatura Brasileira”, Domicio Proença Filho⁽¹⁾ (grande estudioso brasileiro), situa o negro em duas posições: a primeira, como *ser-objeto* e, a segunda, distanciada, como *sujeito*, numa atitude compromissada na luta por um melhor lugar social. Tal estudo gerou a motivação de se realizar o presente artigo que se alicerça na primeira visão de Proença Filho (aquela em que o negro é visto como *objeto*) com o excerto de um texto em prosa de Cruz e Sousa, um dos poetas a mais sofrer o preconceito racial no Brasil, mesmo tendo excelente grau de escolaridade. Porém, ao perder a proteção do padrinho adotivo, um homem branco e rico, o poeta advogado viu-se vítima de um preconceito racial tão intenso, que culminou, praticamente, com sua expulsão do Estado natal, Santa Catarina, pois lá não conseguia trabalho condizente com sua escolaridade; ou, quando o conseguia, era tão perseguido, que não suportava conviver com o assédio moral ao qual era submetido por ser negro, desiludindo-se cada vez mais a cada vínculo empregatício. Tamanho sofrimento o obrigou a buscar um reinício de vida no Rio de Janeiro, onde também não conseguiu um trabalho que fizesse jus à sua formação acadêmica.

Em decorrência da convivência com o preconceito, Cruz e Souza deu à luz um texto em prosa intitulado “Emparedado”, do qual, a seguir, transcreve-se, um fragmento que reflete, magnificamente, como devem se sentir os trabalhadores negros impedidos de desempenhar em paz suas atividades de trabalho em razão do preconceito étnico e do assédio moral ao qual são submetidos por tal herança

(1) PROENÇA, Domicio Filho. *A trajetória do negro na literatura brasileira*. Estud. av. v.18, n.50, São Paulo, jan./abr. 2004. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000100017>> Acesso em: 23 nov. 2014.

histórico-cultural perversa que aflige milhares de afrodescendentes no dia a dia. Veja-se:

Se caminhares para a direita, baterás e esbarrarás ansioso, aflito, numa parede horrendamente incomensurável de Egoísmos e Preconceitos! Se caminhares para a esquerda, outra parede, de Ciências e Críticas, mais alta do que a primeira. Se caminhares para a frente, ainda nova parede, feita de Despeito e Impotências, tremenda, de granito, broncamente se elevará do alto! Se caminhares, enfim, para trás, há ainda uma derradeira parede, fechando tudo, fechando tudo - horrível! - parede de Imbecilidade e Ignorância, te deixará n’um frio espasmo de terror absoluto. [...] E as estranhas paredes hão de subir — longas, terríficas! Hão de subir, subir, subir mudas, silenciosas, até as Estrelas, deixando-te para sempre perdida-mente alucinado e emparedado dentro do teu Sonho [...].⁽²⁾

Cruz e Sousa, o notável poeta do Simbolismo brasileiro, é um caso singular. Negro, deixa entrever na sua obra as marcas do conflito em que se dilacerava. Filho de escravos alforriados, com nome, sobrenome e educação esmerada ganhados dos senhores de seus pais, sofreu amargamente a violência do preconceito que o impediu, entre outras consequências discriminatórias, de assumir o cargo de promotor público em Laguna. No plano da ação, assume a luta contra a opressão racial e, entre outras atividades, dirige o jornalzinho *O Moleque*, significativo desde o título, e deixa nove poemas e dois textos em prosa comprometidos com a causa abolicionista. Sua obra literária é um testemunho de sua luta contra o preconceito e contra o assédio moral. Seu texto em prosa “O Emparedado” não dá margem a dúvidas sobre isso.

Passados mais de cem anos do ocorrido a Cruz e Sousa, a metáfora do emparedamento

(2) Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000100017>> Acesso em: 23 nov. 2014.

continua, infelizmente, subsistindo, não na forma do racismo explícito — visto que, hoje, existem leis punitivas à prática deste, mas, em sua maneira mais subreptícia, o assédio moral, ocorrente, em especial, nos ambientes de trabalho, nos quais pode acontecer de modo vertical descendente, ascendente ou horizontal.

É de tal prática nociva ao trabalhador de etnia negra que trata o artigo ora apresentado, pelo qual se busca visualizar aquilo em que a Justiça do Trabalho avançou no combate ao ato e aquilo em que ainda é preciso avançar.

Como, ao que parece, o *emparedamento ao negro* tende a existir de modo mais discreto, um de seus tentáculos mais cruéis, o assédio moral, continua a fazer vítimas, silenciosamente, dada a dificuldade de se flagrar sua ocorrência por causa da natureza dissimulada das ações cometidas contra as vítimas.

2. Discriminação e direito do trabalho

Apesar de todas as conquistas sociais do último século, alguns direitos básicos dos cidadãos carecem de uma base mais sólida para serem incorporados pela população em geral, pelas esferas do Governo e pela iniciativa privada. Um desses direitos é a garantia do acesso livre ao trabalho sem discriminação.

Em tal contexto, informa Manoel Jorge e Silva Neto⁽³⁾ que discriminar portador de deficiência, negros, índios, mulheres, idosos, homossexuais e até aqueles trabalhadores que optam por um traço estético peculiar — cabelos longos, barba, cavanhaque, tatuagem, *piercing* — tem se convertido em prática mais constante do que se supõe à primeira vista. O mesmo se diga a respeito dos trabalhadores que optam por determinado segmento religioso e que são discriminados por isso.

Na visão do autor em referência, a solução para as práticas discriminatórias empresariais passa, necessariamente, pela mudança da cultura quanto à diversidade⁽⁴⁾.

(3) SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direitos fundamentais e o contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 39.

(4) *Idem*.

Sendo assim, é urgente aprofundar uma cultura da justiça social em que a tutela dos direitos fundamentais do trabalhador seja respeitada, visto que é para o bem-estar do ser humano o direcionamento do trabalho. É para garantir a observância quanto à integridade física, psíquica, moral e intelectual do trabalhador que se devem voltar as leis que regem as relações interpessoais, hierárquicas, ou não, nos ambientes em que se processa o trabalho. Isso representa sinônimo de justiça social.

E, como bem expressa Yara Maria Pereira Gurgel: “O fundamento principal de todo o ordenamento jurídico ocidental é o princípio da dignidade da pessoa humana, agregado ao princípio da igualdade e não discriminação.”⁽⁵⁾

Assim, também conforme Yara Maria Pereira Gurgel, toda e qualquer forma de discriminação baseada em razões como raça, sexo, cor, estado civil, orientação sexual, idade, nacionalidade ou condição física, além de arbitrária, contrariará o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ainda segundo a autora, a discriminação nas relações de trabalho, como fator antissocial, exclui pessoas, desrespeita os direitos da personalidade, a dignidade da pessoa humana, gerando humilhação, estresse, *mobbing* e depressão⁽⁶⁾.

Segundo Marlon Marcelo Murari: “O direito à igualdade também impõe limites ao poder de direção do empregador, proibindo tratamentos discriminatórios, desde o ato da contratação e durante a realização do trabalho.”⁽⁷⁾

O art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988, assinala que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem,

(5) GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação*. São Paulo: LTr, 2010. p. 50.

(6) *Ibidem*, p. 61.

(7) MURARI, Marlon Marcelo. *Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado. O equilíbrio está na dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2008. p. 110.

raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

Discriminação, portanto, é o nome que se dá para conduta, ação ou omissão, em que se estabelecem diferenças que violam o direito das pessoas com base em critérios ilegítimos e injustos, tais como: a raça, o sexo, a idade, a opção religiosa e sexual, entre outros. Trata-se de um tipo de conduta que vai contra o princípio fundamental de justiça e liberdade.

De acordo com Carlos Augusto Ayres Britto⁽⁸⁾, discriminar significa distinguir negativamente, negando o outro. É isolar, separar alguém para impor a esse alguém um conceito, uma opinião desfavorável por motivos puramente histórico-culturais, jamais lógicos, jamais racionais, por defecção, por distorção, por disfunção de mentalidade ao longo de um processo histórico-cultural. E isso implica humilhação: humilhar o outro. E o humilhado se sente como que padecente de um déficit de cidadania, de dignidade, acuado pelo preconceito. O discriminado se sente como sub-raça ou subpovo ou subgente. Sente-se, portanto, desfalcado não do que ele tem, mas do que ele é. E a sua autoestima fica ao rés do chão.

Para Firmino Alves Lima:

Há discriminação nas relações de trabalho, quando um ato ou comportamento do empregador, ocorrido antes, durante e depois da relação de trabalho, implica uma distinção, exclusão, restrição ou preferência, baseado em uma característica pessoal ou social, sem motivo razoável ou justificável, que tenha por resultado a quebra do igual tratamento e a destruição, o comprometimento, o impedimento, o reconhecimento ou o usufruto de direitos e vantagens trabalhistas assegurados, bem como direitos fundamentais de qualquer natureza, ainda que não vinculados ou integrantes da relação de trabalho.⁽⁹⁾

(8) BRITTO, Carlos Augusto Ayres. *Constitucionalismo fraterno e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 54.

(9) LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 135.

No magistério de Mauricio Godinho Delgado, o princípio da não discriminação compreende “a diretriz geral vedatória de tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator injustamente desqualificante”⁽¹⁰⁾.

Consoante Delgado, discriminação, portanto, consiste “[...] na conduta pela qual se nega a alguém, em função de fator injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta vivenciada. O referido princípio nega validade a essa conduta discriminatória”⁽¹¹⁾.

Mauricio Godinho Delgado relata ainda:

A causa da discriminação reside, muitas vezes, no cru preconceito, isto é, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de sua característica, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos (cor, raça, sexo, nacionalidade, riqueza, pobreza etc.).⁽¹²⁾

Logo, já de acordo com Edilton Meireles⁽¹³⁾, toda e qualquer forma de discriminação, ainda que não esteja citada ou referida expressamente em leis infraconstitucionais, viola o direito fundamental da igualdade. Pode-se afirmar, aliás, que, antes de ferir o direito à igualdade, a discriminação atinge a dignidade da pessoa humana. Segundo o autor em comento, em razão disso, a discriminação constitui ato ilícito, tipificado como crime, e que, por isso mesmo, é considerada inválida juridicamente (art. 2º da Lei n. 9.029/1995).

Imperioso observar que a proteção antidiscriminatória nas relações de trabalho erigiu dos princípios da não discriminação e da igualdade, proclamados em diversos instrumentos normativos nos âmbitos nacional e internacional.

(10) DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 42.

(11) *Ibidem*, p. 43.

(12) *Ibidem*, p. 775.

(13) MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005. p. 187.

No âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 proíbe, em vários dispositivos constitucionais, a proteção contra atos ou comportamentos discriminatórios que visem a eliminar o acesso à relação de emprego por motivo de sexo, raça, cor, idade ou quaisquer outros critérios discriminatórios, *in verbis*:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;

[...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

[...]

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e às suas liturgias;

[...]

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

[...]

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. (Grifo nosso)

O inciso XXX, art. 7º, da Constituição Federal de 1988, também prevê a proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. O mesmo artigo, no

inciso XXXII, disciplina a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre profissionais respectivos.

A Lei n. 9.029/95, em seu art. 1º, estabelece a proibição de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas as hipóteses de proteção ao menor, previstas no inciso XXXIII, do art. 7º, da Constituição Federal de 1988.

Em tal direção, havendo crime resultante de preconceito de etnia, raça ou cor, ou qualquer infração oriunda desta Lei, seu art. 3º impõe multa administrativa de 10 (dez) vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em 50% (cinquenta por cento) em caso de reincidência, e proibição de obtenção de empréstimo ou de financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

É preciso pontuar que a justiça é o reconhecimento, a defesa e a promoção da dignidade fundamental do ser humano no Direito do Trabalho. O Direito, como ciência que trata da vida humana, tem o dever sociocientífico de garantir e de promover o bem-estar físico, mental, moral e intelectual do trabalhador.

No decorrer do exercício do seu poder diretivo, portanto, o empregador possui a obrigação de não praticar atos discriminatórios que possam ferir os direitos fundamentais e da personalidade do trabalhador.

Luís Roberto Barroso⁽¹⁴⁾, contudo, adverte que as diferenciações serão consideradas juridicamente toleráveis, quando possuírem fundamento razoável e forem destinadas a um fim legítimo; o elemento discriminatório for relevante e residente nas pessoas que estão sendo diferenciadas; houver proporcionalidade entre o valor objetivado e o sacrifício; o

(14) BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000. p. 224.

meio empregado e o fim buscado forem compatíveis com valores constitucionais. Como exemplo de desequiparação possível, ele traz o da contratação de guardas penitenciários do sexo feminino para presídio feminino; ou o da contratação de artista negro para comemoração do dia da consciência negra.

No âmbito do Direito Internacional do Trabalho, a Convenção n. 111, aprovada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1958, ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965, e promulgada pelo Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968, também trata de medidas relativas à proibição de discriminação em matéria de emprego e profissão, e assim conceitua discriminação, veja-se:

(1) Para os fins da presente Convenção, o termo “discriminação” compreende: a) Toda a 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 oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) Toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Estado-membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de patrões e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. (2) As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não são consideradas como discriminação. (3) Para fins da presente Convenção, as palavras emprego e profissão incluem não só o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, como também as condições de emprego.

Yara Maria Pereira Gurgel⁽¹⁵⁾ estatui que a Convenção n. 111 demonstra preocupação com todo ser humano e abrange todas as formas de

(15) GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação*. São Paulo: LTr, 2010. p. 114.

discriminação, não ficando limitada somente à questão salarial. Esta tem ainda por objeto o combate a todo tipo de discriminação, independentemente do contexto sociocultural de cada país. A autora ressalta que a Convenção n. 111 da OIT protege o trabalhador em todos os ambientes de trabalho e em todas as fases da relação laboral — pré-contratual, durante o vínculo de emprego e até mesmo depois da cessação do contrato individual de trabalho.

3. Discriminação racial e assédio moral no trabalho

O assédio moral, na esfera trabalhista, configura abuso do exercício dos poderes reconhecidos ao empregador e, por consequência, violação aos direitos da personalidade do trabalhador.

Em consonância com Marie-France Hirigoyen:

Assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou a integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho. É uma violência sub-reptícia, não assinalável, mas que, no entanto, é muito destrutiva. Cada ataque tomado de forma isolada não é verdadeiramente grave; o efeito cumulativo dos microtraumatismos frequentes e repetidos é que constitui a agressão.⁽¹⁶⁾

Em assaz elucidativo magistério de Sônia Mascaro Nascimento⁽¹⁷⁾, o assédio moral é considerado conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade

(16) HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002. p. 17.

(17) NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Assédio moral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 3.

psíquica e que tem por efeito excluir o empregado de sua função ou deteriorar o ambiente de trabalho.

Dentre os elementos que irão caracterizar o assédio moral no ambiente de trabalho, destacam-se: a) conduta abusiva; b) natureza psicológica que atente contra a dignidade psíquica do indivíduo; c) reiteração de conduta; d) intenção de excluir e humilhar a vítima. Logo, ato isolado, embora possa se constituir em conduta ilícita e capaz de gerar a violação aos direitos fundamentais e da personalidade do empregado, não caracteriza assédio moral.

O assédio moral, portanto, exige a prática reiterada e sistemática por parte de superiores hierárquicos ou colegas de trabalho de atos que possam desestabilizar emocionalmente o empregado a ponto de ferir a sua dignidade ou a sua integridade física ou mental. Trata-se de uma atitude lesiva do empregador que excede os limites do poder diretivo e fiscalizatório.

É mais frequente o assédio moral ser cometido entre sujeitos de posição hierárquica diversa, podendo ser tanto vertical ascendente quanto descendente. Será vertical descendente, quando é praticado pelo empregador ou superior hierárquico a ele subordinado contra o empregado. Essa espécie de assédio moral caracteriza-se como a ofensa reiterada ao relacionamento saudável, perpetrada por superior hierárquico ou pelo próprio empregador contra o empregado. Será, por sua vez, vertical ascendente, quando for praticado pelo empregado contra superior hierárquico. Trata-se da modalidade mais rara de assédio moral no ambiente de trabalho.

Todavia, o assédio moral também poderá ser praticado por colega de trabalho contra colega de trabalho, ou seja, entre sujeitos que se encontram na mesma posição hierárquica, eis que será o caso do assédio moral horizontal. Portanto, a forma mais comum de assédio moral é aquela que parte de um superior hierárquico do empregado assediado — denominada assédio moral vertical.

A esse respeito, assinala Denise de Fátima Stadler: “O assédio moral é mais comum em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam relações desumanas de longa duração, de um ou mais chefes, dirigidas a um ou mais subordinados. São atitudes que desestabilizam o ambiente de trabalho, forçando a desistir do emprego.”⁽¹⁸⁾

Assim, toda prática ofensiva ou ostensiva, realizada normalmente de forma reiterada, que expõe o trabalhador de forma prolongada, ou não, a situações humilhantes e constrangedoras, caracterizará assédio moral por violação à dignidade e à personalidade do empregado.

De acordo com Aparecido Inácio Ferrari de Medeiros⁽¹⁹⁾, os principais fatores destacados nas condutas de assédio, geralmente, são a competição, a preferência pessoal do chefe, porventura gozada pela vítima, a inveja, o racismo, a discriminação, a homofobia e, por fim, os motivos políticos.

Em se tratando de assédio moral no trabalho por motivo de racismo, o empregado passa a sofrer tortura psicológica ou perseguições no trabalho, em razão de sua cor ou raça. Nesse caso, o racismo, além de caracterizar assédio moral, mina a saúde física e mental do trabalhador e corrói a sua autoestima.

Segundo Aparecido Inácio Ferrari de Medeiros: “A discriminação racial e de gênero se confundem e, por vezes, surgem como pano de fundo para a ocorrência do assédio moral no ambiente de trabalho.”⁽²⁰⁾

Motivo pelo qual, Aparecido Inácio Ferrari de Medeiros, ao traçar a relação entre o assédio moral e a discriminação racial, assinala:

O ato de discriminar consiste em inferiorizar outros tentando se mostrar superior. É o

(18) STADLER, Denise de Fátima. *Assédio moral. Uma análise da teoria do abuso de direito aplicado ao poder do empregador*. São Paulo: LTr, 2008. p. 69.

(19) MEDEIROS, Aparecido Inácio Ferrari. *Assédio moral, discriminação, igualdade e oportunidades no trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 57.

(20) *Ibidem*, p. 59.

preconceito que ocorre, quando se colocam apelidos racistas e quando se inferioriza as pessoas de classes sociais mais baixas.⁽²¹⁾

Marie-France Hirigoyen⁽²²⁾ também destaca que a discriminação que resulta no assédio moral no trabalho é a que se destaca principalmente por ser praticada contra os negros, os portadores de algum tipo de deficiência física, a mulher isolada em um grupo de homens e o homem, quando minoria em um grupo de mulheres.

Nesse contexto, Aparecido Inácio Ferrari de Medeiros informa ser fato notório que as mulheres negras são as mais atingidas pelas desigualdades e pelas discriminações de cunho racista. Para o autor, isso ocorre porque, em geral, são preteridas no momento da seleção e, quando conseguem o emprego, são colocadas em funções mais vulneráveis e menos qualificadas, recebendo salário menor que os das brancas. E: “O mesmo ocorre com os trabalhadores negros em relação aos brancos. São raros os que conseguem obter uma colocação em condições superiores à dos brancos.”⁽²³⁾

Conforme Gomes citado por Aparecido Inácio Ferrari de Medeiros⁽²⁴⁾, o racismo é um conjunto de ideias que afirmam a existência de raças superiores e inferiores, podendo manifestar-se a partir de um comportamento, de uma ação resultante da aversão em relação às pessoas que possuem um pertencimento racial observável por meio de sinais, tais como: cor da pele, tipo de cabelos e traços corporais.

Imperioso observar a decisão proferida pela Juíza do Trabalho Maria Elizabeth Mostardo Nunes, do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, relativa ao caso de assédio moral no

trabalho por motivo de discriminação racial; veja-se:

ASSÉDIO MORAL. ILÍCITO. ABUSO DE DIREITO. LIMITES DO PODER DIRETIVO E DISCIPLINAR DO EMPREGADOR. CONDUTA DISCRIMINATÓRIA. RACISMO. DANOS MORAIS. O assédio moral decorre da prática, normalmente por período prolongado, de condutas abusivas, portanto, ilícitas (art. 187 do CC), pelo empregador ou por seus prepostos, pelos quais responde objetivamente (art. 932 do CC), com o fim de humilhar, constringer ou desmoralizar o trabalhador. Pode ocorrer dentro ou fora do ambiente laboral, isto é, do estabelecimento do empregador, mas em razão do contrato de trabalho. Tais condutas, se provadas, são potencialmente lesivas aos direitos da personalidade. Afetam o trabalhador psicologicamente, de modo que *causam* danos e, em consequência, o dever de indenizar. Segundo o art. 186 do Código Civil, comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem. O abuso de direito também gera o dever de indenizar, segundo o art. 187 do Código Civil. O dano moral, em princípio, não necessita ser provado, mas a ocorrência dos fatos que o ensejam deve ser cabalmente demonstrada. É necessário, ainda, que ações dirigidas sejam capazes de, considerado o homem médio, afetar a honra objetiva e subjetiva do trabalhador, não sendo indenizável o mero dissabor que não advém de ato ilícito. O empregador pode, sem excessos, exigir do trabalhador o cumprimento de metas, eficiência, qualidade ou outras tantas características que representam os princípios ou os anseios da empresa. O exercício regular de direito não constitui ato ilícito, nos termos dos arts. 153 e 188, I, do CC, desde que não haja excessos, consoante os arts. 187 e 188 do mesmo diploma legal. Tão grave quanto ser discriminado no trabalho por sua cor de pele, etnia, gênero, sexualidade, crença religiosa etc. é imputar ao empregador a conduta discriminatória inexistente ou impossível de demonstrar em processo judicial. Algumas dessas condutas, o racismo inclusive, constituem também

(21) *Ibidem*, p. 53.

(22) HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002. p. 64.

(23) MEDEIROS, Aparecido Inácio Ferrari. *Assédio moral, discriminação, igualdade e oportunidades no trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 59.

(24) *Ibidem*, p. 59.

ilícito penal. As alegações, assim, devem ser feitas com prudência, para que não se venha a macular a imagem das pessoas sem fatos concretos. (TRT - 2ª R. – Proc. 0000087-10.2013.5.02.0263 - 20140792052 – Relatora Juíza Maria Elizabeth Mostardo Nunes – DJe 19.9.2014.)

Em 2014, a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST), proferiu acertadíssima decisão sobre discriminação racial e assédio moral no trabalho, cujo Relator foi o emérito Ministro Claudio Brandão. Ele pontua, em sua assaz apropriada decisão, que restou configurada a discriminação racial no ambiente de trabalho, em decorrência do constrangimento e do abuso de poder sofridos pelo trabalhador. Na decisão, o assédio moral perdurou por 11 (onze) meses, tempo de vigência do contrato de trabalho, restando atingidos os arts. 5º, V, da Constituição Federal de 1988 e 944, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro.

Veja-se o julgado:

RECURSO DE REVISTA. INTERVALO INTRAJORNADA. CONCESSÃO PARCIAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 437 DO TST. Por se tratar de norma afeta à higiene e (*sic*) segurança do trabalho, pouco importa se houve supressão total ou parcial do intervalo intrajornada. Em qualquer caso, é devido o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de 50%, com base no entendimento consubstanciado na Súmula n. 437, I, do TST. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. **ASSÉDIO MORAL. DANO MORAL DECORRENTE. AGRESSÃO VERBAL. ATITUDE REITERADA CONSISTENTE EM CHAMAR EMPREGADO DE “BAIANO” COM INTUITO PEJORATIVO E SINÔNIMO DE PESSOA PREGUIÇOSA. ARBITRAMENTO. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL. TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA. CRITÉRIOS A SEREM OBSERVADOS PELO JULGADOR.** Não se admite que o ambiente de trabalho seja palco de manifestações de preconceito e que não se observe o mínimo exigido para que as pessoas — empregadas ou não — sejam tratadas com respeito próprio de sua dignidade.

No caso, o assédio moral se caracterizou pelas atitudes do supervisor que destrata todos os subordinados e, de forma mais agressiva e humilhante, o autor, chamado de “baiano” como sinônimo de preguiçoso e lhe oferecia uma rede para descansar. Se fizesse algo errado, dizia, o citado supervisor, que era “baianada”. A grande questão não está na designação de “baiano”, mas no que o fato em si representa. A relevância está na suposição, partida de algumas pessoas de que são superiores a outras e na “coisificação” do ser humano; no estado de dominação sobre o empregado, sob o falso pressuposto de que o empregador, ou preposto seu, está a tanto autorizado pela subordinação jurídica decorrente do contrato de trabalho; na ideia de que seres humanos podem ser superiores a outros; que a condição pessoal de alguém lhe impinge determinada marca que pode ser utilizada como sinal de distinção pejorativa no grupo social no qual convive. O que está em jogo é o menosprezo, o descaso com a condição humana. O agressor se esquece, certamente, (*sic*) que todos, do Sul ou do Norte, do Nordeste, do Centro-Oeste ou do Sudeste, somos frutos de uma rica miscigenação de muitas raças, com as suas cores, sotaques, origens, olhares, culturas, e (*sic*) que, no dia a dia, no anonimato ou conhecidos do grande público, constroem a grandeza da Nação brasileira. Portanto, poderia ser chamado de paulista, carioca, gaúcho, mineiro, paraibano, goiano, pernambucano, catarinense, candango, paranaense, capixaba, sergipano, alagoano, cearense, acreano, rondoniense, amazonense, paraense, maranhense, piauiense, mato-grossense, sul-mato-grossense, tocantinense, potiguar, roraimense, amapaense etc.; o dístico pouco importa. Também não é relevante a forma como o preconceito se manifesta: palavras, atitudes, gestos ou até mesmo o silêncio, dentre outras modalidades. A intenção é que deve ser investigada e, uma vez comprovado o intuito depreciativo, merecer a mais ampla repulsa do Poder Judiciário, como forma de coibir todo e qualquer preconceito, seja ou não no ambiente de trabalho. Certamente, quem assim pensa deve achar normal um torcedor jogar banana no campo de futebol como forma de ataque ao atleta. Não

se há de confundir a situação versada nos presentes autos com a distinção carinhosa, agregadora, que valoriza a pessoa ou mesmo constitui, no respectivo agrupamento social, elemento identificador, sem qualquer conotação depreciativa. No caso, configurou-se a “discriminação racial” no ambiente de trabalho e diante de colegas do recorrente, como aludiu no seu apelo. Caracterizado, portanto, o assédio moral. De referência ao valor da reparação, na perspectiva do novo cenário constitucional, que reconheceu como fundamento da República o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF), e das novas tendências da responsabilidade civil, optou o legislador brasileiro pelo princípio da reparação integral como norte para a quantificação do dano a ser reparado. Tal consagração normativa encontra-se no *caput* do art. 944 do Código Civil que prevê: “A indenização mede-se pela extensão do dano.” Essa regra decorre, também, da projeção do princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, CF) em sede de responsabilidade civil e faz com que a preocupação central do ordenamento jurídico se desloque do ofensor para a vítima, sempre com o objetivo de lhe garantir a reparação mais próxima possível do dano por ela suportado. A indenização, portanto, tem por objetivo recompor o *status quo* do ofendido independentemente de qualquer juízo de valor acerca da conduta do autor da lesão. E, sendo assim, os critérios patrimonialistas calcados na condição pessoal da vítima, a fim de não provocar o seu enriquecimento injusto, e na capacidade econômica do ofensor, para servir de desestímulo à repetição da atitude lesiva, não devem ingressar no arbitramento da reparação. O que se há de reparar é o próprio dano em si e as repercussões dele decorrentes na esfera jurídica do ofendido. A finalidade da regra insculpida no mencionado art. 944 do Código Civil é tão somente reparar/compensar a lesão causada em toda a sua extensão, seja ela material ou moral; limita, assim, os critérios a serem observados pelo julgador e distancia a responsabilidade civil da responsabilidade penal. Logo, em consonância com a atual sistemática da reparação civil, em sede de quantificação, deve o julgador observar os elementos atinentes às particulares características da vítima

(aspectos existenciais, não econômicos) e à dimensão do dano para, então, compor a efetiva extensão dos prejuízos sofridos. E como dito desde o início, sempre norteado pelos princípios da reparação integral e da dignidade humana — epicentro da proteção constitucional. Indenização majorada para R\$ 10.000,00. Determinado o envio de cópia da decisão para todos os empregados, como medida suasória para impedir a continuidade da conduta lesiva. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST – 7ª Turma – RR-305-63.2012.5.09.0009 – Relator Ministro Claudio Brandão – 7.5.2014.)

Destaque-se, então, concorde o ilustre Ministro do TST que “*não é relevante a forma como o preconceito se manifesta: palavras, atitudes; gestos; ou até mesmo o silêncio etc. A intenção é que deve ser investigada e, uma vez comprovado o intuito depreciativo, merecer a mais ampla repulsa do Poder Judiciário, como forma de coibir todo e qualquer preconceito, seja ou não no ambiente de trabalho.*”

Por oportuno, cabe também ilustrar decisão proferida pela Juíza do Trabalho Roberta de Melo Carvalho, da 6ª Vara do Trabalho de Brasília, que confirmou a demissão por justa causa de uma recepcionista da Strong Fit Academia, localizada na Região Administrativa de São Sebastião (DF). A decisão da magistrada levou em conta depoimento de testemunhas, comprovando que a trabalhadora dirigiu ofensas raciais e agrediu verbalmente um prestador de serviço da academia, na presença de alunos e outros empregados. De acordo com o processo, em uma discussão com o prestador de serviço, a recepcionista o chamou de “macaco e negro fedido”. E, conforme depoimentos de testemunhas, a trabalhadora foi agressiva e, aos berros, disse os xingamentos com palavras de baixo calão. Como bem observou a Juíza, em seu *r. decisum*, a conduta da empregada é inadmissível no ambiente de trabalho ou em qualquer outro local; compreendendo-se, nesta temática, um exemplo de assédio moral ascendente⁽²⁵⁾.

(25) TRT-10ª R. – Proc. 0000395-82.2014.5.10.0006 – Juíza do Trabalho Roberta de Melo Carvalho – DJe 28. 11.2014

Ainda, concordando a suprarreferida Magistrada do Trabalho: “Com xingamentos, até mesmo em tons de brincadeira, o que não ocorreu neste caso, não devem ser permitidos, pois as pessoas precisam respeitar umas às outras em face do princípio da dignidade da pessoa humana, e atitudes como essa não devem ser toleradas em sociedade.” Desse modo, sustenta que, “nesta situação, não há necessidade de gradação de penalidades, pois o ato foi grave o suficiente a autorizar o desligamento da empregada. No caso em análise, o conjunto probatório dos autos revelou, de forma clara e incontestável, a existência de todos os elementos necessários para respaldar a aplicação da medida mais severa de disciplina pelo empregador em vista de conduta repudiável da reclamante”.

4. Conclusão

Por tudo quanto se expôs e o que se observa no artigo ora apresentado, o ato do assédio moral no ambiente de trabalho ocorre em função, principalmente, do sentimento racista que, ainda, de modo infelizmente, persiste em uma parcela significativa da sociedade que promove ações repetitivas de assédio contra o trabalhador negro, pulverizadas ao longo do exercício trabalhista, ou, até, antes ou depois deste (por exemplo, já no processo seletivo, ou, ainda, na maculação da vida profissional do ex-empregado após a sua demissão), que implicam, à vítima, danos psicológicos, morais e, até mesmo, físicos, quando, ao assediado, em serviços que requerem atividades braçais, são impostas tarefas que vão além de sua capacidade corporal ou além do tempo de labor previsto em lei.

O assédio moral, gerado em função de portabilidade de deficiência física, de gênero, de idade, de opção sexual, de opção por traços estéticos, entre outros e, principal e especialmente, pela etnia — que não é fruto de opção pessoal, deve ser exemplarmente coibido, assim como punido, quando for comprovada a prática contra aqueles que pretendem desempenhar, em paz, seu papel no mundo do trabalho.

Eis o mínimo que se deve garantir ao trabalhador em busca do resguardo ao direito à dignidade e ao respeito por seu labor à luz do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar e fulcral da Carta Magna de 1988.

5. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

BRITTO, Carlos Augusto Ayres. *Constitucionalismo fraterno e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação*. São Paulo: LTr, 2010.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002.

LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

MEDEIROS, Aparecido Inácio Ferrari. *Assédio moral, discriminação, igualdade e oportunidades no trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005.

MURARI, Marlon Marcelo. *Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado. O equilíbrio está na dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2008.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Assédio moral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PROENÇA, Domicio Filho. A trajetória do negro na literatura brasileira. *Estud. av.*, v.18, n.50, São Paulo jan./abr. 2004. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000100017>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direitos fundamentais e o contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

STADLER, Denise de Fátima. *Assédio moral. Uma análise da teoria do abuso de direito aplicado ao poder do empregador*. São Paulo: LTr, 2008.

Políticas públicas de combate ao trabalho infantil e o papel da Justiça do Trabalho

Jonas Pablo de Araújo Costa^(*)

Resumo:

- ▶ O presente trabalho visa expor, por meio de uma pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial, a possibilidade do controle judicial de políticas públicas de combate ao trabalho infantil, sobretudo a partir da Emenda Constitucional n. 45 que fixou novos horizontes de competência material da Justiça Laboral. Nesse diapasão, surgem as controvérsias acerca da competência da Justiça Trabalho para a apreciação e julgamento de demandas envolvendo o controle de políticas públicas de enfrentamento ao trabalho infantil. Não obstante, a evolução do pensamento jurídico conferiu ao Judiciário Trabalhista um papel de protagonista na seara de efetivação dos direitos sociais, sobretudo no que se refere à implementação de políticas públicas destinadas ao combate ao trabalho infantil, especialmente nos casos de omissões por parte do Poder Público, conforme entendimento cristalizado no âmbito do TST. O estudo perpassa, necessariamente, pelos argumentos contrários à intervenção do Judiciário no controle de políticas públicas, especialmente a teoria da separação dos poderes e teoria da reserva do possível.

Palavras-chave:

- ▶ Políticas públicas — Competência — Controle judicial — Justiça do Trabalho — Efetivação dos direitos fundamentais.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Trabalho infantil: conceito, delimitação e marco normativo
- ▶ 3. Aspectos sociais do trabalho infantil: causas e efeitos
- ▶ 4. Políticas públicas: conceito e possibilidade de controle judicial
- ▶ 5. Da competência da Justiça do Trabalho para controle de políticas públicas destinadas ao combate do trabalho infantil

(*) Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte e, atualmente, exerce o cargo de Assessor Jurídico Ministerial do MP/RN.

- ▶ 6. Políticas públicas: teorias da separação dos poderes e da reserva do possível
- ▶ 7. Judicialização das políticas públicas de enfrentamento ao trabalho infantil e o papel do Poder Judiciário
- ▶ 8. Considerações finais
- ▶ 9. Referências bibliográficas

1. Introdução

A triste realidade do trabalho infantil retratada em suas mais variadas formas — trabalho em lixões, fábricas, lojas, feirantes e até mesmo o doméstico — e a ausência ou mesmo a ineficiência de políticas públicas de combate à exploração do trabalho de crianças e adolescentes constituem-se numa grave violação de direitos fundamentais previstos no Texto Constitucional.

Ao lado desse cenário de negação de direitos de crianças e adolescentes, surge o fenômeno da judicialização de políticas públicas de combate ao trabalho infantil, que se caracteriza pela exigibilidade judicial de promoção de políticas públicas que garantam a prestação de serviços básicos, em benefício desta parcela da população que se encontra em situação de vulnerabilidade social.

Nesta senda, há de se destacar que a implementação de políticas públicas deixou de habitar a seara exclusivamente do mundo político para ingressar, por definitivo, no contexto das decisões judiciais.

É, portanto, sob essa perspectiva de judicialização de direitos fundamentais que se passa a perquirição do papel da Justiça do Trabalho no controle da implementação e execução de políticas públicas de combate ao trabalho infantil.

2. Trabalho infantil: conceito, delimitação e marco normativo

A exploração do trabalho de crianças e adolescentes faz parte da história e da cultura do Brasil desde a época da colonização.

Nesse plano, Santos, C. M. (1997, 11-15) comenta “crianças e adolescentes especialmente as negras e as indígenas eram introduzidas nos trabalhos domésticos e nas plantações para ajudar no sustento da família”.

Nesse contexto histórico, há que se destacar que crianças e adolescentes nem sempre tiveram os mesmos direitos que lhes são assegurados pelo atual arcabouço jurídico.

Com efeito, foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que o tema trabalho infantil passou a ganhar espaço no cenário nacional, com importantes reflexos para o sistema de proteção de crianças e adolescentes.

Nesta perspectiva, antes de adentrarmos propriamente no estudo sobre a evolução normativa acerca da sistemática envolvendo a exploração do trabalho infantojuvenil, cabe-nos trazer a lume o conceito do que vem a ser trabalho infantil no âmbito do presente estudo.

Desta feita, o Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Trabalhador Adolescente define o termo “trabalho infantil” como sendo:

Aquelas atividades econômicas e/ou atividades de sobrevivência, com a finalidade de lucro, remuneradas ou não que estejam em situação de vulnerabilidade social, realizadas por crianças e adolescentes em idade inferior a 16 (dezesseis) anos, ressalvada a condição de aprendiz a partir dos 14 (quatorze) anos, independentemente de sua condição ocupacional. Para efeitos de proteção do trabalhador adolescente, será considerado todo trabalho desempenhado por pessoa com idade entre 16 e 18 anos incompletos e, na condição de aprendiz de 14 a 18 anos incompletos, conforme definido pela Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998.⁽¹⁾

(1) *Conceito – Brasil: ... (Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e ... Proteção ao Adolescente Trabalhador (2ª versão – 2011 a 2015).*

Esse conceito encontra-se disciplinado no art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil; vejamos:

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

XXXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (...)

Como se vê, o trabalho para o menor de 14 anos está proibido. Dos catorze aos dezesseis anos é permitida a contratação, mas apenas sob a forma de contrato de aprendizagem, sendo vedado o trabalho noturno, em condições insalubres, penosas e perigosas. Ademais, a partir dos dezesseis, é permitida a contratação, uma vez que é alcançada a maioria trabalhista, porém, continua vedado o labor em condições perigosas, insalubres ou em trabalho noturno.

No mesmo sentido, conferindo especial proteção a crianças e adolescente, preconiza o art. 227 da Constituição da República, com a seguinte disposição:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Da análise dos dispositivos citados, percebe-se claramente que a Constituição Federal de 1988 assegurou importantes conquistas em favor da infância e da juventude, conferindo-lhes proteção constitucional, fazendo com que crianças e adolescentes passem a ter seus direitos reconhecidos de modo absoluto.

Segundo Saraiva (2002), pela primeira vez na história brasileira, a questão da criança e

Disponível em: <www.oit.org.br/sites/.../plan-prevencao-trabalho infantil-web_758.pdf> Acesso em: 30 set. 2014.

do adolescente é abordada como prioridade absoluta e a sua proteção passa a ser dever da família, da sociedade e do Estado.

Ademais, em consonância com os dispositivos constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA (Lei n. 8.069/90) dispõe sobre o direito à profissionalização e de proteção ao trabalho.

Sobre o tema, destaca Machado (2003, p. 188):
[...] o direito à profissionalização objetiva proteger o interesse de crianças e adolescentes de se preparem adequadamente para o exercício do trabalho adulto, do trabalho no momento próprio; não visa o próprio sustento durante a juventude, que é necessidade individual concreta resultante das desigualdades sociais, que a Constituição visa reduzir.

No plano internacional, o primeiro marco de combate ao trabalho infantil encontra-se prevista na Convenção n. 138 da OIT de 1976, que estabelece a idade mínima para a admissão em emprego, nunca inferior a quinze anos. Esse documento foi ratificado pelo Brasil somente em 2001⁽²⁾.

Ainda neste cenário, é preciso destacar a Convenção n. 182 da OIT, sobre as piores formas de trabalho infantil, ratificada pelo Brasil em 2000⁽³⁾.

Com se nota, as próprias Convenções ns. 138 e 182 da Organização Internacional do Trabalho, ambas ratificadas pelo Estado brasileiro, traduzem um núcleo sólido de proteção do trabalho infantil e do paradigma do trabalho decente.

(2) OIT (1973). Convenção n. 138 sobre a Idade Mínima para Admissão de Emprego. 58ª Conferência Internacional do Trabalho (CIT), reunião em 26 de junho de 1973 (Genebra). Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/492>> Acesso em: 30 set. 2014.

(3) OIT (1999). Convenção n. 182 relativa à Interdição das Piores Formas de Trabalho das Crianças e à Acção Imediata com vista à Sua Eliminação. 87ª Conferência Internacional do Trabalho (CIT), reunião em 17 de junho de 1999 (Genebra). Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/normlex/normlexexotic/PT/PT_C182.pdf> Acesso em: 30 set. 2014.

Infere-se, portanto, da análise conjunta pormenorizada, que tais dispositivos apresentam dupla dimensão, uma de natureza proibitiva, na medida em que veda a realização do trabalho em certa época da vida, a outra de natureza protetiva, com vistas a assegurar a fruição dos demais direitos fundamentais, especialmente a educação, saúde, lazer e convivência familiar, nos moldes do art. 227 da Constituição Federal.

3. Aspectos sociais do trabalho infantil: causas e efeitos

O trabalho infantil é um problema que persiste na sociedade moderna e se traduz numa intolerável violação de direitos e princípios constitucionais, especialmente o da prioridade absoluta e da proteção integral.

Dados apresentados pela Organização Internacional do Trabalho, em 2013, apontam que atualmente existem aproximadamente 168 milhões de crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil em todo o mundo, cujos direitos consagrados na Declaração dos Direitos da Criança ainda são ignorados⁽⁴⁾.

No Brasil, o nível de incidência do trabalho infantil tem diminuído, pois calcula-se que existam aproximadamente 3,5 milhões de crianças entre 5 anos e 17 anos em situação de trabalho infantil, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio, realizado pelo IBGE, em 2012.

De acordo com a pesquisa (PNAD, 2012), a estimativa mostra uma diminuição de 5,41% em relação a 2011, ou menos 156 mil crianças a menos nestas condições⁽⁵⁾

De modo geral, dentre as causas apontadas para a inserção da criança ou adolescente no mercado de trabalho, a principal, sem dúvida, é a pobreza. Mas há ainda diversas causas neste emaranhado de problemas, da qual destacamos: a falência ou inexistência de políticas públicas pelos entes estatais direcionadas à infância e juventude⁽⁶⁾.

Destarte, ao lado desses fatores, torna-se imperioso aduzir que o elemento cultural consistente na aceitabilidade de trabalho infantil é situação que agrava ainda mais a problemática do trabalho precoce.

Com efeito, ainda hoje é comum frases como: “É melhor a criança trabalhar do que roubar”, e, ainda, “trabalhar educa o caráter da criança”, traduzindo a noção fortemente arraigada de que “trabalho é solução para a criança”.

Como se vê, esses mitos sociais são frequentemente utilizados para justificar e tolerar o trabalho infantil, além de contribuir para a manutenção da inércia secular do Estado brasileiro no que tange à promoção de políticas públicas de enfrentamento ao trabalho infantil. Desse modo, essas são principais causas que fomentam o trabalho infantil, tornando tão árdua sua erradicação.

Quanto aos efeitos do trabalho infantil, é evidente que o trabalho precoce prejudica a escolaridade, conforme sustenta Rosângela Rodrigues (2011, p. 223):

Quanto aos efeitos deste fenômeno, é indene de dúvidas que o trabalho infantil prejudica a escolaridade e, mesmo quando a criança estuda, há *deficits* no seu aprendizado. Esta circunstância conduz à conclusão de que o trabalho precoce perpetua o círculo vicioso de pobreza da própria família da criança ou do adolescente. Em geral, pais pobres e com baixa escolaridade inserem seus filhos no mercado de trabalho;

(4) OIT-IPEC. Medir o progresso na luta contra o trabalho infantil – Estimativas e tendências mundiais (2000-2002). Bureau internacional do Trabalho, Programa Internacional para a Eliminação do Trabalho Infantil (IPEC), Genebra. OIT, 2013. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/relatorioporset13-pdf>> Acesso em: 30 set. 2014.

(5) PNAD 2012: *trabalho infantil registra 156 mil casos a menos*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2013/09/pnad-2012-trabalho-infantil-registra-156-mil-casos-a-menos>> Acesso em 30 set. 2014.

(6) MEDEIROS NETO, Xisto Tiago; MARQUES, Rafael Dias. *Manual de Atuação do Ministério Público na Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil*. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2013. p. 44.

estes, por sua vez, não conseguem adquirir o nível de formação profissional indispensável para a obtenção de um bom emprego. Destarte, apesar de inseridos precocemente no mercado de trabalho, a sua remuneração é inferior à das demais pessoas que não tiveram a sua infância tolhida. Engrossam as fileiras, portanto, do exército de pessoas excluídas do mercado de trabalho devido à ausência de mínima capacidade intelectual de trabalho. E, por derradeiro, com subemprego ou desempregados, estes adultos repetirão a mesma história de vida de seus pais e colocarão seus filhos no mercado de trabalho. Desta maneira, perpetua-se o círculo vicioso, de modo que se torna mais difícil, geração após geração, romper com este destino de carência de bens materiais e de luzes intelectuais.

Como exposto, verifica-se, então, que o trabalho infantil produz sérias consequências para o desenvolvimento de crianças e adolescentes, seja do ponto de vista biológico, quanto psicológico e social (NEPOMUCENO, 1999, p. 341).

Nesse lastro, insta mencionar que quanto mais cedo for a inserção no mercado de trabalho, mais diminuto se tornará o tempo para a qualificação profissional indispensável à obtenção de um bom emprego.

Sendo assim, é na garantia de acesso a uma educação de qualidade que se materializa a verdadeira proteção de crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil, garantido, no futuro, uma melhor posição no mercado de trabalho.

4. Políticas públicas: conceito e possibilidade de controle judicial

Antes de discorrer sobre a temática de políticas públicas de combate ao trabalho infantil, é mister uma breve digressão sobre o conceito de políticas públicas e sua viabilidade de controle judicial.

Maria Paula Dalarri Bucci (2002, p. 241) define o conceito de políticas públicas nos

seguintes termos “são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

Para Fábio Konder Comparato (2003, p. 248-249), política pública é uma série ordenada de normas e atos, dos mais variados tipos, conjugados e aptos para a realização de um fim, uma meta a ser alcançada.

Nessa trilha, dando maior ênfase à possibilidade de controle judicial das políticas públicas como instrumento concretizador dos direitos das crianças e adolescentes assegurados pelo Estado Democrático de Direito, destaca o insigne professor e magistrado Marcus Vinícius Pereira Júnior (2011, p. 79):

Especificamente em relação aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, importa considerar que são direitos originários a prestações diante da necessidade de criação por parte do Estado de meios materiais, indispensáveis ao efetivo exercício de tais direitos e, também, da faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas de tais direitos, podendo inclusive tal exigência ocorrer de forma coletiva, com destaque para o dever estatal em implementar de forma coletiva a materialização de tais direitos sociais, econômicos e culturais.

Essa viabilidade do controle judicial de políticas públicas é defendida no plano doutrinário, de onde se destaca o magistério de Manoel Jorge e Silva Neto (2008, p. 249):

E diga-se mais, muito mais: se, nos dias que se passam, vimos crescer incrivelmente os pronunciamentos doutrinários que cogitam da existência de um *Neoconstitucionalismo*, destinado a fazer com que a constituição seja efetivo instrumento de conformação das atividades estatais legislativa, executiva e judiciária, **desprezar a viabilidade de controle judicial de políticas públicas é recusar a própria ideia de constituição**, pois

desde as formulações teóricas de Dworkin e Alexy que se sabe bem da importância dos princípios constitucionais para a integração daquilo que Hesse passou a chamar de *vontade de constituição*.

Daí que o controle judicial de políticas públicas é procedimento absolutamente imprescindível para promover, perante o Poder Judiciário, o contraste entre a atuação do administrador e a realização dos comandos constitucionais, principalmente aqueles referidos como *princípios programáticos* (grifo nosso)

Paulo Bonavides justifica, por motivos pragmáticos, a necessidade de o Poder Judiciário adotar comportamento intervencionista no âmbito das políticas públicas, tudo de sorte a elevar o nível de concretização das normas constitucionais⁽⁷⁾.

Ademais, a justiciabilidade do controle de políticas públicas se assenta na garantia do acesso ao Judiciário, nos moldes do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988⁽⁸⁾.

Como se vê, é com fundamento na concretização dos direitos fundamentais constitucionais, especialmente no que se refere aos direitos de crianças e adolescentes, que se pode requerer a implementação de políticas públicas com vistas à efetivação de tais direitos assegurados constitucionalmente.

5. Da competência da Justiça do Trabalho para controle de políticas públicas destinadas ao combate do trabalho infantil

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, ocasionou profundas e relevantes modificações no cenário jurídico nacional, especialmente em relação à Justiça do Trabalho, uma vez que houve um alargamento significativo de sua competência.

(7) Cf. *A Constituição Aberta*, p. 9-10.

(8) Art. 5º, inciso XXXV, da CF de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

O resultado dessa ampliação de competência da Justiça do Trabalho faz emergir a controvérsia acerca da competência dessa Justiça Especializada no controle de políticas públicas destinadas à erradicação do trabalho infantil.

Com efeito, não obstante a resistência do Poder Judiciário ao exame da demanda⁽⁹⁾, há que se destacar que o constitucionalismo inaugurado com a Constituição Federal de 1988, atribuiu ao Judiciário uma importante missão de efetivação dos direitos fundamentais, afastando-se os dogmas opostos quando se trata de controle judicial de políticas públicas, fazendo com que as normas constitucionais não sejam apenas letras mortas, despidas de efetividade.

Nesse diapasão, a interpretação constitucional permite asseverar que o controle de políticas públicas de combate ao trabalho infantil insere-se de modo cristalino na competência material da Justiça do Trabalho, especialmente quando verifica que o fundamento jurídico para a causa de pedir é a violação ao princípio constitucional de proteção ao valor social do trabalho.

Nesse sentido, destaca Manoel Jorge e Silva Neto (2008, p. 256):

Contudo, nada impede — pelo contrário, a Constituição verdadeiramente impõe — que a inexistência de política pública em tema de erradicação do trabalho da criança e do adolescente seja objeto de apreciação em sede de ação civil pública, cujo fundamento

(9) AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBJETIVO DE PROPORCIONAR TRABALHO DIGNO AOS CATADORES DE LIXO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL E DE ADOLESCENTES. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. É incompetente a Justiça do Trabalho para apreciar o presente feito, pois “... Embora o objetivo de fundo da presente seja a proteção ao direito ao trabalho digno dos catadores de lixo, a erradicação do trabalho infantil e de adolescentes nos lixões, não existe uma conexão direta com qualquer relação de trabalho que possa ensejar a competência especializada, mesmo com a ampliação da EC n. 45/04”. (TRT-9 5992010654903 PR 599-2010-654-9-0-3, relator: SÉRGIO MURILO RODRIGUES LEMOS, 4ª Turma, Data de Publicação: 6.5.2011).

bem pode ser a transgressão aos princípios fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana (tido como “valor-fonte” do sistema normativo brasileiro), à valorização social do trabalho, além de evidente ofensa aos objetivos fundamentais referidos no art. 3º, I, II e III (construção de sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional e erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais).

Como se vê, tratando-se a situação de ausência de políticas públicas no que tange à erradicação de trabalho infantil, não resta dúvida de que a competência é da Justiça do Trabalho, com fundamento no disposto no art. 114, I e IX, da Constituição Federal.

Nesse ponto, arremata o autor (2008, p. 261):

Com isso, é possível afirmar, sem receio, que ausência de política pública relativamente a direito humano dos trabalhadores, por se converter em omissão estatal com reflexo imediato na relação de trabalho, determina a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a ação.

Nesta senda, outro não é o entendimento cristalizado no âmbito do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho; vejamos:

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE VISAM À ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL. EFETIVIDADE DE DIREITOS SOCIAIS. O Direito do Trabalho é campo decisivo no processo de inserção justralhista no universo geral do Direito, tendo a Constituição da República firmado o conceito e a estrutura normativos do Estado Democrático de Direito, em que ocupam posições cardeais a pessoa humana e sua dignidade, juntamente com a valorização do trabalho. Cabe à Justiça do Trabalho cumprir o estratégico objetivo de cimentar as balizas de atuação dos distintos atores sociais e estatais, assegurando a efetividade da ordem jurídica de Direito Material. Resta claro, portanto, que

a erradicação do trabalho infantil é medida de manifesto interesse ao Direito do Trabalho e, com igual razão, ao campo de atuação do Ministério Público do Trabalho. No presente caso, discute-se pedido decorrente de relação de trabalho que visa à implantação de políticas públicas, pelo Município de Codó, no tocante ao combate ao trabalho infantil e a outras formas degradantes de trabalho. A atuação do Poder Judiciário, em caso de omissão do administrador público para a implementação de tais políticas públicas previstas na CF, insere-se na competência material da Justiça do Trabalho, definida em razão da matéria, nas hipóteses disciplinadas no art. 114, I a IX, da CF. Precedentes do STF. Recurso de revista conhecido e provido. (TST – RR: 75700372010516000975700-37.2010.5.16.0009, relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 17.9.2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20.9.2013, grifo nosso.)

Ora, como se vê no julgado acima, se a situação for de ausência ou até mesmo ineficiência de política pública no que toca à erradicação do trabalho da criança e do adolescente, não resta dúvida de que a competência será da Justiça do Trabalho.

6. Políticas públicas: teorias da separação dos poderes e da reserva do possível

A teoria da separação dos poderes (ou da tripartição dos poderes do Estado) originariamente desenvolvida por Montesquieu, no livro *o Espírito das Leis* (1748), visava a limitar o Poder do Estado, dividindo-o em funções com vistas à proteção da liberdade individual⁽¹⁰⁾.

(10) Montesquieu, Charles de Secondat. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010. Para Filho, Francisco Sá, *Relações entre os poderes do Estado*, Editor Borsói, 1959, p. 15, Montesquieu, em 1748, baseando-se em Locke e observando a constituição da Inglaterra, preocupado, sobretudo, com a proteção da liberdade contra a tirania, expõe, com mais precisão, a teoria moderna da separação dos poderes e transforma as teses do filósofo inglês, que se pode afirmar haver delas feito uma criação nova. A soberania nacional se exerce mediante três grandes poderes distintos: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Essa proposta de separação dos poderes, ou melhor, de separação de funções, conforme sugerido por Barruffini⁽¹¹⁾, vem influenciar vários textos constitucionais.

No que diz respeito ao Brasil, suas Constituições sempre consagraram normativamente a clássica doutrina de separação dos poderes em verdade, as funções em Legislativas, Executiva e Judiciária.

No ordenamento jurídico brasileiro, o “sistema de freio e contrapesos” está previsto na Constituição Federal de 1888, em seu art. 2º, estabelecendo que Poderes devem ser independentes e harmônicos entre si, o que significa que, para a existência de uma verdadeira democracia, os órgãos estatais devem atuar de forma independente, sem conflitos, com a finalidade de assegurar a todos o bem comum.

Com efeito, a possibilidade de excepcional controle judicial de políticas públicas, longe de afrontar o princípio da separação dos poderes, constitui uma medida para correção e proteção contra a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo na formulação de políticas públicas que garantam a fruição de direitos sociais, especialmente no que se refere ao combate ao trabalho infantil.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Recurso Extraordinário. Ação Civil Pública. Abrigos para moradores de rua. Reexame de fatos e provas. Súmula n. 279 do STF. Ofensa ao princípio da separação dos poderes. Inexistência. Agravo regimental desprovido. Incabível o recurso extraordinário quando as alegações de violação a dispositivos constitucionais exigem o reexame de fatos e provas (Súmula n. 279/STF). **Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que não**

(11) Leciona o autor: “Constitui erro falar em tripartição de poderes estatais, uma vez que eles são fruto de um mesmo poder. O poder é um só, quaisquer que sejam as manifestações de vontade emanadas em nome do Estado.” BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. *Direito constitucional*. v. 2. Coleção curso e concurso. Edilson Mougnot Bonfim (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2005. p. 39.

ofende o princípio da separação de poderes a determinação, pelo Poder Judiciário, em situações excepcionais, de realização de políticas públicas indispensáveis para a garantia de relevantes direitos constitucionais. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (RE-AgRg 634.643, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 13.8.2012, grifo nosso.)

Nesse lastro, seria um verdadeiro descalabro pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como empecilho à realização dos direitos sociais.

Ademais, tem-se visto, diuturnamente, a invocação da teoria da reserva do possível⁽¹²⁾, como supedâneo para se escusar do cumprimento das obrigações constitucionais.

Nas palavras de Ingo Sarlet (2007, p. 191), o que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção estatal e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.

Como se vê, alhures, a teoria da reserva do possível não pode ser utilizada como escopo de obstar a efetivação dos direitos sociais. Ora, estaria tal princípio funcionando como um limitador à efetividade dos direitos fundamentais e sociais.

(12) A construção teórica da reserva do possível, segundo sustenta SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Direitos Fundamentais e Justiça*. Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 171-193, out./dez. 2007, é oriunda da Alemanha, no início dos anos de 1970. Com base na reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria condicionada à capacidade financeira do Estado, sendo que os Direitos Fundamentais dependem de prestações financeiras dispostas pelos cofres públicos. A partir desta noção, o Tribunal Constitucional da Alemanha desenvolveu várias jurisprudências com o entendimento de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que indivíduo pode, razoavelmente, exigir da sociedade.

Desta feita, alegação de ausência de recursos para implementação de políticas públicas destinadas ao combate ao trabalho infantil, bem como para a concretização de outros direitos sociais igualmente importantes, necessita de cabal comprovação, sob pena de o referido princípio ser utilizado de forma indiscriminada e com o desiderato de perpetuar o estado de inércia do Poder Público no tocante à efetivação dos direitos sociais.

7. Judicialização das políticas públicas de enfrentamento ao trabalho infantil e o papel do Poder Judiciário

Atualmente, apesar do rico conteúdo social da atual Constituição Federal de 1988, o problema da falta de efetividade dos direitos sociais persiste no contexto brasileiro, fazendo com que esses direitos sejam pleiteados judicialmente, sob pena de se fazer tábula rasa da Constituição da República.

Com efeito, adentrando especificamente ao tema proposto, Daniel Sarmento (2009, 371-375) comenta:

Era predominante na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que se servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado.

Hoje, a evolução do pensamento jurídico reconhece a plena justiciabilidade dos direitos sociais, fazendo com que a via judicial seja um caminho à disposição do cidadão para a entrega de prestações materiais constitucionalmente positivadas.

Nessa esteira, comenta o festejado Daniel Sarmento (2009, 371-375):

Atualmente, pode-se dizer que o Poder Judiciário brasileiro 'leva a sério' os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, e a via judicial parece ter sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos

para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna.

Nesse desiderato é de se realçar o dever jurídico-constitucional do Estado no que tange ao desenvolvimento de políticas públicas destinadas à erradicação do trabalho infantil. Desta feita, cabe asseverar que o Estado tem o dever de zelar pelos interesses de crianças e adolescentes, nos moldes do art. 227 da Constituição da República.

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 4º assegura que "é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária".

Como se vê, a regra em comento suscita várias questões fundamentais; a primeira a ressaltar é que a criança e o adolescente são prioridade absoluta na garantia de direitos básicos.

Outro aspecto a destacar é que a proibição geral do trabalho antes dos 16 anos não se mostra suficiente para a solução da problemática que envolve o trabalho infantil, sendo necessária a atuação positiva do Estado centrada na promoção de políticas públicas mediante programas sociais com o fim de assegurar a efetividade dos direitos de crianças e adolescentes.

Como se vê, simples a previsão legal do não trabalho antes da idade mínima, desacompanhada de acesso a serviços básicos, bem como do direito a aprender uma profissão, faz com que a situação do trabalho infantil se torne em constante no cenário nacional.

Outrossim, a ausência, ou até ineficiência de políticas de combate ao trabalho por parte do Poder Público faz com que o Poder Judiciário assumo o papel de protagonista para a efetivação dos direitos das crianças e adolescentes.

Nesse sentido, Manoel Jorge e Silva Neto (2008, p. 278) afirma o seguinte:

Quando o constituinte originário remeteu à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, o fez em linha de afirmação do interesse público que subjaz à determinação da competência tal como constitucionalmente conformada. Com isso, é possível afirmar, sem receio, que ausência de política pública relativamente a direito humano dos trabalhadores, por se converter em omissão estatal com reflexo imediato na relação de trabalho, determina a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a ação.

Sendo assim, a omissão do Estado em promover políticas públicas de combate ao trabalho infantil, viola diretamente os comandos constitucionais, o que enseja a tutela de tais direitos pela via judicial.

A propósito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, em situações excepcionais, o Poder Judiciário pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes — o que se aplica ao caso proposto, no qual se pretende a tutela da erradicação do trabalho infantil.

Nesse sentido:

DIREITO CONSTITUCIONAL. SEGURANÇA PÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTS. 2º, 6º E 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito à segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas

constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (RE 559.646-AgRg/PR, rel^a. Min^a. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 24.6.2011, grifo nosso.)

Diante desse cenário, é oportuno destacar que o Poder Judiciário possui responsabilidade irrenunciável para assegurar a concretização dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes em caso de omissão do administrador público, especialmente no que se refere à promoção de políticas públicas destinadas à erradicação do trabalho infantil.

Nesse caminho, é o entendimento de Welblen (2007, p. 52):

Não efetivados os direitos fundamentais consagrados na Carta Política pelos poderes ditos legitimados, quais sejam, Poderes Executivo e Legislativo, cabe ao Judiciário intervir, a fim de concretizar os ditames insculpidos na Constituição Federal, através de prestações positivas. Assim, ao dispor sobre as prestações estatais, o Judiciário apenas determina a realização prática da norma constitucional, não permitindo que esta se torne mera diretriz abstrata e inaplicável, ato para o qual é competente, uma vez que, no Estado de Direito, o estado soberano deve submeter-se à própria justiça que institui. Noutras palavras, não é papel do Judiciário criar novas medidas referentes a direitos sociais, o que consistiria em violação ao princípio da Separação dos Poderes, mas sim trazer uma real efetividade às políticas públicas já existentes, de modo a não permitir que um apego excessivo a formalidades acabe por obstar a concretização das metas principais do Estado Democrático de Direito.

De fato, a omissão Estado na implementação de políticas públicas que visem à concretização de direitos sociais direcionados à infância e à juventude evidencia-se uma clara situação de violação de direitos aos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta (art. 227 da

CF), cabendo ao cidadão ou ao Ministério Público buscar a devida correção da atuação omissiva do Poder Público pela via judicial, tendo em vista as consequências negativas daí decorrentes.

Nessas circunstâncias em que o não desenvolvimento de determinadas políticas públicas acarreta grave vulneração a direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição, a intervenção do Poder Judiciário se justifica como forma de implementar, concreta e eficientemente, os valores que o constituinte elegeu como “supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos fundada na harmonia social”, como apregoa o preâmbulo da CF⁽¹³⁾.

Nesse pórtico, não se está defendendo que o Poder Judiciário passe a se investir das tarefas atribuídas ao Poder Executivo ou Legislativo, mas que o Poder Judiciário, desde que provocado, atue como garantidor dos direitos das crianças e adolescentes, especialmente no que tange à promoção de políticas públicas de enfrentamento ao trabalho infantil.

Com efeito, tal intervenção não se mostra sequer indevida, isto porque a concretização dos direitos sociais não pode ficar condicionada à boa vontade do administrador público, sendo de suma importância que o Poder Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa.

Nesse lastro, o princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF) não pode ser utilizado como subterfúgio para a negação de direitos sociais fundamentais igualmente importantes.

Ademais, a pífia alegação da teoria da reserva do possível comumente utilizada pelo Poder Público para se eximir do cumprimento das obrigações constitucionais não pode ser

considerado como um empecilho para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, notadamente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal⁽¹⁴⁾.

Sendo assim, é nessa quadra que se firma o papel do Poder Judiciário com vistas a assegurar a efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes, especialmente, o direito fundamental a garantia do trabalho decente, bem como a proibição de trabalho precoce a que estes estão submetidos.

8. Considerações finais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Organização Internacional

(14) DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS RELACIONADO A INÚMERAS IRREGULARIDADES ESTRUTURAIS E SANITÁRIAS EM CADEIA PÚBLICA. Constatando-se inúmeras irregularidades em cadeia pública superlotação, celas sem condições mínimas de salubridade para a permanência de presos, notadamente em razão de defeitos estruturais, de ausência de ventilação, de iluminação e de instalações sanitárias adequadas, desrespeito à integridade física e moral dos detentos, havendo, inclusive, relato de que as visitas íntimas seriam realizadas dentro das próprias celas e em grupos, e que existiriam detentas acomodadas improvisadamente, a alegação de ausência de previsão orçamentária não impede que seja julgada procedente ação civil pública que, entre outras medidas, objetive obrigar o Estado a adotar providências administrativas e respectiva previsão orçamentária para reformar a referida cadeia pública ou construir nova unidade, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. (...) Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado. Todavia, se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, entre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir um padrão mínimo de dignidade às pessoas encarceradas em estabelecimentos prisionais. Por esse motivo, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político. REsp n. 1.389.952-MT, rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 3.6.2014.

(13) RIBEIRO, Bruno Servello. Breves Comentários ao Preâmbulo da Constituição Federal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10884> Acesso em: 28 set. 2014.

do Trabalho asseguram, de maneira cristalina, a dignidade da pessoa humana, a proteção do trabalho decente e a proibição de trabalho precoce para crianças e adolescentes.

Nessa esteira, protege-se o valor social do trabalho, digno e decente, cuja dimensão não comporta exploração de crianças e adolescentes para fins de trabalho infantil.

Desse modo, a realidade do trabalho infantil retratada em suas mais variadas formas — trabalho em lixões, fábricas, lojas, feirantes e até mesmo o doméstico — demonstra um quadro fático de evidente violação aos direitos humanos, especialmente a proibição do trabalho infantil, que se traduz numa das piores formas de trabalho.

Com efeito, a triste situação do trabalho infantil reclama uma atuação prioritária dos diferentes órgãos que integram a rede de proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes a fim de que seja garantida a implementação e incremento de políticas públicas para prevenção e erradicação do trabalho precoce a que estão submetidos.

Vê-se, portanto, que o combate ao trabalho infantil perpassa não somente pela proibição geral de trabalho infantil, mas pela atuação imediata da Justiça do Trabalho no sentido de se efetivar implementação de políticas públicas destinadas no enfrentamento do trabalho infantil, garantindo assim provimento de prestações materiais, especialmente no que tange ao oferecimento de serviços básicos de assistência e de programas de profissionalização imprescindíveis para a eliminação da problemática do labor infantil, concretizando, dessa forma, os princípios constitucionais da prioridade absoluta e da proteção integral assegurados pelo ordenamento jurídico pátrio.

9. Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas emendas Constitucionais ns. 1/92 a 81/2014, pelo Decreto legislativo n. 186/2008 e pelas Emendas

constitucionais de revisão nos 1 a 6/1994. Brasília: Senado Federal, 2014.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Acesso em: 30 set. 2014.

_____. Decreto-lei n. 5452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 23 set. 2014.

_____. <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>> REsp n. 1.389.952-MT, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 3.6.2014. Acesso em: 22 set. 2014.

_____. <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24192460/recurso-de-revista-rr-757003720105160009-75700-3720105160009-tst>>. Acesso em: 14 set. 2014.

_____. <<http://www.onu.org.br/150-milhoes-de-criancas-de-5-a-14-anos-sofrem-com-trabalho-infantil-em-todo-mundo-alerta-unicef/>> Acesso em: 21 set. 2014.

BUCCI, Maria Paula Dalarri (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003.

MANFREDINI, Aryanna; Saraiva, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. METODO 11, 2014.

NEPOMUCENO, Valéria. As Relações com o Mundo do Trabalho — Adeus, Infância. In: *Sistema de Garantia de Direitos*. Um Caminho para a Proteção Integral. Coleção Cadernos CENDHEC, vol. 8. Módulo VI – Temas Emergentes. p. 341-354. 1999. Recife. CENDHEC (Centro Dom Helder Câmara de Estudos e Ação Social).

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Relatório Global 2010 — Suplemento Brasil. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br>> Acesso em: 19 set. 2014. PEREIRA JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Ativismo Judicial e Materialização das Políticas Públicas Infante-Juvenis na Constituição da República*. Dissertação (Mestrado) — Universidade Federal do Rio

Grande do Norte, Natal, 2011. Disponível em: <http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/bitstream/1/9956/1/MarcusVPJ_DISSERT.pdf> Acesso em: 28 set. 2014.

SANTOS, C. M. Lugar de criança é no trabalho? As perversas estratégias de sobrevivência do núcleo familiar na cidade do Rio de Janeiro. *Revista da Faculdade de Serviço Social da UERJ*, 11: 11-15, 1977.

SARAIVA, João Batista Costa. *Direito penal juvenil: adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 171-193, out./dez. 2007a.

SARMENTO, Daniel. Reserva do Possível e Mínimo Existencial. In: *Comentários à Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro. Gen/Forense, p. 371/388, 371/375, 2009.

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 42-53, jul. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/bc-27/control-de-politicas-publicas-na-justica-do-trabalho>> Acesso em: 30 set. 2014.

Processo eletrônico e o princípio da extraoperabilidade: a conexão a serviço da causalidade (informação), da estrutura (operação) e da juridicidade

S. Tavares Pereira^(*)

Resumo:

- ▶ Sob luzes sistêmicas, este artigo apresenta elementos para a atualização da teoria geral do processo. Parte da constatação axiomática de que a conexão é um elemento essencial dos sistemas e sempre existiu no processo. Depois, (1) afirma que, no processo eletrônico, o sistema eletrônico de processamento de ações judiciais (SEPAJ) permite trabalhar com uma natureza de conexão nova, tecnológica (eConexão), para *plugar* o processo aos demais sistemas da *internet* e (2) *repropõe*, justificadamente, o princípio da *extraoperabilidade*, como comando aos tecnólogos, que autoriza e baliza as relações do processo eletrônico com seu entorno, informacional e estruturalmente, via eConexões (processo *plugado*), visando à redução dos riscos e à preservação da aderência jurídica das inovações. Sob tal diretriz, sustenta-se ser possível: (1) aproveitar a *inteligência coletiva*, estruturalmente, para o desenvolvimento do SEPAJ e (2) sem ofensa à autonomia do processo, conectá-lo aos demais sistemas do mundo virtual. O corolário será o aprimoramento qualitativo da prestação jurisdicional, inclusive em celeridade. Em seguida, propor abordagem inovadora das conexões — tipos, classificação etc. —, o artigo também analisa o *princípio da conexão* — proposto por outro teórico — e apresenta, ao final, um quadro de dupla entrada das características dos dois princípios.

Palavras-chave:

- ▶ Processo eletrônico — Extraoperabilidade — eConexão — eAutos — Mundo dos autos eletrônico — eSujeito.

Índice dos Temas:

- ▶ Introdução
- ▶ 1. Noções iniciais

(*) Mestre em Ciência Jurídica (Univali/SC). Aluno dos cursos de doutoramento da UBA. Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo pela PUC/RS. Juiz do Trabalho aposentado do TRT12. Analista de sistemas. Advogado. Foi professor de direito constitucional, do

trabalho e processual do trabalho, em nível de graduação e pós-graduação, e de lógica de programação, linguagem de programação e banco de dados em nível de graduação. Teoriza o processo eletrônico à luz da Teoria dos Sistemas Sociais (Niklas Luhmann).

- ▶ 1.1. Processo, SEPAJ e processo eletrônico
- ▶ 1.2. SEPAJ: agente processual tecnológico (eSujeito) e eConexões (conexões tecnológicas ou eletrônicas)
- ▶ 2. Sistema
 - ▶ 2.1. O processo judicial como sistema
 - ▶ 2.2. Sistema à luz da análise de sistemas, o processo e o SEPAJ
 - ▶ 2.3. Sistemas naturais e artificiais
 - ▶ 2.4. O sistema PJe-JT (eSujeito) e seu papel central no processo eletrônico — Resolução CSJT n. 136
 - ▶ 2.5. O processo judicial como sistema híbrido: sistemas de consciência e sistemas técnicos garantindo a operação do processo. Sistema à luz da teoria social
 - ▶ 2.5.1. Luhmann e o acoplamento dos sistemas sociais e psíquicos
 - ▶ 2.5.2. Acoplamento de sistemas psíquicos e técnicos: sistemas causalmente abertos e causalmente fechados
- ▶ 3. Conexão
 - ▶ 3.1. Noções preliminares
 - ▶ 3.2. A conexão mediada pelo homem no processo tradicional
 - ▶ 3.3. Conexão tecnológica (eConexão): propriedade nova do processo
 - ▶ 3.4. Autos eletrônicos (eAutos). Mundo dos autos. Endo e heteroconexão
 - ▶ 3.4.1. Heteroconexões, conexões heterorreferenciais ou contextuais
 - ▶ 3.4.2. Endoconexões ou conexões autorreferenciais
 - ▶ 3.4.3. Endoconexões gerais e particulares
 - ▶ 3.4.4. Autos processuais eletrônicos (eAutos)
 - ▶ 3.5. Radicalização da noção de mundo dos autos
- ▶ 4. O princípio da conexão: o que está no *google* está no processo
 - ▶ 4.1. Compreensão e extensão do princípio conforme Chaves Júnior
 - ▶ 4.2. Entendimento e posição de outros autores. Aplicações
 - ▶ 4.2.1. Henrique Gouveia da Cunha
 - ▶ 4.2.2. Kleber Waki
- ▶ 5. Princípio da extraoperabilidade
 - ▶ 5.1. O princípio: uma diretriz estratégica para os tecnólogos
 - ▶ 5.2. Até onde, como e quanto usar da capacidade de conexão?
 - ▶ 5.3. Interoperabilidade e extraoperabilidade
 - ▶ 5.4. Destinatários do princípio da extraoperabilidade
 - ▶ 5.5. Composição mono e poliestrutural do sistema processual em papel. Imanência da extraoperação no processo
 - ▶ 5.6. Natureza biestrutural do processo eletrônico: sistemas técnicos e de consciência. Híbridização e efeitos

- ▶ 5.7. Autonomia
 - ▶ 5.7.1. Visão luhmanniana de autonomia e o SEPAJ
 - ▶ 5.7.2. Autonomia, autarquia, abertura cognitiva e fechamento normativo. Verdade processual e verdade da rede
 - ▶ 5.7.3. Outros fatores da autonomia: diferenciação funcional e outros
 - ▶ 5.7.4. Procedimento, complexidade e ameaças à autonomia
- ▶ 5.8. Acoplamento estrutural
 - ▶ 5.8.1. Evolução do pensamento luhmanniano a respeito do acoplamento estrutural
 - ▶ 5.8.2 Acoplamento operativo
 - ▶ 5.8.3. SEPAJ e acoplamentos: *add-ons, plugins, APIs*
- ▶ 5.9. Função do princípio da extraoperabilidade
- ▶ 6. Princípios da extraoperabilidade e da conexão: aproximação
- ▶ Considerações finais
- ▶ Referências bibliográficas

Introdução

“[...] tanto quanto possível, busquemos o realizável no presente humano para um presente ainda mais humano, não para utopias irrealizáveis [...]”⁽¹⁾

Este artigo persegue dois propósitos: (1) propor, de forma mais ampla e fundamentada, o princípio da *extraoperabilidade* e (2) dar as bases para distingui-lo (ou não) do princípio da *conexão*. Depois de os itens iniciais estabelecerem noções e conceitos necessários ao desenvolvimento das reflexões, traz-se uma abordagem dos dois princípios e, ao final, num quadro de dupla entrada, listam-se as características. A *conexão* ocupa lugar especial no estudo, porque ambos os princípios se amparam nela. O propósito (1), acima, inclui proposta do que fazer com as conexões tecnológicas para *plugar* o processo com segurança na *internet*.

Com a transferência do processo para o mundo virtual, algumas perguntas emergem persistentemente: é possível aproveitar o que se denomina de *inteligência coletiva* a favor

da aceleração do processo? A qualidade da prestação jurisdicional pode ser aprimorada? Há riscos decorrentes dessa transferência do processo para o ambiente virtual? Há como evitá-los? Que características deve ter o sistema eletrônico de processamento de ações judiciais (SEPAJ⁽²⁾) para facilitar a vida dos operadores e ajudar a otimizar, com segurança, a efetividade da atuação jurisdicional, tão desacreditada pelos resultados e tempos que demanda? O princípio da *extraoperabilidade* é uma tentativa de resposta a tais perguntas.

Dentre as novidades do processo eletrônico, uma é realmente revolucionária: a amplificação e transmutação das possibilidades de conexão. Estudiosos e julgadores têm se referido, em artigos e decisões, ao que denominam ampla e genericamente de *conexão*. José Eduardo de Resende Chaves Júnior⁽³⁾, inclusive, sugere um

(1) MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento. As bases biológicas do entendimento humano*. Trad. Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Editorial Psy II, 1995. p. 24.

(2) SEPAJ é a sigla da denominação adotada pelo legislador para os *sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais* (art. 8º da Lei n. 11.419/2006).

(3) Chaves Júnior tem dado importantes contribuições ao avanço da teoria geral do processo para o cenário justicetecnológico. Seu pensamento caracteriza-se pela abertura para interdisciplinaridade.

princípio da conexão⁽⁴⁾ que, sob inspiração dos marcos teóricos que adota, afirma ser um dos inovadores princípios do processo judicial eletrônico.

Segundo Heisenberg⁽⁵⁾, nossas observações estão sujeitas ao nosso método particular de questionamento. A tese aqui esposada, sob luzes sociológico-sistêmicas, começa afirmando que a conexão é um elemento essencial de qualquer sistema. Sem conexão, interna e externamente, não há sistema. Portanto, a conexão sempre fez parte do processo. Sob tal assunção teórico-sistêmica, alguns questionam a propriedade de se enunciar um princípio da conexão.

Entretanto, mesmo que a conexão, *per se*, não possa ser erigida à condição de princípio informativo e diferenciador do processo eletrônico, porque sempre esteve presente no processo, parece pertinente investigar o que fazer a partir da constatação teórico-empírica da existência de novas e mais amplas possibilidades de conexão no processo eletrônico e, então, enunciar um princípio. Tal comando de otimização dá as balizas para o uso das relações do sistema eletrônico com seu entorno, informacional e estruturalmente, e define as linhas gerais a serem seguidas no trabalho: (a) noções iniciais e sistêmicas: sistema, elementos e propriedades, classificação dos sistemas, o SEPAJ e seu papel no processo, o processo como sistema, emergência do sistema processual *híbrido*, conexão, mundo e mundo dos autos, interoperabilidade e extraoperabilidade e imanência da extraoperação no processo; (b) princípio da conexão: noção e alcance; (c) princípio da extraoperabilidade: autonomia, autarquia, abertura cognitiva e fechamento normativo, diferenciação e outros fatores promotores da autonomia, acoplamento estrutural, estrutura,

interpenetração, e (d) quadro de características dos dois princípios.

Espera-se contribuir para aprofundar as reflexões teóricas acerca do aperfeiçoamento do processo pelas novas possibilidades de conexão.

1. Noções iniciais

1.1. Processo, SEPAJ e processo eletrônico

O processo, como método de solução de conflitos, é um sistema de sentido, um sistema de comunicação ou social, como o classifica Niklas Luhmann e se verá mais adiante. Aplicado com ou sem tecnologia, é designado de *processo* ou *sistema processual* e está estruturado nos códigos e leis. O Poder Judiciário o utiliza para o exercício de sua função de império.

O SEPAJ é um sistema técnico — um sistema de informação (SI) — que serve ao processo. É uma ferramenta funcional, algorítmica, que supõe uma infraestrutura ampla de meios computacionais e de comunicação e que é visto como apto a acelerar e aprimorar o funcionamento do sistema social *processo*. O funcionamento na *internet* (sistema WEB) é seu traço mais marcante⁽⁶⁾.

O processo eletrônico é o processo (o método de solução de conflitos) feito com o auxílio do sistema de informação SEPAJ.

O processo, o SEPAJ e o processo eletrônico são os objetos das teorizações deste artigo. O SEPAJ é analisado sob os ângulos tecnológico — pois é um ente tecnológico — e jurídico, porque incorpora regramentos normativo-jurídicos (eNormas ou normas tecnológicas⁽⁷⁾).

(4) CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Comentários à lei do processo eletrônico*. São Paulo: LTr, 2010. p. 27-30.

(5) "O que observamos não é a natureza em si, mas a natureza exposta ao nosso método particular de questionamento." [sem grifo no original] Disponível em: <<http://www.infoescola.com/ciencias/inexatidao-cientifica-para-heisenberg/>> Acesso em: 2 nov. 2014.

(6) Sobre o impacto da internet nos sistemas de informação, veja-se LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane Price. *Sistemas de informação*. Tradução de Dalton Conde de Alencar. Rio de Janeiro: LTC, 1999. p. vii.

(7) PEREIRA, S. Tavares. Processo eletrônico, *software*, norma tecnológica e o direito fundamental à transparência tecnológica. Elementos para uma teoria geral do processo eletrônico. *Revista trabalhista: direito e processo*, São Paulo, n. 43, p. 54-72, jul./ago./set. 2012.

Trata-se, portanto, de um Sistema de Informação⁽⁸⁾ (SI) extremamente regulamentado, especializado, e que deve implementar características muito particulares. Nele, aplicando analogicamente o dizer de Ferraz Jr., o Direito “[...] se revela não como teoria sobre a decisão mas como teoria para a obtenção da decisão”⁽⁹⁾.

1.2. SEPAJ: agente processual tecnológico (eSujeito) e eConexões (conexões tecnológicas ou eletrônicas)

A Resolução CSJT n. 136⁽¹⁰⁾ erige o SEPAJ à condição de verdadeiro sujeito processual eletrônico (eSujeito, um agente automatizado⁽¹¹⁾) e o chama de *sistema* ou de PJe-JT. Esse eSujeito vale-se de conexões de um tipo que jamais existiu no processo: as eConexões ou conexões tecnológicas, típicas do mundo virtual, que ligam *sistemas técnicos com sistemas técnicos*. Existem vários SEPAJ em uso: Projudi, PJe, PJe-JT, eSAJ, eProc.

(8) Stair e Reynolds analisam extensamente os princípios dos SI, sob a ótica dos negócios. Os SEPAJ têm sido feitos sob essa principiologia, cujos contornos precisam ser muito alterados num sistema que serve ao processo. STAIR, Ralph M.; REYNOLDS, George W. *Princípios de sistemas de informação*. Trad. Harue Avritscher. 9. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011, especialmente cap. 1 e 2.

(9) FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 88.

(10) BRASIL. Resolução CSJT n. 136, de 25 de abril de 2014. Institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho — PJe-JT como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=8722e5f0-edb7-4507-9dcf-615403790f7c&groupId=955023> Acesso em: 15 set. 2014.

(11) Sobre agentes automatizados ou inteligentes, ver: KRAMMES, Alexandre Golin. *Workflow em processos judiciais eletrônicos*. São Paulo: LTr, 2010. p. 47; LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane Price. *Sistemas de informação*, p. 340 e, ainda, PEREIRA, S. Tavares; KRAMMES, Alexandre Golin. Processo judicial eletrônico: agentes automatizados e seus atos. Norma tecnológica e ato tecnológico (eNorma e eAto). *Revista trabalhista: direito e processo*, São Paulo, n. 46, p. 113-140, abr./maio/jun., 2014.

O comando de otimização sobre o uso eficaz e jurídico das eConexões foi enunciado em 2009 como o *princípio da extraoperabilidade*, embora sem o acompanhamento das fundamentações expostas neste artigo: “um SEPAJ deve ser concebido como um subsistema autônomo e estruturalmente acoplado”.

As ideias de *autonomia e acoplamento estrutural* exprimem características jurídico-tecnológicas a serem observadas na definição e desenvolvimento dos SEPAJ para explorar a potencialidade das eConexões com segurança. Elas são melhor explicadas no item específico sobre o princípio da extraoperabilidade.

2. Sistema

A palavra *sistema* há muito é utilizada no Direito. Mas, na Resolução CSJT n. 136, e em outras normas recentes, ela é usada com significação oriunda da área tecnológica, para referir *software* ou um *sistema técnico*. A interpretação dessas normas e o avanço teórico do Direito, e especialmente da TGP, dependem da aplicação pertinente desse conceito.

2.1. O processo judicial como sistema

Assume-se, axiomáticamente, que (1) existem sistemas e (2) o processo judicial é um sistema. Assim, se afastam dilemas epistemológicos iniciais. Existem sistemas, portanto, e o processo judicial é um sistema.

Por ora, a definição de sistema de Bertalanffy⁽¹²⁾, como *complexo de elementos e suas inter-relações*, permite incluir a presença de conexões no esforço teórico. Luhmann critica esse conceito, centrado demais no objeto e retrato de uma visão ontológica superada. A visão sistêmica, contextual, inclui também as conexões sistema/entorno⁽¹³⁾. Stair e Reynolds, da área de

(12) BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria geral dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 1973. p. 82-84.

(13) A relação sistema/entorno ocupa a reflexão luhmanniana ao longo e toda a trajetória do jus-sociólogo. Veja-se, por exemplo, em sua obra culminante: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. (Die gesellschaft der gesellschaft). Trad. Javier torres Nafarrate. México: Herder, 2006. p. 40 e seguintes.

tecnologia, baseados em Bertalanffy, definem sistema como “um conjunto de elementos que interagem para realizar objetivos”.⁽¹⁴⁾

2.2 Sistema à luz da análise de sistemas, o processo e o SEPAJ

À luz da análise de sistemas, vejamos-se a seguir as lições de Alan Daniels e Donald Yeates⁽¹⁵⁾ que são úteis há décadas.

A palavra *sistema*, no sentido em que se diz *análise de sistemas* ou *engenharia de sistemas*, é difícil de definir. Muitos pensam ser melhor deixá-la indefinida e captar o sentido pela observação de como é utilizada⁽¹⁶⁾.

Na linguagem comum, o termo é aplicado com ao menos dois sentidos diferentes do da expressão *análise de sistemas*. O leigo chama de sistema uma coleção de coisas similares e inter-relacionadas, como em *sistema numérico*, ou um conjunto de regras de procedimento como em *sistema para ganhar no bilhar*.

Em sentido científico, interessam as situações em que o uso da palavra implica as duas coisas simultaneamente: um conjunto de coisas inter-relacionadas associada a uma série de regras de procedimento. As *coisas* são os elementos do sistema, sua *composição*, e as *regras de procedimento* são a dimensão *operacional* do sistema.

Para que um sistema seja submetido à *análise de sistemas*, é necessário um terceiro requisito: a *composição*, a *operação* ou ambas devem estar sob controle humano. “O sistema solar não está sujeito à análise de sistemas, mas um satélite artificial sim.”⁽¹⁷⁾

Ludwig Von Bertalanffy, captando o elemento operativo dos sistemas e focando os sistemas vivos (biologia), varia o conceito de sistema para “[...] um complexo de elementos

em interação”⁽¹⁸⁾. A *interação*, que em outro momento o estudioso chama de *processo*, é destacada quando diz que “habitualmente não temos nenhuma dificuldade em distinguir entre um organismo vivo e um objeto morto. Em um ser vivo inúmeros processos [...] acham-se ‘ordenados’ [...]”⁽¹⁹⁾. E, acresça-se, operacionais. A morte significa a cessação dos *processos* e a permanência, apenas, dos *elementos* compositivos. O sistema desintegra-se.

Sob a ótica da *análise de sistemas*, portanto:

Um sistema é uma coleção de entidades ou coisas (animadas ou inanimadas) que recebem certas **entradas** e é **compelida a atuar sobre** elas para produzir certas **saídas**, com o **objetivo de maximizar certas funções** das entradas e **saídas**. A característica essencial de um sistema é sua **conexidade** (conectividade). Isto é, algo que consiste de partes conectadas pode ser chamada de sistema. Por exemplo, um jogo de damas é um sistema, enquanto uma peça isoladamente não é. Um carro, uma tesoura, uma *economia* e uma linguagem são sistemas. *Eles são agregados* de partes e peças, mas começam a ser entendidos apenas quando as conexões entre as partes e peças e as interações dinâmicas de todo o organismo são estudadas.⁽²⁰⁾ [tradução livre; sem negritos no original]

Daniels e Yates comentam alguns dos termos postos em negrito:

a) *atuar sobre*, para enfatizar o caráter dinâmico dos sistemas. Um objeto completamente estático não é um sistema. Um edifício não é um sistema, mas o hotel que está instalado nele, com suas regras operacionais, é. Na verdade, o hotel compõe-se de inumeráveis subsistemas (*staff*, alimentação, climatização...).

b) *Objetivo de*, para destacar que, para o âmbito da análise de sistemas, um sistema

(14) STAIR, Ralph M.; REYNOLDS, George W. *Princípios de sistemas...*, p. 7.

(15) DANIELS, Alan; YEATES, Donald. *Systems analysis*. Palo Alto:SRA, 1969. p. 238-251.

(16) *Ibidem*, p. 239.

(17) *Ibidem*, p.239.

(18) BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria geral dos sistemas*, p. 84. A definição mais corriqueira do cientista é *complexo de elementos e suas inter-relações*.

(19) *Ibidem*, p. 191.

(20) DANIELS, Alan; YEATES, Donald. *Systems analysis*, p. 239.

existe quando alguém tem algo em mente. Deve haver uma finalidade. Portanto, o analista de sistemas dedica-se “[...] às situações onde a interação entre a intenção humana e as ações e a performance do sistema estão sendo consideradas”.

c) *Funções*, para realçar que a ideia de maximizar uma função não é restritiva e que está ligada a alguma medida de valor para o sistema. Por isso que a otimização de um sistema — que é o escopo do trabalho do analista — consiste em (a) determinar a função de valor que se deseja maximizar e (b) promover a variação da composição do sistema ou de sua operação de modo a alcançar a maximização.

Como se vê, para a *análise de sistemas* interessam muito particularmente os elementos e as relações, vistos como o modo de interação das partes quando o sistema opera. Elementos e operações são objetos muito caros ao tecnólogo. Mas eles ganham relevância mesmo quando há intenções humanas envolvidas na determinação das ações.

Conforme essa ligação *intenção-ação*, os sistemas são classificados em *mecânicos* (um míssil, uma máquina, nos quais a participação do homem é apenas na concepção), *adaptativos* (onde, em certos momentos da operação, a intervenção humana direta se faz necessária porque é impossível programar o sistema para atuar automaticamente naqueles pontos de decisão operativa) e, finalmente, há sistemas *competitivos* quando o sistema A opera com outro sistema B que tem por objetivo negá-lo: competição comercial e guerra são situações onde operam tais sistemas.

Sob um critério de complexidade, os sistemas podem ser classificados em *simples e dinâmicos*, *complexos, mas descritíveis* e *excessivamente complexos* que não podem ser descritos de modo preciso e detalhado.

Um outro critério classificatório, focado no modo de operação, permite classificar os sistemas em *determinísticos* e *probabilísticos*.

Nos *determinísticos*, as partes interagem de modo previsível. Conhecendo-se, num certo momento, o estado do sistema e sua estrutura operacional, é possível determinar o estado seguinte sem erro. Um revólver é determinístico: aciona-se o gatilho e a bala dispara. Do contrário, há defeito.

Nos sistemas *probabilísticos*, nenhuma previsão exata pode ser feita. Ele não é predeterminado e as predições não escapam da lógica apenas provável de seu comportamento. Um (gato) é, em geral, um sistema probabilístico. A reação pode ser, repentinamente, diferente da esperada.

É possível, finalmente, classificar os sistemas conjugando os dois critérios. Um computador executando um programa, por exemplo, é um sistema *complexo, mas inteiramente determinístico*. Uma fábrica automatizada também.

Por outro lado, merece realce o *sistema complexo e probabilístico* onde se enquadra o processo judicial. O processo é probabilístico por natureza e inegavelmente complexo. Submetido a um esquema de alimentação baseado na dupla contingência⁽²¹⁾ que orienta a ação dos agentes processuais e em inumeráveis outros fatores, é impossível fazer previsões exatas. As partes do processo baseiam suas predições em esperanças (expectativas) e um cientista trabalha, no caso, com a teoria da probabilidade. O conjunto de variáveis e respectivos efeitos sobre os resultados são imperscrutáveis.

Até a chegada das novas tecnologias, o processo foi um sistema cujas operações estavam baseadas em humanos (sistemas psíquicos) e não se chamava *analista de sistema* para otimizar o procedimento. No máximo, se recorria a um analista de organização e métodos. O SEPAJ, ao contrário, é um sistema *determinís-*

(21) LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais. Lineamientos para una teoría general*. Tradução para o espanhol de Silvia Pappe e Brunhilde Erker, coord. por Javier Torres Nafarrate. Nota à versão em língua espanhola de Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, 1998. p. 113-139.

tico, complexo, que está incumbido, ao lado dos operadores humanos, de concretizar a operação do processo eletrônico. Sobre ele atuam os analistas de sistemas.

O processo eletrônico é um sistema social, claramente *adaptativo* (o homem interfere constantemente), mas que ganhou espaços *determinísticos*, nos quais a operação está entregue a agentes automatizados, programas de computador, algoritmos ou agentes tecnológicos (eSujeitos). No todo, o processo eletrônico continua *probabilístico* como decorrência dos segmentos operativos que se mantêm probabilísticos.

Portanto, como se acentuará em item próprio, o processo eletrônico evoluiu para uma estrutura compositiva híbrida: trechos estruturais probabilísticos com trechos determinísticos. O princípio da *extraoperabilidade* está dirigido ao desenvolvimento do SEPAJ, o sistema de informação incumbido de garantir a operacionalidade do sistema nos trechos determinísticos.

2.3. Sistemas naturais e artificiais

Foque-se o procedimento, a sequência ordenada de atos, o elemento dinâmico, o *corpo físico do processo*, conforme a expressão de Dinamarco e deixem-se de lado as relações entre os sujeitos da relação processual (o elemento invisível do processo, na lição do mesmo Dinamarco). O procedimento, agora, é operado por sistemas de consciência (homens) e pelo SEPAJ, um sistema técnico.

Os sistemas *naturais* — não construídos pelo homem, como é o caso da consciência — adaptam-se ou evoluem sem controle humano, permita-se dizer. Os sistemas *artificiais*, ao contrário, são *sensíveis* às inovações, sejam do meio, sejam dos instrumentos de que são feitos. Sofrem o influxo aperfeiçoador porque seus artífices estão sempre incorporando avanços dos instrumentos e ganhando melhorias das condições de alcançarem mais eficientemente seus objetivos. A evolução é induzida.

Avanços da tecnologia, no caso do processo eletrônico, deveriam ser consistentemente incorporados, no sentido de chegar ao subsistema determinístico do processo — o SEPAJ — com rapidez, para aperfeiçoar, do ponto de vista sistêmico, o processo ao qual está vocacionado a servir.

O princípio da *extraoperabilidade* é um comando aos tecnólogos para que atuem no desenvolvimento do sistema técnico de modo a aproveitar, em prol do processo, as possibilidades que o ente tecnológico abre para a maximização do mecanismo decisório do Direito. No caso, buscam-se os benefícios da conexão técnica (eConexão) com o entorno virtual, observados requisitos de segurança e juridicidade.

2.4. O sistema PJe-JT (eSujeito) e seu papel central no processo eletrônico — Resolução CSJT n. 136

Para o estudo do princípio da extraoperabilidade, é fundamental perceber e entender o elemento diferenciador dos processos tradicional e eletrônico: o SEPAJ. A Resolução CSJT n. 136 rege o processo judicial eletrônico no âmbito da Justiça do Trabalho e torna o SEPAJ PJe-JT — o *sistema!* — indispensável à instauração e desenvolvimento de um processo trabalhista. Um *sujeito eletrônico* (eSujeito).

Vários e diferentes SEPAJ foram desenvolvidos depois da edição da lei do processo eletrônico, em 2006: Provi/SC, Projudi, eProc/TRF4, eSAJ etc.⁽²²⁾. Atualmente, o Conselho Nacional de Justiça tem investido intensamente no SEPAJ chamado PJe, cuja versão derivada PJe-JT, especializada para a Justiça do Trabalho, é a que vem sendo implantada com pretensão de unicidade nesse ramo especializado da Justiça brasileira. Nos últimos anos, por determinação do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), só podem ser instaladas novas varas se

(22) Alguns SEPAJ tiveram seu desenvolvimento interrompido. Foi o caso do SUAP, cujo nome anunciava a pretensão de unicidade (Sistema Único da sigla SUAP).

forem eletrônicas⁽²³⁾. Varas antigas podem de- ter processos eletrônicos (novos) e tradicionais (início anterior à introdução do SEPAJ). Varas eletrônicas só terão processos eletrônicos.

A Resolução CSJT n. 136 contém 73 vezes a palavra *sistema*, a maioria delas com sentido de *software* ou *programa de computador*. No art. 1º, a resolução estabelece que “a tramitação do processo judicial no âmbito da Justiça do Trabalho, a prática de atos processuais e sua representação por meio eletrônico [...] serão realizadas **exclusivamente** por intermédio do [...] PJe-JT regulamentado por esta Resolução”.

No art. 2º, PJe-JT fica incumbido do **controle do sistema judicial** em relação à tramitação do processo, à padronização de todos os dados e informações, à **produção, registro e publicidade dos atos processuais** e ao fornecimento de dados essenciais à gestão.

No glossário do art. 3º, inciso IX, presente na resolução porque, nesta era de incorporação tecnológica ao processo, tornou-se moda do legislador explicitar conceitos operacionais/ interpretativos, o juiz é reduzido à condição de *usuário interno* do sistema, equiparado a servidores e outros a quem se conceder a permissão de uso das funcionalidades internas, como estagiários e terceiros. E, no inciso X, advogados, membros do MP e partes são classificados como usuários externos.

O art. 4º, *caput*, tem como destinatário o eSujeito *sistema*, que fica incumbido de prover o meio eletrônico para a instauração e desenvolvimento do processo e de zelar para que tudo que chegue aos autos esteja assinado digitalmente e contenha elementos que permitam a identificação inequívoca do autor do documento.

(23) O art. 10, § 2º, da Resolução CSJT n. 136, estabelece regra de atendimento aos portadores de necessidades especiais, que poderão peticionar “fisicamente”. Mas isso não interfere no sistema e no processo. A resolução cria para as secretarias de vara a obrigação de intermediar a atuação desses atores de modo a atender às exigências do PJe-JT. O apoio é fora do *sistema*.

O art. 5º autoriza o eSujeito *sistema* a negar acesso ao espaço processual a todos os usuários, internos ou externos, inclusive ao Juiz, portanto, nos casos enumerados nos respectivos incisos, se o usuário não puder se identificar inequivocamente por assinatura digital.

O art. 11 autoriza o eSujeito *sistema* a negar-se a atender, ou seja, a negar-se a pôr em execução qualquer de suas funcionalidades, se o solicitante interlocutor não estiver autorizado a prática daquele ato segundo um esquema de identificação/permissão previamente definido pelo CSJT.

Continuando essa rápida mirada da resolução, cujo objetivo é realçar o papel superior que o agente automatizado *sistema* tem no processo judicial eletrônico, encontram-se, na seção III, vários papéis reservados ao PJe-JT. Diz o art. 18 que “o sistema receberá arquivos com tamanho máximo de...”, realçando o papel de controle das condições de produção dos atos processuais. Na interlocução com os usuários, o eSujeito está autorizado a não receber documentos fora das especificações, exatamente como faziam os chefes de distribuição em relação a documentos acostados sem observância das regulamentações internas dos tribunais. Se o usuário preferir juntar documentos em PDF, o eSujeito estará obrigado a recebê-lo, não podendo exigir a utilização de sua funcionalidade de edição de texto. No § 3º do art. 18, a resolução estabelece que o *sistema* deve prover funcionalidade de gestão documental com registro formal que inclua, inclusive, a hora da ocorrência. Por força do § 4º deste artigo, o sistema está obrigado a *indisponibilizar* peças e documentos por comando dos magistrados de primeiro e segundo graus.

Finalmente, para encerrar esse exercício de destaque do papel do *sistema* no processo judicial eletrônico, citam-se as disposições dos artigos seguintes:

Art. 26. A distribuição da ação e a juntada da resposta, dos recursos e das petições em geral, todos em formato digital, nos autos de

processo eletrônico, serão feitas diretamente por aquele que tenha capacidade postulatória, sem necessidade da intervenção da secretaria judicial, de forma automática, mediante recibo eletrônico de protocolo, disponível permanentemente para guarda do peticionante.

§ 1º A petição inicial conterá [...]

§ 2º O sistema fornecerá, por ocasião da distribuição da ação, o número atribuído ao processo, o Órgão Julgador para o qual foi distribuída e, se for o caso, o local, a data e o horário de realização da audiência, da qual estará o autor imediatamente intimado.

§ 3º Os dados da autuação automática deverão ser conferidos pela Unidade Judiciária [...]

Art. 27. Poderão ser criadas outras funcionalidades no sistema que indiquem a ocorrência de possível prevenção, suspeição e impedimento, bem como de litispendência e coisa julgada.

Parágrafo único. O alerta do sistema quanto à ocorrência de possível prevenção, suspeição, impedimento, litispendência e coisa julgada não afastará a livre distribuição do feito e o magistrado, sempre que acolher tal indicativo, proferirá decisão fundamentada. [sem grifos no original]

Ao longo dos artigos transcritos acima, encontram-se duas referências à *automatização* do processo, o que indica a natureza de agente automatizado do *sistema*. Na primeira delas, o legislador regulamentar não se satisfaz e explicou não ser necessária a intervenção da secretaria judicial para a instauração do processo. Além disso, no futuro, o *sistema* poderá ser dotado de funcionalidades (quer dizer, estará apto a cumprir outras funções no momento inexistentes) para indicar a ocorrência de possíveis prevenção, suspeição, impedimento etc.

Enfim, nem é necessário um exame acurado para perceber que, sem o *sistema* (SEPAJ), não há processo e que ele, o eSujeito, não exerce apenas um *role* (papel) no processo. Ele é elemento essencial do processo que, aliás, poderá existir sem parte (revelia) e sem advogado (*jus*

postulandi), mas não sem o *sistema*. E mesmo o juiz, o tradicional condutor do processo, só poderá atuar no processo se observar os limites postos pelo agente processual automatizado *sistema*. O ente determinístico-tecnológico assume o controle e, como disse uma desembargadora, recentemente, “esse PJe-JT não cumpre ordem judicial”. O que não está programado, não pode ser feito.

2.5. O processo judicial como sistema híbrido: sistemas de consciência e sistemas técnicos garantindo a operação do processo. Sistema à luz da teoria social

2.5.1. Luhmann e o acoplamento dos sistemas sociais e psíquicos

No início da década de 80, Niklas Luhmann anunciava que “la ‘teoria de sistemas’ es, hoy en día, un concepto unificador de significados y niveles de análisis muy diversos. La palabra hace referencia a un sentido que no es unívoco”⁽²⁴⁾. Para os juristas, que sempre utilizaram a palavra *sistema*, são necessários esclarecimentos especiais para evitar erros decorrentes da imprecisão conceitual.

O termo *sistema* é livre e intensamente utilizado ao longo da Resolução CSJT n. 136. Mas não mereceu qualquer definição e os intérpretes navegam, em seus esforços de entendimento de leis e regulamentos, com um sentimento de precisão destituído inteiramente de fundamento. A teoria geral do processo precisa fazer um esforço interdisciplinar para apreender o sentido de *sistema* nesses textos jurídico-tecnológicos. As ditas ciências da complexidade, cujos aportes estão invadindo o jurídico e o processo, desenvolveram-se aceleradamente, prática e teoricamente, nos últimos anos. Os clássicos do jurídico já não têm respostas para as mudanças e evoluções que o processo está experimentando.

(24) LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos...*, p. 27.

Estabeleceu-se, como início de raciocínio, que existem sistemas e que o procedimento judicial é um sistema. Nesse caso, que tipo de sistema é o processo judicial *eletrônico*?

Na introdução de sua obra *Sistemas Sociales*, Luhmann apresenta um pequeno esquema de classificação dos sistemas⁽²⁵⁾, distinguindo três níveis que afirma serem úteis ao esforço teórico:

Como se vê, no primeiro nível, trabalha-se em extrema abstração, com a desconsideração de tudo que diferencie os sistemas entre si. Além desse ponto, para cima, o sistema se desintegra nos seus elementos e relações e as propriedades sistêmicas desaparecem. Como explica o autor, “en general, se puede hablar de sistema cuando se tiene ante los ojos características tales que, si se suprimieran, pondrían en cuestión el carácter de objeto de dicho sistema”⁽²⁶⁾.

No segundo nível, os sistemas estão classificados distintivamente em máquinas, organismos, sistemas sociais e sistemas psíquicos. Vale realçar duas coisas: (a) máquinas são sistemas técnicos, no sentido de Foerster⁽²⁷⁾ (máquinas triviais e não triviais). Então, um algoritmo é uma máquina; e (b) a separação de sistemas sociais e sistemas psíquicos, os quais, segundo o autor, são o entorno um do outro. No terceiro nível, os sistemas sociais são separados em três tipos: interações, organizações e sociedades.

Esta classificação, segundo o autor, “sirve [...] para comparar las distintas posibilidades de formación de los sistemas” e para evitar erros comuns e falta de clareza nas discussões. As comparações devem manter-se num único nível e um erro comum, por exemplo, é tentar “[...] construir teorías generales de lo social sustentadas en las teorías de la interacción”.

(25) LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos...*, p. 27.

(26) *Ibidem*, p. 27-28.

(27) FOERSTER, H. *apud* LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. de Ana Cristina Arantes. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 114.

Se puede decir lo mismo de la tendencia surgida recientemente, y estimulada por el **invento de la computadora**, de aplicar el concepto de máquina al nivel de la teoría general de sistemas (el rechazo total, por otro lado, es injustificado). La distinción de niveles debe fijar las posibilidades de comparación de una manera fecunda. Entonces, las afirmaciones sobre las igualdades pueden ser trasladadas al siguiente nivel más alto. [sem grifo no original]

A disposição lateral, no mesmo nível, dos sistemas sociais e dos sistemas psíquicos, aponta o traço mais polêmico, criticado e incompreendido, talvez, do todo teórico de Niklas Luhmann: a localização do homem no entorno dos sistemas sociais e não em seu interior. O jus-sociólogo alemão dedica-se, em variadas obras, a demonstrar a fecundidade dessa abordagem para o avanço teórico do social. Javier Torres Nafarrate, nas notas à versão espanhola da obra *Sistemas Sociales*, introduz o assunto com a pungente pergunta: “¿Y el ser humano?”⁽²⁸⁾

E o estudioso do pensamento de Luhmann continua dizendo que:

La opción (¡arbitraria!) en favor de una teoría de sistemas sustentada en la operación conduce necesariamente a **ubicar al ser humano en el entorno del sistema sociedad**. Esto revienta el formato de todas las teorías universales a las que estábamos acostumbrados y apunta hacia un diseño teórico que sirve de visión del mundo (cosmovisión). Donde antes estábamos acostumbrados a observar unidades discretas articuladas (la realidad social, los problemas concretos, los individuos), **hoy, desde una perspectiva insólita, observamos una multiplicidad de operaciones que siguen la dinámica de su propia autopoiesis**.⁽²⁹⁾ [sem grifos no original]

Por que, indaga ainda, se vê tão mal essa expulsão do homem para o entorno de todos

(28) NAFARRATE, Javier Torres *in* LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos...*, p. 23.

(29) *Ibidem*, p. 24.

os sistemas sociais? E responde que ela desafia a tradição humanista cujos pressupostos já não são mais aceitáveis. Por isso, “[...] el emplazamiento del hombre en el entorno del sistema no es tan ruin como se piensa. [...] orientadas por figuras sustentadas en el hombre, se han cometido experiencias terribles [...]”⁽³⁰⁾. Daí, para Nafarrate, o preconceito humanista parece constituir-se num *obstáculo epistemológico* à descrição suficientemente complexa da sociedade moderna.

A localização do homem (sistema psíquico) fora do sistema social (sistema de comunicação) exige de Luhmann a estipulação dos mecanismos pelos quais se articulam esses dois sistemas, cada um considerado condição da existência do outro, pois “los sistemas sociales [...] sólo se generan donde las acciones de diversos sistemas psíquicos o sociales deben ajustarse entre sí [...]”⁽³¹⁾. Os conceitos de estrutura, interpenetração, acoplamento estrutural, dupla contingência e autopoiese são alguns cuja teorização sente o impacto dessa separação dos sistemas psíquicos e sociais. “O fato de que os sistemas de comunicação se acoplem aos sistemas de consciência através da linguagem, assim como os sistemas de consciência se acoplem aos sistemas de comunicação, tem consequências extremamente importantes [...]”⁽³²⁾.

Atente-se para o fato bem marcado por Luhmann: sistemas sociais nascem do acoplamento de sistemas sociais e de sistemas psíquicos. Variados sistemas sociais e psíquicos se articulam para a geração de um novo sistema social. O processo judicial sempre correspondeu a essa descrição: variados sistemas psíquicos, dos diversos agentes processuais, agindo acopladamente num cenário de dupla contingência e operando um *programa* posto

nos códigos processuais (fechamento normativo), fizeram o processo conhecido como tradicional, em papel ou físico.

2.5.2. Acoplamento de sistemas psíquicos e técnicos: sistemas causalmente abertos e causalmente fechados

Está-se, agora, preparado para enfrentar a afirmação do título deste item, segundo o qual o sistema processual (o processo), com a incorporação da tecnologia, ganhou um *caráter híbrido*, diferenciado. O processo judicial *eletrônico* é um sistema que se faz pela articulação de sistemas psíquicos, sociais e técnicos (algoritmos ou máquinas virtuais). No caso da Justiça do Trabalho, o agente automatizado *sistema* (PJe-JT), de que fala persistentemente a Resolução CSJT n. 136, acopla-se com os sistemas de consciência (humanos) para a geração do sistema judicial eletrônico, incumbindo-se ele de inumeráveis papéis antes entregues somente a sistemas psíquicos.

A afirmação de transformação da natureza do sistema processual, para classificá-lo como híbrido, advém da afirmada articulação de sistemas *técnicos* e de consciência. Dessa hibridez, emergem características distintivas do novo processo que forçam a TGP a se repensar. Vive-se, na visão kuhniana, uma transformação de paradigma⁽³³⁾? De fato, são muitas as particularidades do novo ente processual que justificam essa ideia de natureza nova, híbrida.

A teoria do encerramento operativo, por exemplo, distingue sistemas técnicos e sistemas de sentido (psíquicos ou sociais), caracterizando os primeiros como sistemas *causalmente fechados* e os segundos como sistemas *causalmente abertos*⁽³⁴⁾. Ao contrário dos sistemas

(30) NAFARRATE, Javier Torres in LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos...*, p. 24.

(31) LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos...*, p. 121.

(32) LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*, p. 135.

(33) “Outros problemas, mesmo muitos dos que eram anteriormente aceitos, passam a ser rejeitados como metafísicos ou como sendo parte de outra disciplina.” KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997. p. 60.

(34) Como se viu no item 2.2, à luz da análise de sistemas, existe a classificação análoga dos sistemas em determinísticos e probabilísticos.

técnicos, os sistemas psíquicos, até agora os únicos operadores/construtores do sistema processual, “[...] têm a particularidade de poder estar referidos ao meio e de reproduzi-lo dentro de si mesmos sem que tenham de produzir efeitos causais”⁽³⁵⁾. Causalmente abertos significa que das mesmas causas podem advir mesmos efeitos, efeitos diversos ou até nenhum efeito. Ou, ainda, que causas diversas podem produzir o mesmo efeito. Com a hibridização do sistema processual, pela via do *software* (eSujeitos, agentes automatizados), o processo ganha trechos causalmente fechados (triviais, no linguajar de Foerster, que ligam causas e efeitos inescapavelmente) intercalados com segmentos operativos causalmente abertos.

Isso responde àqueles que dizem que o sistema técnico é mero instrumento de outros sistemas psíquicos e que, portanto, não há mudança de natureza do processo. Eles se esquecem de que tais sistemas psíquicos se manifestam, no processo, por meio de sistemas técnicos, determinísticos, causalmente fechados⁽³⁶⁾. O meio altera a forma de manifestação, condicionando-a. A *humanidade* desaparece das operações entregues aos agentes automatizados (eSujeitos). É válido, portanto, afirmar a transformação da natureza do processo, considerando-o *híbrido* quando feito de forma *eletrônica*.

3. Conexão

3.1. Noções preliminares

Os princípios da extraoperabilidade e da conexão projetam visões do processo a partir das transformações e da amplificação das conexões no ambiente virtual.

O conceito de *conexão* não é estranho aos juristas. Dois processos conexos (pelas partes ou causa de pedir) são aproximados para que um, pela sua presença, influa no tratamento

(35) LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*, p. 106.

(36) Este aspecto é explorado nas discussões sobre a eNorma (norma tecnológica). Veja-se: PEREIRA, S. Tavares. *Processo eletrônico, software, norma tecnológica...*, p. 131 e seguintes.

do outro, evitando contradições lógicas e duplicações desnecessárias⁽³⁷⁾.

Segundo o *dicionário on-line de português*⁽³⁸⁾, conexão é “ligação de uma coisa com outra” podendo tratar-se de dois sistemas.

Conexões *internas e externas* são elementos constitutivos dos sistemas e sempre existiram no processo judicial, feitas com mediação humana. O processo eletrônico tem a possibilidade inovadora de *conexão tecnológica* (eConexão), mediada pelo SEPAJ.

A eConexão não é, em termos estritos, uma *emergent property*⁽³⁹⁾ do novo processo, mas é bem destacada neste artigo porque pode revolucionar o processo. A hibridização do processo judicial (agentes humanos e tecnológicos) traz ao processo essa característica conectiva dos sistemas técnicos.

Agentes humanos veem o mundo virtual como um desafio. Agentes automatizados, ao contrário, como entes tecnológicos, são da mesma natureza do ambiente virtual e nele estão bem ambientados e integrados.

Somente as eConexões dos SEPAJ permitem *plugar* o processo aos outros sistemas do mundo virtual na *internet*. Aos juristas cabe definir as condições e o alcance dessa conexão e disso trata o princípio da extraoperabilidade.

3.2. A conexão mediada pelo homem no processo tradicional

Kleber Waki⁽⁴⁰⁾ afirma que, se o relator de um processo consulta um *site* e internaliza uma

(37) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 2. p. 151: “[...] proporcionar harmonia de julgados ou a convicção única do julgador [...]”

(38) Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/conexao/>> Acesso em: 15 set. 2014.

(39) “An *emergent property* of a system, in this context, is one that is not a property of any component of that system, but is still a feature of the system as a whole.” Disponível em: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Emergence>> Acesso em: 3 nov. 2014.

(40) WAKI, KLEBER. *Princípios do processo eletrônico*. O princípio da conexão. Disponível em: <<http://direitoeoutrotemas.wordpress.com/>> Acesso em: 3 nov. 2014.

informação para fundamentar uma decisão (certifica nos autos a informação obtida!), está repetindo o que se fazia a partir do Diário Oficial. A novidade, no caso, está apenas nos instrumentos de consulta/busca.

Até agora, o homem mediou o contato autos x mundo. Sistemas de consciência sempre selecionaram fatos do entorno (provas) e reproduziram-nos internamente no processo para fins causais. Com operações externas e próprias, vasculharam a vastidão factual do mundo e, segundo seus próprios interesses, constituíram o *mundo dos autos fático-probatório*, um ambiente factual-parcial, muitas vezes marcado pela contrafactualidade (ficto? Inconsistência do processual com o real?).

O sistema processual, por sua vez, sempre regulou a atuação dos vários agentes sob três aspectos: formal, contudístico e temporal. O que passasse pelo triplo filtro integrava-se ao *mundo dos autos*. Temporalmente, a regulação mais incisiva sempre foi a do encerramento da instrução. Com a declaração, o juiz finaliza o esforço de objetivação do *mundo dos autos* e dispara a operação do algoritmo terminal do processo, o programa decisório entregue também a um humano.

O aforisma *o que não está nos autos não está no mundo* consagra essa noção. Embora o adágio tenha aplicação plena em qualquer momento do processo, os juristas o consideram especialmente em relação ao conjunto fático a ser utilizado pelo julgador (provado ou não) para expedir uma decisão⁽⁴¹⁾.

Autos e mundo se conectam, portanto, na fase de instrução, e o que chega ao processo compõe o *mundo reduzido e seletivo dos autos*. Tais conexões têm utilidade notadamente informacional e, no processo tradicional, envolvem *duplicações e reproduções* em algum

formato (cópia, transcrição, descrição...). Os vários agentes carregam aos autos coisas do mundo, significativas para o processo e convenientes aos seus interesses. Trabalha-se com uma dupla ficção: a redução do mundo e a suposição de igualdade pontual de dois universos paralelos (mundo e mundo dos autos).

Problemas que a ficção resolveu, até agora, transformam-se no ambiente virtual.

Quando o juiz encerra a instrução, as conexões autos x mundo, de alimentação do processo e objetivação do *mundo dos autos*, são rompidas *abruptamente*. A recursão dos mecanismos de conexão externa (heteroconexões — ver abaixo) e a busca de novas causas (provas) são dogmaticamente interrompidas para liberar a operação do esquema de atribuição causal de decisão.

Sob enfoque sistêmico atual, a fase decisória exige a fixação das fronteiras do sistema processual, que delimitam o que está no sistema — autorreferenciabilidade — e o que está no entorno — heterorreferenciabilidade. Mudam as palavras, mas a realidade continua a mesma: *o que não está nos autos não está no mundo*, não existe para fins operacionais.

3.3. Conexão tecnológica (eConexão): propriedade nova do processo

No processo eletrônico, o SEPAJ permite estabelecer conexões tecnológicas (eConexões) exclusivas, interna e externamente.

Os cientistas sistêmicos realçaram as relações diante das estruturas⁽⁴²⁾.

Quem fala em *internalizar dado*, por exemplo, *no sentido de replicar fisicamente (cópia)* não pensa adequadamente em *eConexão*. A replicação de dado, tal como se exige no processo físico (mundo e mundo dos autos), sempre se fez e continuará sendo feita, no ambiente virtual,

(41) Os tecnólogos falaria em “[...] *informação* como o conjunto de dados aos quais seres humanos deram forma para torná-los significativos e úteis”. LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane Price. *Sistemas de informação*, p. 10.

(42) CAPRA, Fritjof. *A teia da vida. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Tradução de Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 2000. p. 46: “pensar em termos de conexão, de relações e de contexto.”

por exemplo, se a alimentação processual for mediada pelo homem e não houver condições de ambiente que permitam a simples ligação autos x dado (*link*). Não é esse o melhor rendimento das eConexões. Conexões são *ligações* de um elemento com outro, mutuamente influenciando-se, mas não se replicando para a obtenção desse efeito. No nível informacional, a eConexão permite colocar algo do mundo no *mundo dos autos*, mas apenas *virtualmente* (*link*)⁽⁴³⁾. Frise-se, apenas virtualmente! Pontes tecnológicas podem conectar dados do mundo com os autos, dando a sensação de que o dado que está no mundo se encontra fisicamente nos autos (virtualidade). Essa é uma das contribuições valiosas que a eConexão pode dar ao processo.

Se A e B são sistemas técnicos e A está relacionado com B (conectado ou ligado), e vice-versa, pode haver uma mútua reflexão, uma mútua produção de efeitos, de um no outro, sem que isso implique o surgimento de dois A ou dois B. É verdade que A pode copiar um dado do universo de B, duplicando-o no seu ambiente, via eConexão. Às vezes, isso pode ser importante e necessário, embora tecnologicamente os sistemas possam apenas compartilhar o dado sem duplicá-lo.

A eConexão permite ir além do dado e conectar estruturas. Nisso se esconde o poder mais *poderoso* das eConexões: uma via efetiva para a incorporação da *inteligência coletiva* ao processo.

Os SEPAJ, que são instrumentos sistêmicos, podem usar as eConexões de modo seguro, eficaz e sem violar a autonomia jurídica do processo. Os ganhos podem ser informacionais e estruturais como preconiza o princípio da *extraoperabilidade*.

(43) A existência de bases confiáveis e persistentes é uma condição desse rendimento: PEREIRA, S. Tavares. Processo eletrônico: é preciso virtualizar o virtual. Elementos para uma teoria geral do processo eletrônico. *Revista trabalhista direito e processo*, São Paulo, n. 41, p. 185-207, jan./fev./mar. 2012. p. 202.

3.4. Autos eletrônicos (eAutos). Mundo dos autos. Endo e heteroconexão

A Resolução CSJT n. 136, no art. 3º, III, define autos do processo eletrônico ou autos digitais como “conjunto de metadados e documentos eletrônicos correspondentes a todos os atos, termos e informações do processo”. Pode-se criticar, mas o legislador tem o mérito de destacar a necessidade do conceito. De fato, o uso das eConexões e a exposição do processo na *internet* (processo *plugado* pelo SEPAJ) metamorfoseiam a noção corrente de autos e de *mundo dos autos* e ameaçam os mecanismos de diferenciação do processo existentes até agora.

Todo sistema tem seu entorno. Sistema e entorno têm seus respectivos elementos. Autorreferencialmente, um sistema é o conjunto dos seus elementos. Os elementos do entorno, inclusive outros sistemas, situam-se além das fronteiras do sistema e são, para o sistema, seu mundo heterorreferencial.

Essas noções continuam válidas no mundo virtual, embora os autos se esboroem fisicamente. Sem capas, inapreensíveis pelas mãos, transformam-se em um conjunto de elementos interconectados. Isso torna as conexões fundamentais para a noção de mundo e *mundo dos autos* no virtual. Segue-se uma tentativa de especialização/distinção das conexões, em sintonia com a noção de sistema a partir da dicotomia dos elementos em auto e heterorreferenciais.

3.4.1. Heteroconexões, conexões heterorreferenciais⁽⁴⁴⁾ ou contextuais

As *heteroconexões* ligam o sistema processual com o *mundo lá fora*, o entorno sistêmico. O *mundo* é o conjunto dos elementos acessíveis pelas *heteroconexões*, as quais são úteis para alimentar o processo, se os dados passarem pelos filtros jurídicos e vierem a integrar os *autos*, caso em que a conexão, na qualidade de

(44) Para os fins deste trabalho, as noções dadas são suficientes. Entretanto, o conceito de heteroconexão comporta desdobramentos muito relevantes e adicionais.

endoconexão (ver abaixo) integra-se aos autos. As *heteroconexões* mediadas pelo homem, que sempre existiram, exigem a *internalização* de frações do mundo no *mundo dos autos*. Com a internalização, elas se desfazem. Não há novidade nisso. Entretanto, no processo eletrônico, o homem pode apenas acionar uma eConexão (um *link*, por exemplo) ou o SEPAJ, autonomamente, pode estabelecê-la. Nesse caso, não há internalização física de informação (cópia, reprodução, duplicação...), apenas a conexão passa a ser elemento do sistema processual. As parcelas do mundo, apontadas por essas conexões, se passaram pelos filtros legal-processuais, são *integradas* apenas virtualmente aos autos eletrônicos. A conexão se transforma numa *endoconexão*, como se verá a seguir.

As *heteroconexões* são de grande utilidade na fase de instrução processual, para fins cognitivos. Mas permitem muito mais, servindo como via de saída, por exemplo, para a publicidade processual, ou como elos de acoplamento estrutural.

3.4.2. Endoconexões ou conexões autorreferenciais

As *endoconexões* apontam os elementos dos autos eletrônicos. São *internas*, autorreferenciais. Delimitam o *mundo dos autos eletrônicos*. A partir do encerramento da instrução processual, o processo deve operar, para a decisão, com base nos elementos acessíveis apenas pelas *endoconexões*. Abundantes e inteligentes, essas conexões devem permitir transitar pelos autos com facilidade e rapidez para otimizar o trabalho dos operadores, notadamente o do julgador. Um cenário muito diferente do que existe no PJe-JT, até agora, sem números de páginas e com identificadores alfanuméricos incapazes de transmitir o mínimo que uma série numérica simples permite saber: posição referencial para frente ou para trás, perto ou distante etc.

A ideia de *endoconexão* pode induzir em erro. É preciso pensar nos *autos eletrônicos* (*eAutos*), nos autos cujas fronteiras foram

fixadas, virtualmente — virtualmente! — na fase de instrução e que envolvem, do ponto de vista informacional:

(a) **coisas que estão sob os cuidados imediatos do SEPAJ** — aquilo que está no espaço físico controlado pelo SEPAJ — e;

(b) **coisas do entorno, que não estão sob a guarda direta do SEPAJ**, desde que a utilização tenha sido validada e autorizada na fase de instrução, antes da ruptura dos mecanismos de composição do *mundo dos autos eletrônico*.

Esse é o significado profundo de se trabalhar com *autos virtuais*, *autos eletrônicos*. Um dado da previdência social, por exemplo, não precisa estar no espaço físico-processual controlado pelo SEPAJ. O dado pode compor *virtualmente* os autos, embora esteja fisicamente localizado na base de dados, confiável e persistente, de outro sistema. Como afirma Luhmann, “el derecho presupone que el entorno estructura y reduce complejidad, de esta manera se aprovecha de esos resultados sin necesidad de analizar su génesis — cuando lo amerite, lo hará bajo aspectos meramente jurídicos”⁽⁴⁵⁾.

3.4.3. Endoconexões gerais e particulares

Parece ser útil, ainda, separar as *endoconexões* segundo seja a fonte de justificação externa ou interna.

a) **Endoconexões gerais ou de justificação externa**: sua validade é estabelecida previamente e fixada na estrutura legal do processo. Ligam todos os processos a bases de dados ou sistemas sob autorização do regramento processual e podem ser acionadas a qualquer tempo, no processo, pelos diferentes agentes (bases legislativas, diários oficiais, bases jurisprudenciais dos tribunais, bases estatais de convenções, registros oficiais, bases da previdência social, bases de entidades financeiras oficiais etc). Não precisam legitimar-se pelas vias próprias, no

(45) LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 61.

âmbito de cada processo individual. Sob um critério apenas de pertinência, **compõem virtualmente os autos de todo e qualquer processo.**

b) **Endoconexões particulares** — nascem no curso processual e incorporam-se mediante necessária e indispensável justificação/legitimação pelos mecanismos do devido processo legal (contraditório/ampla defesa/oportunidade/pertinência).

3.4.4. Autos processuais eletrônicos (eAutos)

As endoconexões delimitam o *mundo dos autos*. Independentemente da localização física, um dado apontado por uma endoconexão está nos autos. Alguns elementos estarão sob o controle imediato do SEPAJ, outros sob o controle de outros sistemas do mundo, mas acessíveis ao SEPAJ porque a utilização foi validada na fase própria do processo.

A noção de *mundo dos autos*, como se vê, transforma-se no que Wiener, propriamente, chamaria de mundo só de informação⁽⁴⁶⁾ logicamente organizado, desconsiderando-se suportes físicos e energia. Informação pura. O SEPAJ viabiliza as *eConexões, pluga* o processo e permite pensar em autos eletrônicos virtuais (eAutos).

3.5. Radicalização da noção de mundo dos autos

Os limites apenas virtuais dos autos (eAutos) e a segurança jurídica exigem uma radicalização da ideia de *mundo dos autos*.

No processo tradicional, antes do encerramento da instrução, restrições de diferentes ordens atuam para minorar a busca por mais *causas*: dificuldade de pesquisa, dificuldade de interação, fragilidade e insubsistência dos registros etc. Quando se consolida o mundo reduzido dos autos para consideração do juiz (o tal do *mundo dos autos* fático), todos os

demais fatores já haviam operado. Os vários agentes processuais, na maior parte dos casos, aplaudem a chegada a esse momento de fixação de horizontes para a decisão.

No processo eletrônico, ele mesmo imerso num mundo virtual ampliado de que os agentes humanos também se valem, as possibilidades de novos achados são inesgotáveis e o encerramento da instrução corta na base muitas esperanças ainda candentes de reforço fático-probatório de posições. Por isso, a interrupção da agregação de novos fatos, para avançar para a funcionalidade de decisão, soa mais arbitrária.

Nesse cenário, fixar e garantir os limites do *mundo dos autos eletrônico* é um desafio em vários sentidos. Marcos Flávio Araújo Assunção⁽⁴⁷⁾, em *segredos do hacker ético*, depois de dar jocosamente as boas-vindas ao *obsuro mundo da segurança digital*, aponta “configurações malfeitas, *softwares* com falhas, redes desprotegidas, proteções ineficazes, falta de atualizações e fator humano” como as portas para um cenário de obscuridade e insegurança típico do mundo virtual e preocupante para o processo.

Embora o autor aluda a *fator humano*, os técnicos não estão preocupados com os riscos para a uma efetiva diferenciação do processo, decorrentes da presença na *internet*. Trata-se de requisito jurídico-sociológico que eles desconhecem. Fazer o julgador basear-se apenas no que está nos autos virtuais (eAutos) é, sob a ótica da diferenciação funcional, necessário e difícil.

O esquema de atribuição causal (atribuição de efeitos aos fatos comprovados) só pode operar a partir da fixação de limites e da consolidação de um cenário fático. O julgador somente pode atribuir efeitos às causas se essas, trazidas na forma de fatos, estiverem devidamente fixadas. O que está no entorno, embora acessível, não deve existir. Uma base fática movediça, não

(46) GARCIA, Dinio de Santis. *Introdução à informática jurídica*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 21-98.

(47) ASSUNÇÃO, Marcos Flávio Araújo. *Segredos do hacker ético*. 3. ed. Florianópolis: Visual Books, 2010. p. 27.

legitimada, constitui-se em ameaça constante à lisura do processo. Motivos ocultos, não declarados ou considerados sem submissão aos mecanismos de legitimação/validação, violam os fundamentos constitucionais do processo: livre convencimento motivado, publicidade, contraditório.

Imagine-se, apenas exemplificativamente, um sistema processual sem juiz, apto a examinar os fatos e a expedir a sentença automaticamente. Mais radical ainda será a necessidade de especificação de um *mundo dos autos*, pois um algoritmo decisor (decisão automática), por definição, não apenas exige um cenário definido (os dados, a entrada) a partir do qual vai operar, como também, pela própria condição de *programa de computador* que é, demanda se fixe muito antecipadamente o que pode e o que não pode estar nesse cenário (dados e suas regras de tratamento), ou seja, adiciona-se uma restrição de conteúdo que no processo com juiz humano não existe. O *mundo dos autos* tem de ser previamente definido, inclusive quanto aos conteúdos possíveis, uma condição que o juiz humano não demanda. Exigências de forma e tempo estão postas em todos os processos. A especificação prévia de todos os conteúdos possíveis só é exigível no *mundo dos autos* de um sistema decisor, onde o juiz não está presente.

4. O princípio da conexão: o que está no Google está no processo

4.1. Compreensão e extensão do princípio conforme Chaves Júnior

Com o *princípio da conexão*, Chaves Júnior⁽⁴⁸⁾ chama a atenção para as conexões no processo judicial eletrônico. As noções que seguem são captadas de suas lições na obra *Comentários à lei do processo eletrônico* e de outros teóricos que tiveram oportunidade de ouvi-lo. O autor não anuncia o princípio,

(48) CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Comentários...*, p. 27-30.

apenas o anuncia e discorre a respeito, deixando ao leitor a elaboração de um conceito que albergue a ideia em termos de compreensão e extensão⁽⁴⁹⁾.

No prefácio da obra referida, de Luiz Otávio Linhares Renault, está posta a mais polêmica consequência do princípio aventada pelo doutrinador:

Em sessão de julgamento perante a 4ª Turma do TRT/3ª Região, o Juiz Convocado Dr. José Eduardo Chaves, em uma de suas lúcidas intervenções, disse algo mais ou menos assim, e que me despertou para a importância dos princípios especiais do processo eletrônico: “no novo processo não vigora mais o dogma, segundo o qual o que não está no processo está fora do mundo; o princípio é outro: **o que está no Google está no processo.**”⁽⁵⁰⁾ [sem grifo no original]

Segundo Chaves Júnior, o processo eletrônico tem um caráter reticular pela “[...] sua virtual inserção na rede, especialmente na rede mundial de computadores, a Internet”⁽⁵¹⁾. Consequentemente, “[...] é desmaterializada a fronteira autos-mundo, já que ambos estão inseridos no chamado *data space* [...]” e isso “[...] traz para os autos um outro mundo de informações, provas e muda radicalmente inclusive a própria racionalidade processual”⁽⁵²⁾.

Tocando num ponto central do princípio que anunciou, Chaves Júnior afirma que “essa novel conexão autos-mundo, em verdade, é a **conexão dos sujeitos processuais, juiz, autor e réu, com a sociedade virtual**”, distinta, portanto, da eConexão focada pelo princípio da *extraoperabilidade*. E salienta que, pelo

(49) JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 47 e 97.

(50) RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Prefácio. In: ____; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Comentários à lei do processo eletrônico*, p. 9-10.

(51) CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Comentários à Lei do processo eletrônico*, p. 15.

(52) *Ibidem*, p. 16.

caráter cumulativo e expansivo da rede, “[...] tudo tende a crescer em proporções e escalas gigantescas e até fora do controle aparente”⁽⁵³⁾. [sem grifo no original]

Com apoio em Marshall McLuhan (*o meio é a mensagem*⁽⁵⁴⁾), deduz que, nessa mudança de meio físico para o virtual, o processo sofre um condicionamento, inclusive, de conteúdo e de racionalidade, porque “os meios são concebidos como extensão dos seres humanos” e, então, todos se veem condicionados pelo novo meio e tudo se transforma: “[...] o próprio desenrolar do processo, a forma de participação das partes litigantes e até o conteúdo da decisão do juiz [...]”⁽⁵⁵⁾

Chaves Júnior vê positivamente o novo paradigma do processo porque a tecnologia “[...] vai exponencializar a própria instrumentalidade do processo, que passará a ter muito menos amarras e limitações materiais, permitirá o aumento de sua *deformalização* e alargará as possibilidades probatórias”⁽⁵⁶⁾.

Relacionando a conectividade com o juiz, o autor atrai a ideia de *inteligência coletiva*, ataca o juiz solipsista dworkiano e sugere que, para a decisão e na prática, se realce “[...] toda a potência das conexões interativas da inteligência articulada coletivamente”⁽⁵⁷⁾.

Para o autor, o processo baseia-se em dois tipos de conexão — tecnológica e social —

entre sistemas, máquinas e pessoas⁽⁵⁸⁾. O autor distingue, ainda, o que chama de princípios da *conexão reticular* e da *conexão inquisitiva*, o que se deve entender como subprincípios do princípio da conexão.

Explicando o primeiro — subprincípio da *conexão reticular* —, diz Chaves Júnior que “com o adjetivo reticular o que se deseja significar e enfatizar é que não se trata apenas de mera conexão, de uma conexão linear, mas de uma conexão qualificada, em rede”⁽⁵⁹⁾. Disso decorre que “não há linearidade rígida na sequência do fluxo processual eletrônico conectado. Não há nos autos virtuais nem mesmo folhas numeradas, mas ‘eventos em fluxo’”⁽⁶⁰⁾. O processo eletrônico viabiliza “[...] a transmissão incessante, em tempo real, do conteúdo dos atos e das práticas processuais”⁽⁶¹⁾ e, daí, deduz-se, segundo o autor, que “[...] o meio eletrônico transcende as limitações materiais do meio de papel [...] permite a aproximação entre os autos e a verdade (real e virtual) contida na rede [...]”⁽⁶²⁾.

Os atos tornam-se “[...] menos dedutivos e silogísticos. [...] O prazo deixa de ser um conceito estanque, para assumir uma perspectiva mais dinâmica [...] da preclusão lógica caminha-se para uma indução preclusiva [...]” e, o próprio saneamento das nulidades formais “[...] não está mais condicionado apenas à inércia da parte na primeira oportunidade que tiver de se manifestar nos autos.”⁽⁶³⁾

(53) CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Comentários à lei do processo eletrônico*, p. 16-17.

(54) O processo eletrônico brasileiro demonstra que o poder do meio às vezes é insuficiente para alterar substancialmente o objeto. O que fazer no novo meio é uma decisão que remanesce nos homens. O processo, embora levado para o espaço virtual, continua com autos monolíticos, feito de peças monolíticas, submetido à mesma lógica, sem adoção de ferramentas tecnológicas inovadoras para ajudar, por exemplo, o julgador que, aliás, tem visto dificultar-se seu acesso às informações processuais necessárias para o julgamento.

(55) CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Comentários à lei do processo eletrônico*, p. 20-22.

(56) *Ibidem*, p. 22.

(57) *Idem*.

(58) *Ibidem*, p. 27.

(59) *Idem*.

(60) *Ibidem*, p. 28.

(61) Os SEPAJ, até agora, não conseguiram sequer estabelecer mecanismos hígidos e seguros para comunicar citações/intimações, gerando confusões para os usuários e fazendo-se vítimas do assédio de robôs desesperados em busca de informações processuais.

(62) CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Comentários à lei do processo eletrônico*, p. 28. Veja-se que a verdade, tomada como correspondência fato-enunciado (não a consensual habermasiana) só pode ser estabelecida no discurso processual, interno do procedimento, segundo o regramento jurídico. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002. 352p.

(63) *Ibidem*, p. 28-29.

Em relação ao segundo subprincípio — da *conexão inquisitiva* —, informa o doutrinador que a conectividade dá ao juiz um caráter inquisitivo ampliado:

No processo de papel [...] não há como se exigir que o julgador conheça algo fora da realidade materializada e estabilizada nos autos. No processo virtual essa separação é literalmente desmaterializada. As fronteiras entre os autos e o mundo já não são tão claras, pois ambos pertencem ao mundo virtual.

Por outro lado, reconhecendo um dos inúmeros riscos da observância estrita do princípio, o autor adverte que “[...] doutrina, jurisprudência e legislação vão, com o passar do tempo, estabelecer os limites para a navegação virtual, sob pena de se infundir o caos no fluxo processual [...]” e, depois, reforça que “será a possibilidade de conexão por parte do juiz — conexão inquisitiva — o critério decisivo para a inserção da informação na esfera probatória do processo em rede”⁽⁶⁴⁾.

4.2. Entendimento e posição de outros autores. Aplicações

4.2.1. Henrique Gouveia da Cunha

Henrique Gouveia da Cunha⁽⁶⁵⁾ ocupa-se dos princípios processuais no processo eletrônico e repercute o pensamento de Chaves Júnior atinente ao *princípio da conexão*. Identifica esse princípio com o da *extraoperabilidade*.

Resumindo o que entendeu dessa diretriz principiológica, realça o seguinte: o princípio preconiza que os SEPAJ devem estar conectados à rede mundial de computadores — a *internet* — para que “[...] a partir desse ambiente, possa ser realizada a colheita de todo e

qualquer dado ou informação útil ao exercício da atividade judicante”⁽⁶⁶⁾. Há uma contraposição do princípio à máxima *o que não está nos autos não está no mundo* porque tudo o que está disponível na vastidão do mundo virtual está disponível para o processo. Os autos do processo eletrônico estão conectados ao mundo e permitem ao juiz beneficiar-se da inteligência coletiva da rede.

Expondo visão crítica a respeito, Cunha⁽⁶⁷⁾ entende que todo elemento de convicção deve ser submetido ao contraditório, mesmo aquilo que o magistrado busque pessoal e diretamente. A parte não pode “[...] ser surpreendida com a apresentação de fundamentos ou provas não submetidas ao debate dialético”. Busca, em prol de sua posição e preocupado com o caráter inquisitivo sugerido para o processo, as lições de José Carlos de Araújo Almeida Filho e Francis Noblat, para os quais a “[...] ideia de um processo inquisitivo, que vem ganhando força [...] viola o contraditório a partir do momento em que o juiz passa a ser produtor da prova.”

4.2.2. Kleber Waki

Kleber Waki⁽⁶⁸⁾ também faz um esforço de captação do sentido do *princípio da conexão* e, a partir do conceito formado, tece reflexões interessantes a respeito, resumidas abaixo.

Depois de ter ouvido exposição de Chaves Júnior, diz ter entendido que o princípio envolve “[...] a) o fortalecimento da oralidade no processo; b) a introdução do *link* como escritura e do hipertexto como exercício de linguagem processual; c) a ampliação do diálogo processual para além da escrita [...] e d) a prática de uma nova hermenêutica, mais indutiva [...]”.

Em busca da fixação de um conceito, dispõe-se a “[...] averiguar se o acesso a informações alheias aos autos examinados consiste

(64) CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Comentários à lei do processo eletrônico*, p. 30.

(65) CUNHA, Henrique Gouveia da. *Sistema eletrônico de processamento de ações judiciais: princípios processuais. I Jornada sobre teoria e prática do processo eletrônico*. Brasília: ESMAF, 2014 (Coleção Jornada de Estudos ESMAF; 24). p. 95-112.

(66) CUNHA, Henrique Gouveia da. *Sistema eletrônico...*, p. 107.

(67) *Ibidem*, p. 108.

(68) WAKI, Kleber. *Princípios do processo eletrônico. O princípio da conexão*.

em inovação introduzida pelo (por causa do) processo eletrônico”.

A procura da resposta o leva a acórdão⁽⁶⁹⁾ em que, no item 5, a relatora informa ter consultado o *site* do TSE para obter informação sobre ter ou não, certo candidato, sido eleito no ano de 2004, informação esta que lastreou a decisão. Aliás, segundo o articulista, “há vários e vários exemplos assim, extraídos naquela Corte Superior” e, então, se pergunta: “Seria isto o chamado Princípio da Conexão?” Se tal princípio se aplica exclusivamente ao processo eletrônico, então, o exemplo não ilustra o princípio, segundo o autor. E, se há conexão, à vista disso ela existe também no processo em papel, conclui. E explica:

[...] se é possível recorrer a publicações fora dos autos, mas encartadas em Diários da Justiça encontrados na rede mundial de computadores, por exemplo, então não haveria nada de diferente se utilizássemos este mesmo recurso para buscar idêntica informação em publicações digitais, digitalizadas ou mesmo nos antigos diários impressos.

Segundo entende, “o Princípio da Conexão tem que ir além disso. Ele precisa se basear não só em informações oficiais [...] mas admitir a possibilidade de que as provas integrem o corpo probatório do caderno processual, ainda que, efetivamente, não integrem este caderno processual [...]”. A alternativa seria “[...] modificar o conceito do que sejam os autos processuais [...] sem que isso prejudique [...] o debate processual [...]”.

Com mais alguns exemplos, o juiz articulista suscita outras questões, atinentes à *internalização* de informações e à ideia de *caderno processual*, utilizando como base metódica a presença ou não da característica exclusivamente no processo eletrônico.

(69) REsp n. 742.451/SC, rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 27.11.2007, DJ 10.12.2007, p. 292, JC vol. 115, p. 21.321.

5. Princípio da extraoperabilidade

5.1. O princípio: uma diretriz estratégica para os tecnólogos

Um SEPAJ deve ser concebido como um subsistema autônomo e estruturalmente acoplado

O princípio⁽⁷⁰⁾ da *extraoperabilidade*, lançado em 2009⁽⁷¹⁾, é uma diretriz estratégica, no sentido das ciências administrativas e organizacionais, para o desenvolvimento do SEPAJ, passada pelos juristas aos tecnólogos. Sua enunciação funda-se no surgimento das eConexões. O comando, advindo do jurídico e direcionado aos técnicos, cumpre também o papel que Luhmann refere ao dizer que “el sistema jurídico se convierte a si mismo en ley”⁽⁷²⁾, ou seja, os juristas autorizam características tecnológicas do sistema de informação SEPAJ e legitimam os sistemas que as incorporam conforme recomendado. As preocupações do princípio são a segurança⁽⁷³⁾ e a aderência jurídica do SEPAJ: processo na *internet*, conectado, com segurança e sem ofensa ao Direito. O direito fundamental do devido processo legal é o limite⁽⁷⁴⁾.

(70) Emprega-se princípio com o sentido alexyano, de comando de otimização, de mandamento ou ordem para a perseguição continuada de posições de maior concretização do fenômeno denominado pelo neologismo extraoperabilidade. ALEXY, Robert *apud* ATIENZA, Manuel. *As razões...*, p. 267.

(71) PEREIRA, S. Tavares. Processo eletrônico, máxima automação, extraoperabilidade, imaginalização mínima e máximo apoio ao juiz: ciberprocesso. *Revista trabalhista direito e processo*, São Paulo, n. 30, p. 168-187, abr./maio/jun. 2009.

(72) LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. (Das recht der gesellschaft). Formatação eletrônica. Versão 5.0, de 13/01/2003. Disponível em: <<http://forodel-derecho.blogcindario.com/2008/04/el-derecho-de-la-sociedad-niklas.html>> Acesso em: 10 nov. 2011, p. 58.

(73) Sobre os riscos de estar na internet veja-se STAIR, Ralph M.; REYNOLDS, George W. *Princípios de sistemas...*, p. 534 e seguintes.

(74) No sentido proposto por Peter J. Rubin, para quem o próprio direito a um procedimento justo é um direito substancial. RUBIN, Peter J. Square pegs and round holes: substantive due process, procedural due process, and the bill of rights. *In:___ Columbia law review*. New York, v.103, n. 833, p. 833-892, maio 2003. p. 848.

A ferramenta tecnológica (SEPAJ) de produção do processo eletrônico implica, como se viu, uma transformação de natureza do próprio processo, que se tornou híbrido: sistema sociotécnico. A diretriz dirige-se aos desenvolvedores da ferramenta porque o ganho decorrente da amplificação das possibilidades de conexão (eConexões) se faz exatamente pela ferramenta (o sistema de informação SEPAJ) e não pelas conexões típicas que sempre caracterizaram o sistema processual, proporcionadas pelos agentes processuais humanos (sistemas de consciência).

Na época, para a formulação textual da diretriz, utilizou-se o enfoque sistêmico luhmanniano do processo e do procedimento judicial expostos em *legitimação pelo procedimento*⁽⁷⁵⁾, mais tarde ampliados em *sistemi sociali*. Apenas o SEPAJ é capaz de *plugar* o processo na *internet* e deve-se balizar essa conexão.

Ao teorizar a sociedade sob as luzes da teoria dos sistemas, Niklas Luhmann introduziu conceitos que são fundamentais, também, quando se pensa nos sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais (SEPAJ).

À luz do pensamento sistêmico das décadas de 50 e 60⁽⁷⁶⁾, Luhmann afirmava que os subsistemas sociais, aos quais equipara expressamente o procedimento judicial, se formam por diferenciação funcional e são autônomos⁽⁷⁷⁾. A ferramenta SEPAJ não existia, na época. Os sistemas sociais — que são sistemas de comunicação — dependiam exclusivamente de sistemas psíquicos, também ditos de consciência.

O Niklas Luhmann que Alberto Febbrajo chama de *segundo Luhmann* absorveu, na década de 70, as novas ideias sobre sistemas

autopoieticos e passou a referir-se a sistemas *autorreferenciais*, que têm sua sobrevivência condicionada pela *heterorreferenciabilidade*, ou seja, devem estar estruturalmente acoplados ao sistema total, ao ambiente⁽⁷⁸⁾. “O sistema e o ambiente concorrem sempre para a realização de todos os efeitos [...] Não existem sistemas sem ambientes ou ambientes sem sistemas [...]”⁽⁷⁹⁾ [tradução livre]

Na introdução à edição italiana de *sistemi sociali*, Alberto Febbrajo afirma que Luhmann realça, desse modo, o problema da *conexão* entre os subsistemas, conforme a recomendação caracterizadora do pensamento sistêmico (sistemas são redes, teias) e fixa a *comunicação* como operação básica dos sistemas sociais: “se pode assim dizer que o conceito de comunicação tende não mais a se apoiar no conceito de função, mas a substituí-lo como *conceito-guia* [...]”⁽⁸⁰⁾ [tradução livre] Duas outras categorias são, ainda, teorizadas por Luhmann, exaustivamente: *interpenetração* e *acoplamento estrutural*. Elas são correlatas das ideias de *clausura operacional* e *abertura causal*.

O princípio da *extraoperabilidade* destaca *autonomia* e *acoplamento estrutural* como características que o sistema técnico do processo deve ter.

5.2. Até onde, como e quanto usar da capacidade de conexão?

O princípio da extraoperabilidade, em primeiro lugar, obriga a área tecnológica a cobrar dos juristas a definição dos níveis em que um SEPAJ pode valer-se das novas possibilidades de conexão: só no informacional (abrir-se apenas cognitivamente), só no estrutural (permissão de penetração estrutural/acoplamento)

(75) LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UnB, 1980. 210p.

(76) A teoria dos sistemas sofreu enorme impacto ao final da década de 60 e durante a década de 70 com as ideias de Maturana e Varela atinentes aos sistemas auto-organizadores e à autopoiese.

(77) Ideias encontradas, notadamente, na obra de LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*.

(78) Ideias extraídas de LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*. Tradução para o italiano de Alberto Febbrajo e Reinhard Schmidt. Introdução à edição italiana de Alberto Febbrajo. Bologna: Società editrice il Mulino, 1990.

(79) LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali*, p. 89-90.

(80) FEBBRAJO, Alberto. Introdução all'edizione italiana. In: _____. LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali*. Fondamenti di una teoria generale, p. 19.

ou em ambos? Em segundo lugar, os tecnólogos deverão maximizar o uso da conexão nos limites das permissões postas.

A capacidade conetiva pode ser o limite? Parece que não. Na busca dessa resposta, os juristas se questionarão, por exemplo, sobre os riscos que existem, para a autonomia sistêmica processual, com as quebras do regramento milenar do processo que podem decorrer das inovações tecnológicas atinentes à amplificação quantitativa e qualitativa das conexões. Terão de atentar para o princípio da dupla instrumentalidade — ou da subinstrumentalidade — da tecnologia⁽⁸¹⁾. Perceberão que as eConexões são de natureza diversa daquelas que sempre estiveram presentes no processo e que a mutação de natureza das conexões evidencia uma propriedade do processo eletrônico, introduzida pelo eSujeito, o SEPAJ. Os riscos do descontrole do fluxo informacional ou da composição estrutural desse sistema técnico, pela via das conexões tecnológicas, certamente serão objeto da consideração ponderada dos juristas (ou deveriam ser). Estar na *internet* é um risco⁽⁸²⁾. Afinal, quem controla ou deve controlar os fluxos e os contatos do sistema processual com o entorno? Esses fluxos são naturalmente exacerbados pelas novas formas de conexão do processo com os demais sistemas do mundo virtual.

Atualmente, os SEPAJ, embora timidamente, já adotam, em diferentes níveis, mecanismos que incorporam utilizações das eConexões para alimentação informacional e para acoplamento estrutural virtual. É o caso do *Bacenjud*, por exemplo. O princípio deve abrir o caminho para a expansão segura e legítima dessas interações/absorções.

Um erro comum nesse espaço de reflexão é pensar numa relação diretamente proporcional

entre quantidade de conexão e qualidade do processo: quanto mais conexões, maior a qualidade do sistema processual. Estudos sociológico-sistêmicos e neurofisiológicos, no entanto, refutam essa expectativa⁽⁸³⁾. Em verdade, empiricamente as ciências demonstram que essa relação tende a ser inversamente proporcional. O aumento de complexidade sistêmica só pode ser construído a partir de uma consistente redução seletiva das conexões.

5.3. Interoperabilidade e extraoperabilidade

Sob enfoque da tecnologia da informação, a *interoperabilidade* ganhou força a partir do surgimento da *internet*. No mundo virtual, todos os sistemas devem poder comunicar-se. A ideia de teia (*web*) não resiste a uma composição de mundo virtual a partir de sistemas incapazes de se comunicar. A comunicação entre os sistemas é condição da sobrevivência dos milhões de sistemas presentes na rede e da operacionalidade da própria rede, ela mesma um sistema imenso cuja função é prover vias de comunicação. Os sistemas da rede devem ser capazes, portanto, de comunicar-se entre si, segundo determinados padrões (protocolos), com fluxo de informação em geral bilateral⁽⁸⁴⁾.

(83) Comparando cérebros de primatas com os do homem (menores mas superiores), Gazzaniga diz que “[...] enquanto o tamanho absoluto do cérebro e o número total de neurônios aumenta, a *conectividade proporcional decresce* e a *estrutura interna muda ao mesmo tempo que o padrão de conectividade se altera*. Para adicionar novas funções, o decréscimo na conectividade proporcional força o cérebro a se especializar. Pequenos circuitos locais, feitos de um grupo de neurônios interconectados, são criados para executar tarefas de processamento específicas e se tornam automáticos”. [sem grifo no original, tradução livre] GAZZANIGA, Michael S. *Who's in charge? Free will and the science of the brain*. New York: Harper Collins Publishers, 2011. p. 33. Ver, também, LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*, p. 116, e LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 316: “la reducción de la complejidad es condición necesaria de la construcción de complejidad.”

(84) Nos meios tecnológicos, fala-se, nesse sentido, em engenhos de serialização, desserialização, *contracts* e, inclusive *intraoperabilidade* (fluxo num sentido único, de dentro para fora).

(81) PEREIRA, S. Tavares. *O processo eletrônico e o princípio da dupla instrumentalidade*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1937, 20 out. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11824>>. Acesso em: 16 mar. 2009.

(82) A respeito, veja-se LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane Price. *Sistemas de informação*, p. 260-284.

Basta lembrar que a evolução para a web 2.0 trouxe a característica inovadora da bilateralidade do fluxo comunicacional (interação).

Ocorre que, entre os técnicos que trabalhavam em sistemas eletrônicos para o processo, reduziu-se o alcance do termo *interoperabilidade* para significar a possibilidade de contato apenas entre os sistemas processuais — dos diferentes tribunais, das diferentes instâncias etc. Ainda hoje se pode dizer que ela é mínima e continua sendo uma melhoria a ser perseguida.

Por isso, o termo *extraoperabilidade* foi interpretado por alguns, quando do anúncio do princípio, como tendo caráter *apenas* provocativo, para combater a redução conceitual de *interoperabilidade* no âmbito do Judiciário.

O neologismo *extraoperabilidade*, então proposto, de fato serviu também para quebrar o viés reducionista do conceito de interoperabilidade. Ele foi eficaz para aludir à necessária *conexão dos sistemas processuais com o mundo*, com os demais sistemas eletrônicos disponíveis na sociedade e nos quais se encontra a grande massa de informação necessária para as ações e decisões processuais. Mas o escopo real do princípio dizia respeito à própria concepção do SEPAJ, à sua conformação estrutural e à sua imersão no mundo virtual de maneira a aproveitar ao máximo as eConexões por ele introduzidas no processo, com segurança.

5.4. Destinatários do princípio da extraoperabilidade

Para aproveitar o alargamento das conexões sistêmico-tecnológicas que a nova ferramenta processual propicia (eConexões), propôs-se que os técnicos se desvinculassem da visão secular cultuada pelos operadores do processo (*o que não está nos autos não está no mundo*, a qual, frise-se, continua fundamental na fase operativa do processo!), substituindo-a por outra: *“o que não está nos autos, está no mundo ou num outro sistema.”*

Alguns entenderam, então, que a diretriz se dirigia à fase operativa do sistema e aos agentes processuais humanos. Um erro. Ela, enquanto

diretriz para o desenvolvimento da ferramenta, estava vocacionada a regular a atuação dos técnicos desenvolvedores do SEPAJ.

As duas ideias fundamentais, presentes na diretriz, são *autonomia* do sistema processual e *acoplamento estrutural*. A primeira, *autonomia*, envolve a questão do fluxo informacional (abertura cognitiva), mas sob estrito controle do SEPAJ. A segunda toca na questão da estrutura e estabelece, talvez, o ângulo mais profundo da diretriz: sistemas *compartilhando/somando* estruturas (algoritmos).

Um SEPAJ, concebido e desenvolvido com observância das duas ideias-chaves, habilitar-se-ia a ser um agente automatizado (eSujeito) acelerador do sistema processual, seja controlando o fluxo *virtual* das informações para os autos processuais, na forma adequada para o processamento e para o alcance da máxima automação, seja incorporando virtualmente segmentos estruturais de outros sistemas do entorno, fazendo-os colocar suas próprias capacidades de trato do contingente (o entorno) a serviço do processo.

Tudo isso está ao alcance da tecnologia e é amplamente utilizado, na atualidade, em diferentes ramos de atividade, inclusive por alguns SEPAJ, embora minimamente. A conexão, como se vê, é a característica sistêmica que permite se avance nessa direção. *Links*, *webservices*, *contracts* e serialização são alguns dos ferramentais tecnológicos que podem ser acionados pelas eConexões.

O princípio da *extraoperabilidade*, portanto, estabelece o que se deve fazer com esse elemento constitutivo de todo e qualquer sistema, a conexão, mas focando especificamente a *conexão tecnológica* (eConexão), feita pela via do eSujeito, do sujeito tecnológico que a Resolução CSJT n. 136 chama de *sistema* ou de PJe-JT.

5.5. Composição mono e poliestrutural do sistema processual em papel. Imanência da extraoperação no processo

Os sistemas sociais, como o processo, exprimem-se mediante acoplamentos estruturais

com sistemas de consciência, os operadores da *estrutura* legal fixada nas diferentes fontes do Direito (códigos, costumes, jurisprudência)⁽⁸⁵⁾. Essa dependência é empiricamente verificável. Evidenciam-na os diferentes resultados alcançados durante a operação de um mesmo código legal, quando se troca o juiz, por exemplo, ou o advogado, num processo.

Um sistema de consciência não é um processador *neutro* como um computador. Ele *interpreta* e conjuga o programa legal ao seu próprio programa particular — resultado de aprendizagem, convicções, formação⁽⁸⁶⁾ —, gerando um *programa final* (estrutura) único e diferenciado, só em parte condicionado causalmente pelo programa legal (estrutura legal fixada nos códigos)⁽⁸⁷⁾.

Por isso, a *extraoperação* é imanente no sistema processual (o processo em si). Toda operação ocorre externamente em sistemas de consciência (juiz, advogados, servidores). O sistema legal — cuja *estrutura* está fixada nos códigos legais — se manifesta operativamente pelos processadores psíquicos dos diferentes

agentes processuais humanos. Lembre-se de que Luhmann, num dos traços polêmicos de sua teoria, põe o homem no entorno dos sistemas sociais.

O programa processual, no processo *físico*, sempre dependeu de *extraoperação* e, considerando-se os diferentes sistemas de consciência que atuam, ele pode ser dito *poliestrutural*, em dois sentidos: (a) são múltiplas e distintas as *estruturas* psíquicas que se conjugam com a estrutura legal dos códigos para gerar a estrutura do programa do caso específico; e (b) portanto, são diferentes as estruturas operativas finais em cada caso (acoplamento operativo⁽⁸⁸⁾).

Atentando-se, entretanto, para a *natureza* dos sistemas envolvidos, ou seja, para o tipo dos sistemas que se acoplam no processo em papel, tem-se o sistema legal *extraoperado* exclusivamente por sistemas de consciência (psíquicos). Pode-se dizer, então, que o processo físico é *monoestrutural* quanto à sua natureza.

5.6. Natureza biestrutural do processo eletrônico: sistemas técnicos e de consciência. Hibridização e efeitos

No presente momento, está-se associando ao processo um novo tipo de sistema (sistema técnico, *software*, agente automatizado) e o processo, então, passa a ser um sistema híbrido, composto de sistemas de consciência e sistemas técnicos. O sistema processual não é mais monoestrutural, portanto (somente sistemas de consciência se acoplando), mas *biestrutural*.

Exemplo simples: na *autuação*, sistemas de consciência estão sendo substituídos por sistemas técnicos.

(85) Segundo Luhmann, todos os sistemas sociais dependem de acoplamento estrutural com sistemas de consciência e deles são dependentes: “La sociedad depende del acoplamiento estructural con los sistemas psíquicos; el derecho también”. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 174.

(86) “[...] la inteligencia es asimilación en la medida en que incorpora a sus marcos todo lo proporcionado por la experiencia. Bien se trate del pensamiento, que, gracias al juicio, hace entrar lo nuevo en lo conocido y reduce así el universo a sus nociones propias, o de la inteligencia sensoriomotriz, que estructura igualmente las cosas percibidas reduciéndolas a sus esquemas, en todos los casos la adaptación intelectual implica un elemento de asimilación, es decir, de estructuración mediante la incorporación de la realidad exterior a unas formas debidas a la actividad del sujeto.” PIA-GET, Jean. *El nacimiento de la inteligencia en el niño*. Barcelona: Editorial Crítica, 1985. p. 16-17.

(87) Sobre o programa combinatório de estruturas normativas e sistemas psíquicos, Monteagudo afirma que “la superación de la doble contingencia y la continuidad del orden social dependen, pues, del mantenimiento de estructuras (normativas) fuertemente institucionalizadas en lo social e interiorizadas en lo psíquico.” MONTEAGUDO, Jorge Galindo. *In: _____; LUHMANN, Niklas. La sociedad de la...*, p. XXXII.

(88) Na evolução do seu pensamento a respeito da relação sistema-entorno, Luhmann oscilou entre as visões oriundas de Parsons — interpenetração — e suas últimas concepções de acoplamento estrutural, desenvolvidas a partir das ideias de Maturana e Varela sobre os sistemas autopoieticos e auto-organizadores, dependentes do acoplamento estrutural com o meio. Em suas últimas obras, Luhmann refere-se também a “[...] acoplamientos operativos (acoplamientos de operaciones por operaciones) [...]”. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 315.

Tais substituições crescerão muito, com o tempo, e não são triviais, como alguns pensam. Sistemas técnicos são, em si, *neutros* (causalmente fechados). Sistemas de consciência, ao contrário, são causalmente abertos. Operativamente, os dois tipos de sistema são fechados (clausura operacional). As consciências mesclam o sistema legal com seus próprios programas operativos para gerar o programa (estrutura) do caso particular. Mas, como são operativamente fechadas e as alterações da estrutura própria são *difíceis*, elas não têm a maleabilidade dos sistemas técnicos para abrir-se *estruturalmente* e enriquecer a mescla *estrutural* que promovem ao operar o sistema processual em cada caso. Isso acontece, é verdade, mas numa perspectiva evolutiva, não operacional. Uma mudança de entendimento do julgador, por exemplo, significa que, dali em diante, passará a operar sob novas condições (novo programa). Outro exemplo é um curso que, pela via da aprendizagem, reestrutura o sistema de consciência do julgador. Nos dois casos, o trecho sistêmico operado pela consciência se transforma e passa a produzir resultados diferentes. As entradas que, no passado, geravam o resultado A, passam a gerar, em operações futuras, o resultado B.

Por outro lado, como a operação básica dos sistemas de consciência é a percepção, o sistema processual absorve essa característica e os quadros fáticos considerados na aplicação do esquema de causalidade ganham maleabilidade. Günther fala em *perístases* ou em *características relevantes da situação*, um cenário de abertura peculiar do discurso de aplicação, considerado condição de imparcialidade e justiça⁽⁸⁹⁾. Essa é uma característica

(89) GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 25.

relevante que se perde ao substituir sistemas de consciência por sistemas técnicos no processo⁽⁹⁰⁾.

Apesar dessa *perda*, os sistemas técnicos trazem a possibilidade de se pensar/conceber o processo com uma característica inovadora, típica da natureza de formação dos sistemas tecnológicos. Sistemas de consciência são estruturalmente fechados. Suas malhas estruturais são monolíticas e cerradas. Sistemas técnicos, ao contrário, são antes construídos e suas malhas estruturais são virtualmente abertas. Operacionalmente, fechados, mas, estruturalmente, abertos.

As consciências, quando operam, são causalmente abertas (probabilísticos). Os sistemas técnicos são causalmente fechados (determinísticos).

Sistemas técnicos se compõem aditivamente de estruturas menores. Sua evolução não necessita de um mecanismo de diferenciação, como ocorre com os sistemas naturais. Novas funcionalidades ou alterações funcionais podem ser intencionalmente desenvolvidas. Em sistemas técnicos como o SEPAJ, que são sistemas virtuais (*softwares*), funcionalidades inteiras e inovadoras podem ser, inclusive, o resultado de acoplamentos *virtuais* de estruturas de sistemas exógenos. Em tempo de operação, o sistema pode atuar sob determinação de uma estrutura algorítmica mista, própria e de terceiros sistemas, as quais virtualmente são integradas/incorporadas à malha estrutural do sistema processual:

Sistemas de consciência	Estruturalmente fechados	Causalmente abertos	Evolução/diferenciação: difícil — aprendizagem etc.
Sistemas técnicos	Estruturalmente abertos (poliestruturalidade)	Causalmente fechados	Evolução intencional: fácil — ficta, somativa ou subotimizadora ⁽⁹¹⁾ .

(90) Para mais reflexões a respeito, ver PEREIRA, S. Tavares. *Processo eletrônico, software, norma tecnológica...*, p. 67 e seguintes.

(91) “[...] in the real world only suboptimizations are performed.” DANIELS, Alan; YEATES, Donald. *Systems analysis*, p. 242.

A diretriz da extraoperabilidade propõe que, graças às possibilidades abertas pelos sistemas técnicos (eConexões), trabalhe-se com uma perspectiva de permissão de *poli-estruturalidade* do componente tecnológico do processo. Quer-se que muitos sistemas técnicos atuem, ao lado do sistema legal e dos sistemas de consciência, acopladamente, na constituição do sistema processual.

5.7. Autonomia

A primeira prescrição do princípio da *extraoperabilidade* atine à autonomia do SEPAJ: ele deve ser concebido como um subsistema *autônomo*. O que isso quer dizer?

No artigo de 2009, afirma-se que, para o sistema processual judicial produzir seus resultados com independência e imparcialidade, é indispensável que o sistema seja **autônomo**, uma característica dos sistemas dependentes de um intercâmbio ativo com o meio ambiente, mas com controle absoluto da regência do processo de permuta. O sistema se diz **autônomo de estruturas e métodos próprios, internos, controlam o processo de troca**. Em vez de independentes, sistemas autônomos costumam ser muito dependentes do meio ambiente, em vários sentidos. Mesmo assim, a **aplicação do Direito deve fazer-se segundo as regras internas do procedimento**. O cumprimento da função deve ser autônomo⁽⁹²⁾.

Como se alcança um procedimento com tais propriedades?

5.7.1. Visão luhmanniana de autonomia e o SEPAJ

Para Luhmann, “[...] ni el hecho de consultar reglas externas, ni el acceder a motivos de la legislación que se pudieran determinar fácticamente, pueden valer como objeción contra la tesis de la unidad operativa y la autonomía del sistema jurídico”⁽⁹³⁾. Para o jus-sociólogo, o Direito pressupõe que o entorno (outros siste-

mas) estrutura e reduz complexidade e se aproveita, então, desses resultados, verificando-os, quando necessário, por critérios meramente jurídicos. Isso, diz Luhmann: “[...] no conduce a que los límites del sistema se hagan borrosos, ni tampoco a un traslape de los sistemas, ni necesariamente a que el peso social del derecho se traslade a otro sistema”, pois se trata de um “[...] comercio entre sistemas”⁽⁹⁴⁾.

La autonomía (que permanece incólume) se reconoce por el hecho de que **las decisiones específicamente jurídicas son normalmente aquellas que logran un enlace estrecho con el derecho y que, en él, encuentran su responsabilidad**. La autonomía se reconoce también por la circunstancia de que la autorización del derecho cubre lo que no puede cubrir la técnica [...] En todas las operaciones cognitivas el derecho reconoce que puede equivocarse, y se reserva la decisión de lo que ha de decidir cuando el error se hace evidente. **El que el derecho tenga que legitimar dentro del derecho lo que consulta fuera del derecho**, es una muestra más de que las referencias a cogniciones externas, son aspectos de las operaciones internas del sistema jurídico.⁽⁹⁵⁾ [sem grifo no original]

A prevalência do jurídico, sempre e inescapavelmente, é bem estabelecida por Luhmann, como expressão da autonomia. Pensando nos SEPAJ e nas possibilidades inovadoras de conexão, o que se consultar fora, ou se absorver estruturalmente, deverá passar pelos filtros jurídicos para ser legitimado. O acionamento das eConexões não afronta ou nulifica, só por si, o caráter autônomo necessário do processo. A ideia luhmanniana de autonomia alberga um rigoroso controle do que é tomado em consideração pelo sistema jurídico, como informação e como estrutura. *Code is not law*, salvo se o Direito o reconhecer como tal⁽⁹⁶⁾.

(94) *Ibidem*, p. 61.

(95) *Idem*.

(96) A tecnologia não é uma fonte de legitimação de norma e, portanto, o código não é direito, no sentido da advertência empírica de LESSIG, Lawrence. *Code*.

(92) PEREIRA, S. Tavares. *Processo eletrônico, máxima automação...*, p. 175-176.

(93) LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 61.

5.7.2. Autonomia, autarquia, abertura cognitiva e fechamento normativo. Verdade processual e verdade da rede

As ideias luhmannianas concernentes à autonomia estão expostas no Capítulo II, Parte I – Processos Judiciais, da obra *Legitimação pelo procedimento*⁽⁹⁷⁾. Para o autor, o conceito de autonomia, amplamente utilizado em várias áreas, inclusive do Direito, pode ser estabelecido a partir de uma distinção entre autonomia e autarquia.

Fala-se em *autarquia*, diz Luhmann⁽⁹⁸⁾, para aludir a processos de permuta (intercâmbio) entre sistema e meio ambiente: “um sistema é autárquico (ou independente) na medida em que pode reduzir essas relações de intercâmbio, na medida em que pode se tornar independente do meio ambiente e existir por conta própria.” A possibilidade de vida isolada do mundo circundante caracteriza o sistema autárquico. Por natureza, portanto, o processo não pode ser autárquico.

Autonomia, ao contrário, é característica de sistemas dependentes de um intercâmbio ativo com o meio ambiente e diz respeito à regência desse processo de permuta. O sistema se diz autônomo se controla o inescapável processo de troca que deve manter com o entorno.

Pensando em procedimento judicial de aplicação do Direito, facilmente se visualiza uma imensa dependência de outros sistemas sociais. O procedimento não pode prescindir da contratação de juizes, da fixação de competências, da ratificação ou promulgação de leis

Version 2.0. New York: Basic books, 2006. 410p. Disponível em: <<http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2013. Também se trata do assunto ao falar da eNorma e da necessidade de submeter as expressões tecnológicas de normas jurídicas aos mecanismos de legitimação do Direito. PEREIRA, S. Tavares. *Processo eletrônico*, software, *norma tecnológica...*, p. 67 e seguintes.

(97) LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, p. 61-64.

(98) *Ibidem*, p. 61.

e de que fatos sejam conhecidos e participados ao sistema. Mas “[...] tudo isso não exclui que a ação dentro do sistema seja, em parte, orientada segundo critérios próprios de seleção”⁽⁹⁹⁾. O processo opera segundo regras internas, suas.

Isso pode ser observado no desenrolar do processo. Os vários pontos de vista vão se firmando, preclusivamente, e circunscrevendo o raio de ação das atuações subsequentes, até o resultado. A autonomia manifesta-se desde a especificação das inferências permitidas, quanto às normas e fatos, até os comportamentos esperados do sistema, selecionados a partir das informações inferidas.

Cada seleção é um exercício de autonomia, como o é também a seleção da lei, que se pode utilizar numa conjuntura de fatos que adquiriram força no procedimento. E todos os participantes podem, de acordo com as possibilidades que o seu papel lhes dá, participar nesta autonomia — também, por exemplo, o réu que resolve não indicar determinadas testemunhas, ou o acusador que decide fazer uma demanda de preferência sobre uma relação de dívida basicamente existente, do que sobre uma troca⁽¹⁰⁰⁾.

Uma coisa é a autonomia do procedimento, tomado como sistema social e outra, muito mais limitada, é a do juiz no papel que lhe é destinado no procedimento.

O SEPAJ deve ser concebido de forma a otimizar os contatos com o meio ambiente (permite ampliar significativamente a abertura cognitiva do sistema), mas sem deixar de exercer um profundo papel seletivo-valorador do conhecimento buscado no ambiente:

Según esto, el sistema jurídico puede tomar en consideración hechos externos, pero sólo como información que há sido generada internamente: sólo como “difference that makes a difference” (Bateson).⁽¹⁰¹⁾

(99) *Idem*.

(100) *Idem*.

(101) LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 57.

Embora se vasculhe com maior amplidão o entorno, em busca de fatos externos ao procedimento, tais fatos só podem ser levados em consideração sob estrita observância do regramento normativo do processo (fechamento normativo). A verdade é processual, jurídica. Não há *verdade na rede*⁽¹⁰²⁾. Além disso, somente os fatos que ultrapassarem os filtros de forma e esquema de causalidade postos na lei processual podem ganhar o *status* de informação, quer dizer, podem ser erigidos à condição de “diferenças que fazem a diferença” internamente. Essa condição de informação, ou seja, de capacidade para influir na operação sistêmica e orientar os ciclos operativos, deve ser dada internamente pelo sistema processual. O SEPAJ deve ser desenvolvido com observância estrita desse requisito sistêmico, não podendo funcionar como veículo de quebras à autonomia. Interpretações dos códigos, pela via das *regras de negócio* — um conceito bom para os técnicos, mas perigoso para o jurídico — podem ser vias abertas para a quebra da autonomia do sistema processual.

Portanto, o SEPAJ deve ser um subsistema *autônomo*: aberto aos contatos ambientais (cognitivamente aberto) e estritamente vinculado às regras de cognição jurídicas postas nos códigos normativos (normativamente fechado).

5.7.3. Outros fatores da autonomia: diferenciação funcional e outros

Com uma efetiva diferenciação, busca-se a especificação de um sistema de ação procedimental capaz de tratar, com *autonomia*, os dados seletivamente admitidos no âmbito restrito e diferenciado dele. Os mecanismos de diferenciação foram pensados para os sistemas de consciência (agentes processuais, homens).

(102) Contra toda evidência empírica, Chaves Júnior sugere a existência de uma verdade da rede. A rede, em verdade, é um ambiente inseguro e inóspito. CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Comentários à lei do processo eletrônico*, p. 28.

O SEPAJ é um sistema de outra natureza e exige meios inovadores de garantia da diferenciação, sob pena de haver interferências espúrias, não legítimas, no processo.

Além da diferenciação, outros fatores contribuem para a autonomia. Para Luhmann, diversas circunstâncias precisam harmonizar-se “[...] para os sistemas em geral e para os processos jurídicos em particular, numa perspectiva temporal, objetiva e social [...]”⁽¹⁰³⁾. O SEPAJ introduz desafios especiais nessa conjuntura.

a) Dimensão temporal: metas, produtividade e efetividade do Direito

Os procedimentos devem estar organizados de modo a poder controlar, no tempo, a interação com o seu meio ambiente⁽¹⁰⁴⁾. Autonomia supõe obrigatoriamente esse controle e elaboração interna das informações. Tem-se de “[...] dar tempo ao procedimento para poder pôr em funcionamento os seus próprios métodos de elaboração de informações”, sob pena de tirar-lhe a autonomia.

Ora, no mundo virtual e principalmente nos novos *espaços determinísticos* do processo, a instantaneidade e o desmonte do tempo são muito presentes. Nos *espaços probabilísticos*, entregues aos sistemas psíquicos, os prazos devem ser compatibilizados. Juízes devem ter prazos, mais ou menos elásticos, para elaborar e expedir a decisão.

As novas tecnologias podem ser usadas para acelerar o processo, mas precisarão abster-se de violar os tempos necessários aos operadores incumbidos do processamento das informações quando isso lhes incumbe. Pense-se nas *metas*. As instâncias gerenciais do processo têm ameaçado, para não dizer, comprometido, a qualidade da prestação jurisdicional. A celeridade tem focado a produtividade e atropelado a efetividade. Violações à autonomia sistêmica do processo são evidentes.

(103) LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, p. 62.

(104) *Idem*.

Independentemente das circunstâncias, os procedimentos judiciais só se estabelecem autonomamente se tiverem um relativo controle do processo em termos temporais. O processo eletrônico é híbrido, meio técnico (SEPAJ), meio social (agentes humanos). O SEPAJ deve respeitar o tempo humano necessário à preservação da autonomia. Sem esse balanceamento, não se pode falar em autonomia.

A aceleração desbalanceada do procedimento, facilitado em certa fase, pressiona os elos operativos da fase decisória, principalmente pelo vazio de ferramentais de suporte aos julgadores. Esse apressamento provocado pela tecnologia milita em desfavor da *autonomia* e, em consequência, da segurança jurídica.

b) Dimensão das diferenças objetivas de sentido: regras de negócio e automação

A autonomia do processo depende da estabilização objetiva e segura das diferenças de significado entre meio e sistema. Isso não significa *determinar* o procedimento concreto. A aceitação do procedimento deve dar-se sem intervenção atentatória à sua autonomia, deixando-se “[...] em aberto um espaço de manobra para a decisão. Nesse espaço de manobra pode desenrolar-se uma elaboração de informações relativamente autônoma”. Portanto, no plano do “processo concreto de interações entre sistema e meio”, prevalece a ductilidade como elemento significativo generalizado. Assim, a imposição de uma organização jurídica de caráter apenas geral faz parte das condições essenciais para assegurar a autonomia procedimental.

O SEPAJ, com suas definições prévias de *regras de negócio* e pela automação (agentes automatizados, normas tecnológicas), leva trechos operativos do procedimento, do espaço deontológico, em que sempre ocorreram, para espaços lógico-formais e rígidos, muitas vezes estruturados fora do âmbito do procedimento, o que viola claramente a ideia de autonomia. A preponderância do tecnológico sobre o jurídico é uma ameaça constante. O processo

concreto de interação entre sistema e meio despe-se da ductibilidade garantida por um agente humano e afasta do processo, para os momentos de definição das *regras de negócio*, a especificação dos significantes e das condições sob as quais ganharão ingresso nos autos eletrônicos. Sem falar na pré-especificação dos significados internos de cada significante, muitas vezes feitas em instâncias cuja legitimidade é questionável.

c) Dimensão social: processo não pode ser braço de um setor do meio ambiente

Resta examinar, ainda, a autonomia numa dimensão social.

Afirma Luhmann que o procedimento poderia apenas constituir-se de um “[...] meio que lhe apresentasse, em primeiro lugar, as informações gerais, depois as especiais e, no fim, lhe diminuísse a capacidade”. Não haveria, então, autonomia. E continua: “para os procedimentos judiciais das sociedades civilizadas (contrariamente aos das arcaicas) é característico que os âmbitos de introdução para premissas jurídicas ou efetivas de decisão, sejam *socialmente* distendidos.”⁽¹⁰⁵⁾ Há, portanto, uma separação das fontes das premissas em duas instâncias apartadas.

Uma instância incumbe-se de estabelecer o Direito (processo legislativo). Outra enuncia os fatos verdadeiros e não verdadeiros. Atuam em planos distintos e devem estar separadas, sem possibilidade de se dominarem reciprocamente. O embate entre ambas só pode realizar-se dentro e por meio do processo jurídico.

Essa dicotomia de fontes de premissas decisórias livra o processo da pressão social. As premissas aptas para uma decisão não estão ao alcance monopolístico de um único ambiente.

Assim se evita o perigo de que o processo se possa tornar um braço prolongado dum determinado setor do meio ambiente. Na linguagem de decisão dos próprios processos jurídicos, esta

(105) LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, p. 62.

condição de autonomia exprime-se manifestamente sob a forma duma separação rígida entre problemas de direito e problemas de fato, cuja correlação fica a cargo de cada caso particular⁽¹⁰⁶⁾ [sem grifo no original].

A referência a “braço prolongado dum determinado setor”, diante da disposição de unificação do SEPAJ, suscita imensas preocupações que fogem ao referente do presente trabalho. Mas, mesmo sob o enfoque deste estudo, a afirmação faz sentido.

A separação entre questões fáticas e jurídicas é questão relevante de que se ocupa a teoria do Direito, onde a diferença se radicaliza sob a forma de dicotomias bem conhecidas: norma e realidade, ser e dever ser⁽¹⁰⁷⁾, faticidade e validade.

Aqui, importa a diferenciação entre os processos de definição do direito e de apuração dos fatos, como condição de autonomia do procedimento judicial de aplicação do direito. Num ambiente de processo eletrônico, o SEPAJ pode tornar-se a trilha de controle do procedimento, por exemplo, pela imposição de *uma visão específica* da fonte jurídica. Um atentado à autonomia, sem dúvida.

5.7.4. Procedimento, complexidade e ameaças à autonomia

Pelas condições que devem ser articuladas para se obter a autonomia dos procedimentos de aplicação judicial, vê-se a complexidade inerente ao processo de sua montagem. E também se expõem os meios de perturbá-los.

Os procedimentos, nas sociedades primitivas, não conseguiam se estabelecer autonomamente, porque tais sociedades eram incapazes de promover a diferenciação. As sociedades atuais, altamente complexas, embora possam prover as condições de autonomia, estão sujeitas a, voluntária ou involuntariamente, destruí-la ou perturbá-la⁽¹⁰⁸⁾.

(106) LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, p. 63.

(107) *Ibidem*, p. 63, nota 5.

(108) *Ibidem*, p. 63.

O procedimento constitui um sistema programado de decisão⁽¹⁰⁹⁾. Se era assim no processo em papel, no processo eletrônico essa afirmação ganha significação ampliada. “A programação objetiva e detalhada da decisão, podendo chegar até à automação, constitui uma dessas possibilidades[...]”⁽¹¹⁰⁾, advertia o autor no final dos anos 60.

A programação do processo, a partir das Constituições, aliviou as preocupações a respeito. A dogmatização dos ditames constitucionais leva a isso. Ocorre que “as regras mais minuciosas do direito processual, com todas as garantias dum estudo constitucional, não levam à autonomia, se não forem secundadas pela diferenciação social do meio[...]”⁽¹¹¹⁾. Sem essa condição prévia estabelecida, a especificação minuciosa do direito processual destrói a autonomia e põe o procedimento de aplicação nas mãos do que poderia ser chamado de uma “central política, controlando tanto as informações jurídicas, quanto as efetivas que são apresentadas ao tribunal”⁽¹¹²⁾. Portanto, “[...] a seletividade, e com ela a autonomia do processo jurídico, têm de ser maiores perante um meio encarado duma forma mais complexa”⁽¹¹³⁾.

Os riscos à diferenciação e à autonomia, com a introdução do SEPAJ no processo, só se amplificaram. As preocupações jurídicas a respeito precisam tornar-se balizas efetivas de controle da tecnologia. O princípio da extraoperabilidade é uma delas.

5.8. Acoplamento estrutural

Neste item, toma-se da computação a noção de que estrutura⁽¹¹⁴⁾ é *programa, algoritmo*,

(109) “Até agora deitamos uma vista de olhos aos procedimentos de aplicação jurídica, aos procedimentos para uma decisão programada”, diz Luhmann na abertura da parte III. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, p. 117.

(110) *Ibidem*, p. 63.

(111) *Idem*.

(112) *Idem*.

(113) *Ibidem*, p. 64.

(114) Mas é válido lembrar que “a pesar de haber sido desarrollado en el marco de una teoría de sistemas,

malha de instruções que o computador segue quando opera⁽¹¹⁵⁾.

O acoplamento estrutural, previsto no princípio da *extraoperabilidade*, é uma via aberta para o uso efetivo da *inteligência coletiva* no desenvolvimento do SEPAJ. A coletividade tecnológica pode ajudar, com aportes estruturais, a construção/complementação do SEPAJ. A inteligência não está nos *atos* (que importam no aspecto informacional cognitivo) mas principalmente na *criação* das estruturas dos *softwares* do entorno, especializados no trato da contingência e da complexidade que estão além do limite autorreferencial do SEPAJ.

5.8.1. Evolução do pensamento luhmanniano a respeito do acoplamento estrutural

O problema da composição das estruturas dos sistemas ocupou imenso espaço no pensamento luhmanniano⁽¹¹⁶⁾ e oscilou realçando, ora a ideia de *penetração* (ou *interpenetração* quando bidirecional), ora a de acoplamento estrutural.

el concepto luhmanniano de estructura se nos presenta como un concepto flexible, capaz de dar cuenta de la regularidad de lo social, sin abandonar la contingencia que le es inherente. *Luhmann concibe a las estructuras de los sistemas sociales en términos de expectativas*". MONTEAGUDO, Jorge Galindo. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la...*, p. XXXII.

(115) "As linguagens de programação tem diversas estruturas básicas que as compõem. Falamos já sobre estruturas de laços, funções, variáveis e arrays. Agora falaremos sobre estruturas condicionais. Estas são parte fundamental em qualquer linguagem de programação, em termos básicos, as condições que guiam por onde o código deve prosseguir." MÜLLER, Nicolas. *Condições em PHP: IF, ELSE IF, ELSE, SWITCH*. Disponível em: <<http://www.oficinadanet.com.br/post/9507-condicoes-em-php-if-else-if-else-switch>> Acesso em: 10 nov. 2014.

(116) Veja-se a manifestação do final dos anos 60: "[...] existe uma interdependência entre a variabilidade estrutural e a complexidade nas relações entre o sistema e seu ambiente." LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro:Edições Tempo Brasileiro, 1985. p. 42. Sobre variação estrutural, veja-se, também, a p. 16.

Na obra *sistemas sociais*, um extenso capítulo 6⁽¹¹⁷⁾ tem o título de *interpenetração* e inicia informando que "el presente capítulo trata de un entorno especial de los sistemas sociales: El de los seres humanos y sus relaciones con los sistemas sociales"⁽¹¹⁸⁾. Marcado muito profundamente pelo estruturalismo funcional de Talcott Parsons, Luhmann utilizou o conceito estabelecido pelo mestre. "Utilizamos el concepto 'interpenetración' para indicar una manera particular de contribución a la construcción de sistemas que es aportada por los sistemas en el entorno."⁽¹¹⁹⁾

Humberto Maturana e Francisco Varela, com a ideia de *autopoiese*, introduziram também o conceito de *acoplamento estrutural*⁽¹²⁰⁾ para o âmbito biológico. Desde então, Luhmann concentrou-se em absorver, no seu arcabouço teórico, a abordagem dos chilenos⁽¹²¹⁾. Na aula X de sua *introdução à teoria dos sistemas*, ao final, o sociólogo alemão demonstra desesperança em relação às possibilidades de uso da ideia parsoniana de *interpenetração* e, na sequência, dedica uma aula inteira, a aula de n. XI, à ideia de *acoplamento estrutural*: "Antes, portanto, de tomar uma decisão pela continuidade ou descontinuidade em relação ao termo *interpenetração*, o importante é enfrentar o problema ao qual ela se refere, sendo, talvez, necessário lançar mão de outro conceito."⁽¹²²⁾ Günther Teubner, sob a mesma dificuldade, introduz o conceito de *interferência*: "[...] sistemas interferentes apresentam-se mutuamente complexidade já ordenada"⁽¹²³⁾, uma noção importante para este trabalho.

(117) LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos...*, p. 199-235.

(118) *Ibidem*, p. 199.

(119) *Ibidem*, p. 201.

(120) MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento*, p. 112-116.

(121) A obra culminante da carreira de Luhmann contém várias referências a essa absorção das ideias de Maturana e Varela. Veja-se, por exemplo, LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la...*, p. 44 e seguintes.

(122) LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas...*, p. 270.

(123) TEUBNER, Gunther. Social order from legislative noise. Autopoietic closure as a problem for legal

Em obras posteriores, embora sem a forma assertiva de *sistemas sociais*, Luhmann recorre, volta e meia, à ideia de penetração:

Se trata más bien de un caso de *interpenetración*. Esto quiere decir: el derecho presupone que el entorno estructura y reduce complejidad, de esta manera se aprovecha de esos resultados sin necesidad de analizar su génesis — cuando lo amerite, lo hará bajo aspectos meramente jurídicos.⁽¹²⁴⁾

O texto deixa claro que há a *externalização* de uma função, entregue a sistema do entorno. Isso significa duas coisas: (a) abertura cognitiva do sistema chamador ao resultado do sistema chamado/acionado: “[...] se aprovecha de esos resultados [...]”; e (b) abertura estrutural, porque o algoritmo da função que serve ao sistema chamador se encontra num outro sistema e, portanto, esse trecho do programa é só *virtualmente* incorporado (daí Luhmann falar em *penetração*) e não precisa situar-se fisicamente na malha estrutural do sistema chamador⁽¹²⁵⁾.

Essas ideias são melhor formuladas nas obras tardias de Luhmann, mediante a distinção de acoplamento operativo e acoplamento estrutural. Mas o fantasma da separação do sistema *enquanto é concebido* do sistema *em operação* permeia todo o pensamento luhmanniano, reprisando a antiga discussão filosófica da distinção entre o *universal* e o *particular*. Pode-se dizer que a estrutura do *universal* (abstração do que está em todos os particulares) contém a miríade de estruturas particulares que se manifestam em tempo de operação. Os técnicos distinguem isso chamando de *classes* e *objetos*⁽¹²⁶⁾.

regulation. In: *State, law, and economy as autopoietic systems. Regulation and autonomy in a new perspective*. Gunther Teubner e Alberto Febbrajo (eds.) Milan: Dott. A. Giuffrè, 1992. p. 633.

(124) LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 61.

(125) Em termos tecnológicos, função é um algoritmo que pode ser acionado, recebe certos parâmetros e gera e devolve um resultado. O algoritmo chamador *supõe* a correção do algoritmo chamado.

(126) Os tecnólogos falam de classes e objetos. Uma classe é a ideia de objeto, seu projeto. No mundo real, na

5.8.2. Acoplamento operativo

O SEPAJ é um sistema técnico (*software*), instalado sobre uma rede virtual, e os rendimentos da ideia de conexão podem ser maximizados por intermédio desse *sistema*.

No acoplamento estrutural, o sistema supõe determinadas características do entorno — há, portanto, uma restrição, os limites supostos do universo — e facilita a influência do entorno sobre ele. A estrutura do sistema está preparada para aceitar/rechaçar, nas relações com o entorno, o que se ajusta ou não ao suposto:

Los cerebros, con sus ojos y oídos, se acoplan únicamente en un rango físico muy estrecho con su entorno — y, en todo caso, no lo hacen por medio de sus propias operaciones neurofisiológicas. Pero, precisamente por ello, hacen al organismo increíblemente sensible desde el punto de vista del entorno. La restricción es condición necesaria de la capacidad de resonancia, y la reducción de la complejidad es condición necesaria de la construcción de complejidad.⁽¹²⁷⁾

Luhmann aponta como vantagem teórica da ideia de acoplamento estrutural o fato de que responde com precisão pouco comum “[...] a las relaciones entre sistema y entorno”⁽¹²⁸⁾. E diz que a designação se deve à oposição “[...] entre este concepto y los acoplamientos operativos [...]” que, entre outras coisas, apoiam-se “[...] en la simultaneidad que debe suponerse siempre entre el sistema y el entorno. Esta simultaneidad permite un acoplamiento momentáneo de las operaciones

faticidade, no momento mesmo de operação do sistema, o objeto é um *objeto mesmo*, o *dasein* heideggeriano, um ente como tantos outros que podem ganhar vida por algum tempo (instante, daí o *instanciar um objeto* do linguajar deles), idênticos aos demais cuja objetivação se faz a partir da mesma classe. Classe e objeto, dois momentos de existência do objeto, no primeiro como ideia, no segundo como realidade fática. A partir de uma classe, geram-se muitos objetos.

(127) LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 316.

(128) *Ibidem*, p. 315.

del sistema con aquellas que el sistema atribuye al entorno⁽¹²⁹⁾. Esta simultaneidade operativa permite que cada sistema execute uma malha algorítmica estrutural composta pela malha própria e por trechos estruturais que só virtualmente se integram para servir ao sistema. Por isso, “[...] los acoplamientos operativos entre sistema y entorno son posibles [...] exclusivamente en intervalos de eventos [...]”⁽¹³⁰⁾.

5.8.3. SEPAJ e acoplamentos: *add-ons*, *plugins*, *APIs*

A ideia de *acoplamento operativo* é real no mundo dos programas de computador: sistemas técnicos virtuais (*softwares*) compartilham facilmente suas habilidades funcionais (externalizam o cumprimento de certas funções) e compõem-se, desde a base, a partir dessa ideia. Analistas e programadores sabem disso muito bem. As eConexões permitem que dois sistemas, cada um no entorno do outro, em tempo de operação, se sirvam de estruturas situadas no espaço do outro.

A permissão de *acoplamento estrutural*, por seu turno, dá a possibilidade de definir os limites próprios, não virtuais, do sistema — núcleo duro sistêmico — supondo que certas características funcionais serão supridas pelo entorno, na forma de estruturas acopladas ao próprio sistema. Os tecnólogos falam de APIs⁽¹³¹⁾, *add-ons*, *plugins*, extensões etc. para exprimir essa ideia.

5.9. Função do princípio da *extraoperabilidade*

Os juristas devem ficar atentos, pois:

la ciencia evoluciona justamente porque en ella todo sirve para algo, pero nada sirve para todo. Para poder ver algo distinto es necesario “moverse” y eso en la ciencia

quiere decir: **disolver los elementos que constituyen una determinada teoría para recombinarlos con elementos venidos de otras perspectivas.**⁽¹³²⁾ [sem grifos no original]

A advertência de Monteagudo serve para os juristas em dois sentidos: para moverem-se a si mesmos e para porem em movimento os que estão incumbidos do desenvolvimento do SEPAJ.

O princípio da *extraoperabilidade* preconiza e autoriza a aplicação das possibilidades tecnológicas de (a) amplificação do intercâmbio ativo e controlado de informação com o ambiente (*autonomia*); e (b) de constituição multiestructural/poliestructural do sistema técnico que está posto a serviço do processo, o SEPAJ.

A *inteligência coletiva* pode chegar efetivamente ao processo pelo desenvolvimento, em sistemas do entorno, de habilidades de trato especializado da complexidade externa e que sejam postas a serviço do SEPAJ via eConexão, mediante acoplamento operativo ou estrutural. Segundo Monteagudo, a teoria sistêmica luhmanniana remete “[...] a la flexibilización del concepto de estructura. Por lo regular, las teorías de sistemas se asocian a conceptos duros de estructura”⁽¹³³⁾. Essa abordagem permissiva, no nível estrutural, é extremamente relevante para o desenvolvimento do SEPAJ. Como o sistema técnico está posto a serviço de um sistema social, deve carregar-se, até onde possível, da natureza deste, flexibilizando-se estruturalmente, mas preservando o guarda-chuva da *autonomia* para eliminar riscos à higidez processual.

Ora, os desenvolvedores têm formação técnico-sistêmica e têm trabalhado, até agora, com o que Monteagudo denomina “conceptos duros de estructura”. No caso do SEPAJ, o encastelamento/fechamento dos códigos e a resistência dos técnicos ao compartilhamento e ao aproveitamento das contribuições do

(129) LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 315.

(130) *Ibidem*, p. 316.

(131) A respeito, a Wikipédia tem ótimo resumo. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Interface_de_programa%C3%A7%C3%A3o_de_aplic%C3%A7%C3%B5es> Acesso em: 15 out. 2014.

(132) MONTEAGUDO, Jorge Galindo. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la...*, p. XXXIV.

(133) *Ibidem*, p. XXXII.

entorno, no plano estrutural, são emblemáticos e um obstáculo efetivo à evolução e ao desenvolvimento do sistema. É preciso dividir o trabalho com os demais sistemas do mundo. *Plugins, add-ons, APIs* são caminhos para fazer estruturas externas operarem para o SEPAJ.

6. Princípios da extraoperabilidade e da conexão: aproximação

O quadro adiante aproxima os princípios e tenta realçar a *natureza dos efeitos* de sua observância. Não pretende ser exaustivo, mas suscitar reflexões:

	Pr da Extraoperabilidade	Pr da Conexão
1. Destinatários	Dirige-se aos tecnólogos. Dá diretrizes para o desenvolvimento do SEPAJ com uso das eConexões para cognição e aporte estrutural	Agentes humanos: autoriza ou impõe o uso das conexões (conexão inquisitiva). Não distingue as eConexões.
2. Escopo/validez	Só o Direito é fonte de legitimidade. Reserva frente à tecnologia.	Tecnologicamente possível é igual a juridicamente legítimo (o meio é mensagem).
3. Posição diante do Devido Processo Legal (DPL)	O DPL é o limite intransponível. Preservação da diferenciação funcional do processo. Radicalização da noção de mundo dos autos. Cuidado com os riscos à autonomia processual. Processo na internet, conectado — sim! Mas com segurança e aderência jurídica máxima. Não há verdade na rede.	Flexibilização do DPL. Desdiferenciação. Desconstrução de direitos fundamentais (contraditório, livre convencimento), da estrutura processual (instrução/decisão — deformalização). Autos difusos (mundo dos autos e o <i>Google</i>). Crença na verdade da rede.
4. Como vê a tecnologia	Instrumento a serviço do instrumento: papel subinstrumental. <i>Code is not law</i> .	Tecnologia autorizada a impor-se ao jurídico. Assunção e reforço do <i>code is law</i> (Lessig).
5. Enfoque sistêmico amplo	SEPAJ sob as restrições impostas aos humanos. Conexão seletiva. Preservação dos papéis. Introdução de eSujeitos: consciência da mudança lógica do modal (probabilístico) para o formal (determinístico).	Uso da conexão pelos humanos. Alteração de papéis (jugador inquisitivo). Alimentação incessante. Revisão das preclusões (inviabilização operacional/recursividade sem fim). Instabilidade contínua. Rejeição da seletividade.
6. Diferenciação sistêmica: condição de autonomia do processo	Preocupação com a diferenciação. Fechar a via do SEPAJ para o ingresso de influências espúrias no âmbito processual. Atenção aos novos riscos à diferenciação.	Esmaecimento da diferenciação: abrandamento de institutos promotores da diferenciação. Obrigação de inquisitividade do julgador.
7. Autonomia sistêmica	Submete o SEPAJ às regras severas da diferenciação para garantir a legitimidade do processo. Preservação de direitos fundamentais processuais.	Atua no sentido da desdiferenciação do sistema processual: desmonte de esteios constitucionais do DPL. Permissão da surpresa.
8. Acoplamento estrutural/ Interpenetração	Recomenda e autoriza. O SEPAJ pode constituir-se utilizando virtualmente estruturas dos sistemas do entorno (<i>Add-ons, plugins, externalização funcional</i>), controlando esse afluxo estrutural virtual (abertura estrutural).	Foco apenas no contato informacional/cognitivo, pela via dos agentes humanos. Desconsideração do SEPAJ como agente de conexão (eConexão). Não abertura estrutural.

Considerações finais

O processo eletrônico representa a instalação do processo no ambiente virtual (*internet*) com o uso de um novo agente processual eletrônico, o eSujeito que o legislador chamou de Sistema Eletrônico de Processamento de Ações Judiciais (SEPAJ) e que a Resolução CSJT n. 136 chama de *sistema* ou de PJe-JT.

O SEPAJ é um *software* e permite utilizar um novo tipo de conexão, a conexão tecnológica (eConexão), diferente da conexão que existiu no processo, até agora, mediada pelos sujeitos humanos (sistemas psíquicos). O processo, no ambiente virtual, pode ser mais ou menos *plugado* na rede, conforme o nível de acionamento das eConexões pelo SEPAJ.

Tecnologicamente, as eConexões podem ser utilizadas para *plugar* o processo sob as óticas *informacional* (abertura cognitiva) e *estrutural*. O Direito deve definir os níveis de conexão permitidos aos SEPAJ e se os rendimentos desejados são apenas informacionais ou também estruturais.

A história do processo demonstra a promoção continuada da diferenciação sistêmica do procedimento, para garantir autonomia e decisões legítimas. Conectar o processo ao mundo da *internet* envolve efetivas possibilidades de ganhos e também riscos que devem ser adequadamente ponderados pelos juristas para, por um lado, perseguir o aperfeiçoamento do método de adjudicação do direito — uma necessidade inquestionável — e, por outro, não permitir retrocessos.

O princípio da *extraoperabilidade* preconiza, como balizas da autorização de conexão do processo na *internet* (demais sistemas do mundo), o aperfeiçoamento da *autonomia* sistêmica (intercâmbio informacional ativo com máxima aderência ao jurídico) e a *permissão de acoplamento estrutural* (sistemas do entorno compondo virtualmente o SEPAJ). Aberturas informacional e estrutural, portanto.

As reflexões sobre o princípio da *extraoperabilidade* levantam uma miríade de conceitos

interdisciplinares, inovadores, desafiadores e necessários para a rearticulação teórica da TGP. E o princípio estabelece uma pauta fundamentada para o desenvolvimento consistente, juridicamente sustentável, dos SEPAJ.

Referências bibliográficas

ASSUNÇÃO, Marcos Flávio Araújo. *Segredos do hacker ético*. 3. ed. Florianópolis: Visual Books, 2010.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria geral dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 1973.

BRASIL. Resolução CSJT n. 136, de 25 de abril de 2014. Institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho — PJe-JT como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=8722e5f0-edb7-4507-9dcf-615403790f7c&groupId=955023> Acesso em: 15 set. 2014.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 2000.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coord.). *Comentários à lei do processo eletrônico*. São Paulo: LTr, 2010.

CUNHA, Henrique Gouveia da. Sistema eletrônico de processamento de ações judiciais: princípios processuais. *I Jornada sobre teoria e prática do processo eletrônico*. Brasília: ESMAF, 2014. (Coleção Jornada de Estudos ESMAF; 24)

DANIELS, Alan; YEATES, Donald. *Systems analysis*. Palo Alto: SRA, 1969.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 2.

FEBBRAJO, Alberto. Introduzione all'edizione italiana. In: ____; LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*. Tradução para o italiano de Alberto Febbrajo e Reinhard Schmidt. Introdução à edição italiana de Alberto Febbrajo. Bologna: Società editrice il Mulino, 1990.

- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- GARCIA, Dinio de Santis. *Introdução à informática jurídica*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- Gazzaniga, Michaels. *Who's in charge? Free Will and the science of the brain*. New York: Harper Collins Publishers, 2011.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004..
- HEISENBERG, Werner *apud Inexatidão científica para Heineberg*. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/ciencias/inexatidao-cientifica-para-heisenberg/>> Acesso em: 2 nov. 2014.
- JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.
- KRAMMES, Alexandre Golin. *Workflow em processos judiciais eletrônicos*. São Paulo: LTr, 2010.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane Price. *Sistemas de informação*. Trad. Dalton Conde de Alencar. Rio de Janeiro: LTC, 1999.
- LESSIG, Lawrence. *Code*. Version 2.0. New York: Basic Books, 2006. Disponível em: <[HTTP://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf](http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf)> Acesso em: 10 jan. 2013.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad. (Das recht der gesellschaft)*. Formatação eletrônica. Versão 5.0, de 13.1.2003. Disponível em: <[HTTP://forodel-derecho.blogcindario.com/2008/04/el-derecho-de-la-sociedad-niklas.html](http://forodel-derecho.blogcindario.com/2008/04/el-derecho-de-la-sociedad-niklas.html)> Acesso em: 10 nov. 2011.
- _____. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010..
- _____. *La sociedad de la sociedad (Die gesellschaft der gesellschaft)*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2006.
- _____. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UnB, 1980.
- _____. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Tradução para o espanhol de Silvia Pappe e Brunhilde Erker, coord. por Javier Torres Nafarrate. Nota à versão em língua espanhola de Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, 1998.
- _____. *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*. Tradução para o italiano de Alberto Febbrajo e Reinhard Schmidt. Introdução à edição italiana de Alberto Febbrajo. Bologna: Società editrice il Mulino, 1990.
- _____. *Sociologia do direito II*. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento. As bases biológicas do entendimento humano*. Trad. Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Editorial Psy II, 1995.
- MONTEAGUDO, Jorge Galindo. La teoría sistémica de la sociedad de Niklas Luhmann: alcances y límites. In: ____; LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad (Die gesellschaft der gesellschaft)*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2006.
- MÜLLER, Nicolas. *Condições em PHP: IF, ELSE IF, ELSE, SWITCH*. Disponível em: <<http://www.oficinadanet.com.br/post/9507-condicoes-em-php-if-else-if-else-switch>> Acesso em: 10 nov. 2014.
- NAFARRATE, Javier Torres. Nota a la versión en lengua castellana. In: ____; LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Tradução para o espanhol de Silvia Pappe e Brunhilde Erker, coord. por Javier Torres Nafarrate. Nota à versão em língua espanhola de Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá:CEJA, 1998.
- PEREIRA, S. Tavares. *O processo eletrônico e o princípio da dupla instrumentalidade. Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1937, 20 out. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11824>>. Acesso em: 16 mar. 2009.
- _____. *Processo eletrônico, software, norma tecnológica e o direito fundamental à transparência tecnológica. Elementos para uma teoria geral do processo eletrônico. Revista trabalhista: direito e processo*, São Paulo, n. 43, p. 54-72, jul./ago./set. 2012.
- _____. *Processo eletrônico: é preciso virtualizar o virtual. Elementos para uma teoria*

geral do processo eletrônico. *Revista trabalhista: direito e processo*, São Paulo, n. 41, p. 185-207, jan./fev./mar. 2012.

_____. Processo eletrônico, máxima automação, extraoperabilidade, imaginalização mínima e máximo apoio ao juiz: ciberprocesso. *Revista trabalhista: direito e processo*, São Paulo, n. 30, p. 168-187, abr./maio/jun. 2009.

_____; KRAMMES, Alexandre Golin. Processo judicial eletrônico: agentes automatizados e seus atos. Norma tecnológica e ato tecnológico (eNorma e eAto). *Revista trabalhista: direito e processo*, São Paulo, n. 46, p. 113-140, abr./maio/jun. 2014.

PIAGET, Jean. *El nacimiento de la inteligencia en el niño*. Barcelona: Editorial Crítica, 1985.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Prefácio. In: ____; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende.

Comentários à lei do processo eletrônico. São Paulo: LTr, 2010.

RUBIN, Peter J. Square pegs and round holes: substantive due process, procedural due process, and the bill of rights. In: ____; *Columbia law review*, New York, v. 103, n. 833, p. 833-892, maio 2003.

STAIR, Ralph M.; REYNOLDS, George W. *Princípios de sistemas de informação*. Trad. Harue Avritscher. 9. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

TEUBNER, Gunther. Social order from legislative noise. Autopoietic closure as a problem for legal regulation. In: *State, Law, and economy as autopoietic systems. Regulation and autonomy in a new perspective*. Gunther Teubner e Alberto Bebbrajo (Eds.) Milan: Dott. A. Giuffrè, 1992.

WAKI, Kleber. *Princípios do processo eletrônico*. O princípio da conexão. Disponível em: <<http://direitoeoutrostemas.wordpress.com/>> Acesso em: 3 nov. 2014.

Estudo comparativo de cláusulas especiais do contrato de trabalho desportivo do praticante profissional de futebol sob a luz do Direito Português e do Direito Brasileiro⁽¹⁾

Glener Pimenta Stroppa^(*)

Resumo:

- ▶ O presente trabalho aborda o esporte, mais precisamente o futebol, como uma modalidade de espetáculo que exerce enorme fascínio sobre as pessoas, apresentando-se como um grande complexo fenomenal desportivo, despertando paixão entre os seus admiradores. Busca trazer para o leitor uma análise comparativa dos principais assuntos inerentes ao contrato de trabalho desportivo, notadamente do atleta profissional de futebol. Neste contexto, analisa aspectos jurídicos da relação do desportista profissional com os clubes, estabelecendo um paralelo entre as situações fático-jurídicas regulamentadas em Portugal e no Brasil, seus conceitos e qualificações contratuais, bem como a comparação normativa quanto a determinados conteúdos importantes do contrato de trabalho desportivo, especialmente no que se refere às cláusulas de rescisão, de opção, às indenizações de transferência, à liberdade do trabalho, à remuneração e ao direito de imagem.

Palavras-chave:

- ▶ Contrato de trabalho desportivo — Profissional de futebol — Estudo comparativo — Direito Português e Direito Brasileiro.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Evolução legislativa — Portugal
 - ▶ 2.1. Evolução legislativa — Brasil

(*) Juiz do Trabalho desde dezembro de 1999, tendo ingressado no TRT da 2ª Região. Em 2002, tomou posse, via permuta, no TRT da 1ª Região. Promovido, por merecimento, a Juiz Titular, em março de 2012, assumindo a titularidade da 1ª Vara do Trabalho de Barra do Piraí-RJ. Especialista em Processo Civil e Processo do Trabalho (Tutela dos Direitos Subjetivos) pela Universidade de Itaúna

em 1999. Pós-graduado em Curso de Especialização em Direito do Trabalho do Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

(1) Trabalho de conclusão do XV Curso de Pós-graduado de Especialização em Direito do Trabalho do Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, apresentado em set. 2014.

- ▶ 3. Conceito legal e doutrinário do contrato de trabalho desportivo — Qualificação e sujeitos deste contrato — Portugal e Brasil
- ▶ 4. Razões da especificidade deste regime jurídico quanto à determinação do prazo
- ▶ 5. Indenizações de transferência, cláusulas de rescisão contratual e cláusulas de opção: regramento em Portugal e no Brasil
- ▶ 6. Remuneração e a questão do direito de imagem: situação legal em Portugal e no Brasil
- ▶ 7. Conclusão
- ▶ 8. Referências bibliográficas

1. Introdução

Os espetáculos públicos têm como origem as apresentações religiosas, podendo ser citados como exemplos as festas dos fenícios, os grandes espetáculos existentes na Grécia antiga, bem como as lutas de gladiadores que por muito tempo reinaram em Roma. Segundo Alice Monteiro de Barros⁽²⁾, “o espetáculo é, em geral, uma exibição artística ou esportiva oferecida de forma sugestiva ao público, de modo a despertar-lhe vários tipos de sentimentos”. E, sendo uma espécie do gênero “espetáculo”, o esporte surge como fator de divertimento e sociabilização, em um primeiro momento para, posteriormente, transformar-se também em uma importante fonte de trabalho, a ponto de Américo Plá Rodriguez⁽³⁾ afirmar que “o trabalho surge quando aparece o esporte espetáculo”, demonstrando o quanto é importante o esporte nos dias atuais, sendo fonte de renda para milhares de pessoas envolvidas (desde o próprio atleta até os profissionais que laboram ao redor da prática esportiva como agentes, repórteres, seguranças de estádios, etc.) necessitando, deste modo, de uma atenção especial dos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Neste cenário, o contrato de trabalho desportivo foi o assunto eleito para análise, não

somente por se tratar de tema empolgante, repleto de peculiaridades, mas também pela sua atualidade e fascínio que o mundo do esporte exerce sobre a quase totalidade das pessoas como, de fato, exercera também na antiguidade.

E com razão. O esporte, de uma maneira geral, faz parte do cotidiano das pessoas, a ponto de assistirmos, em cada lugar, discussões por vezes acaloradas sobre os resultados da rodada esportiva, bem como sobre opiniões de como referida agremiação desportiva deveria ter atuado, tanto quanto na escalação, como no esquema adotado por um determinado técnico desportivo.

Segundo Umberto Eco⁽⁴⁾, o complexo fenômeno desportivo compõe-se de três partes: o desporto praticado (ou a prática desportiva), o desporto observado (o “voyeurismo” desportivo) e o desporto comentado (o falatório desportivo). Ao comentar o fenômeno acima, João Leal Amado⁽⁵⁾ observa que “Trata-se mesmo, em certo sentido, de uma nova forma de religião (a religião dos nossos tempos, supostamente secularizados) e, independentemente dos juízos de valor que se formulem — do “desporto-escola de virtudes” ao “desporto-ópio do povo”, do “desporto é cultura” ao

(2) BARROS, Alice Monteiro de. *As Relações de Trabalho no Espetáculo*. São Paulo: LTr, 2003. p. 21.

(3) RODRIGUEZ, Américo Plá. Derechos laborales de los deportistas profesionales y de los artistas. *Revista del Instituto de Derecho del Trabajo e Investigaciones Sociales*, citado por Alice Monteiro de Barros, na obra acima.

(4) Eco, Humberto. *A Conversa Desportiva — Viagem na realidade quotidiana*. Lisboa: Difel, 1986. p. 165-170, citado por AMADO, João Leal. In: *Desporto, Direito e Trabalho: uma Reflexão sobre a Especificidade do Contrato de Trabalho Desportivo*, artigo escrito para a obra coletiva *Direito do Trabalho Desportivo — Os Aspectos Jurídicos da Lei Pelé frente às Alterações da Lei n. 12.395/2011*. São Paulo: LTr, 2013. p. 9.

(5) *Idem*.

“desporto-é-guerra”, do “desporto-educação” ao desporto-alienação”, do “desporto-patriotismo” ao desporto-chauvinismo” —, o certo é que, na atual civilização do espetáculo, da informação e dos lazeres, a sua importância não tem paralelo”.

Aliado a este fato, ou seja, à universal popularização das atividades desportivas, independentemente do prisma a ser encarado, acorde lição de Umberto Eco, existem ainda aspectos jurídicos instigantes da relação do desportista profissional com os clubes, seus empregadores, uma vez que já ultrapassada a fase de um desportista profissional não poder ser considerado um trabalhador⁽⁶⁾. Aspectos jurídicos esses que envolvem várias questões, tais como a possibilidade, ou não, de existirem cláusulas de indenização de transferência nos contratos de trabalho desportivos, a livre circulação dos atletas nos Estados-membros entre o fim de um contrato e o início de um novo contrato de trabalho, a liberdade de trabalho do atleta profissional, a (in)constitucionalidade de dispositivos legais insertos na legislação específica enfim, uma série de questões de grande relevo e alta indagação jurídica.

Foi exatamente com essas questões que se preocupou o presente trabalho, ou seja, em analisar a relação jurídica vivenciada pelos atletas profissionais com seus empregadores e o conteúdo dos respectivos contratos de trabalho, notadamente quanto aos futebolistas, especialmente quando da rescisão contratual,

(6) “A tese de que um desportista profissional pode ser um trabalhador por conta de outrem é hoje uma tese praticamente pacífica (...). Nos nossos dias, porém, não há razões para a persistência de dúvidas quanto a este ponto. E, diga-se em abono da verdade, poucos parecem tê-las. Com efeito, é hoje líquido que, como ensina a doutrina, qualquer atividade, desde que lícita e apta para a satisfação de um interesse do credor digno de tutela jurídica, pode constituir objeto de contrato de trabalho.” AMADO, João Leal. Desporto, Direito e Trabalho: uma Reflexão sobre a Especificidade do Contrato de Trabalho Desportivo, artigo escrito para a obra coletiva *Direito do Trabalho Desportivo — Os Aspectos Jurídicos da Lei Pelé frente às Alterações da Lei n. 12.395/2011*. São Paulo: LTr, 2013. p. 10.

no que diz respeito às indenizações devidas, bem como com relação à legalidade das cláusulas de opção e com a possibilidade de existir, contratualmente, as denominadas indenizações de transferências.

Abordaremos, paralelamente, a evolução legal sobre o trabalho esportivo em Portugal e no Brasil, seus conceitos e qualificações contratuais, bem como a comparação normativa quanto a determinados conteúdos importantes do contrato de trabalho desportivo, especialmente no que se refere às cláusulas de rescisão, de opção, às indenizações de transferência, à remuneração e ao direito de imagem.

Saliente-se, por oportuno, que o aluno é brasileiro e a redação deste trabalho levará em conta o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, celebrado na cidade de Lisboa, em 16 de dezembro de 1990, restando preservadas a grafia original das disposições legais e transcrições que vierem a ser feitas da jurisprudência e doutrina.

2. Evolução legislativa — Portugal

Uma legislação específica, a fim de regular a relação dos atletas profissionais, tardou a ser promulgada. A primeira legislação específica em Portugal, a regular a atividade de praticantes de desporto, veio ao mundo jurídico em 30.5.1960, por meio da Lei n. 2.104/60, estabelecendo bases para a classificação dos praticantes em amadores, não amadores e profissionais. Eram considerados amadores os praticantes que não recebiam remuneração pela prática desportiva e nem auferiam, direta ou indiretamente, qualquer proveito material em razão desta prática; já os praticantes desportivos não amadores eram aqueles que, embora não fazendo da prática desportiva sua profissão, recebiam em decorrência de referida prática apenas pequenas compensações materiais, fixadas de forma unilateral pelas organizações desportivas que representavam; e, como profissionais, eram considerados aqueles praticantes desportivos que eram remunerados pela sua atividade desportiva. A essa altura, por

determinação legal, os praticantes profissionais e não amadores somente poderiam participar das modalidades de futebol, ciclismo e pugilismo, sendo a prática das demais modalidades desportivas proibida para essas categorias. Estabelecia ainda referida legislação que os acordos celebrados com os praticantes desportivos profissionais deveriam ser reduzidos a termo e registrado nas respectivas federações, devendo constar ainda o prazo de duração e a remuneração. A Lei n. 2.104/60 vigorou até 13.1.1990, quando então fora revogada pelo art. 43º da Lei n. 1/90, denominada Lei de Bases do Sistema Desportivo. Somente em 1995 pelo Decreto-lei n. 305/95 (referido diploma legal procura proceder à adaptação do regime jurídico laboral comum às particularidades do trabalho desportivo), é que surgiu no cenário jurídico português uma normatização própria, estabelecendo o regime jurídico do contrato de trabalho do praticante desportivo, bem como estabelecendo a disciplina do contrato de formação esportiva. A doutrina⁽⁷⁾ já criticava esse vazio legislativo sendo que João Leal Amado⁽⁸⁾ chamava a atenção para dois importantes fatores configuradores do atraso legislativo: o fato de a Lei n. 1/90 determinar, em seu art. 41º, o prazo de dois anos para que o Governo regulamentasse, via Decreto-lei, a Lei de Bases do Sistema Desportivo no que dizia respeito ao regime contratual dos praticantes desportivos profissionais (sendo que essa regulamentação somente veio ao mundo jurídico cinco anos depois, ou seja, em 1995), bem como o fato de que os países vizinhos, tais como Espanha e Itália, já haviam promulgado as respectivas

legislações desportivas, encontrando-se Portugal, neste cenário, em descompasso com as nações vizinhas.

Uma vez promulgada a lei, preocupou-se sobremaneira o legislador em resolver o problema das chamadas indenizações de transferência, figura esta fortemente enraizada nos meios desportivos e prevista em regulamentos federativos, instituto jurídico este que será analisado oportunamente, em tópico específico do presente trabalho.

O Decreto-lei n. 305/95 consagrou o princípio da liberdade de trabalho, por meio do art. 22º/1, no entanto, de forma paradoxal, admitiu expressamente a figura da indenização de transferência, como se observa do art. 22º/2.

Posteriormente, veio ao cenário jurídico a Lei n. 28/98, estabelecendo um novo regime jurídico do contrato de trabalho do praticante desportivo e do contrato de formação desportiva, revogando o Decreto-lei n. 305/95, sendo esta a legislação em vigor até hoje.

Segundo muito bem pontuou João Leal Amado⁽⁹⁾, são três as novidades mais importantes trazidas pela Lei n. 28/98, além de outras⁽¹⁰⁾ de menor importância: 1 – normatização da atividade dos empresários desportivos (art. 22º a 25º): só poderão exercer atividade de empresário desportivo as pessoas devidamente autorizadas pelas entidades desportivas competentes, devendo esses empresários registrar-se como tal junto à federação desportiva; 2 – expressa referência à arbitragem como forma

(7) MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 669, onde argumenta que anteriormente ao Decreto-lei n. 305/95, os desportistas profissionais eram regulados pela Lei do Contrato de Trabalho e hoje, no Código do Trabalho. Há que se ressaltar, no entanto, que o Código do Trabalho somente incidirá na relação jurídica do desportista profissional de forma subsidiária, como está a prever o art. 3º da Lei n. 28/98.

(8) AMADO, João Leal. O Caso Bosman e a indemnização de promoção ou valorização. In: *Revista "Questões Laborais"*, Coimbra: Editora Coimbra, ano III, p. 3, 1996.

(9) AMADO, João Leal. O novo regime do contrato de trabalho desportivo e as idemnizações de transferência. In: *Revista "Questões Laborais"*, Coimbra: Coimbra Editora, ano V, p. 232-233, 1998.

(10) "E de outros de menor relevo, como os relativos ao registo do contrato (art. 6º), ao período experimental (cuja duração máxima aumenta, passando de 15 para 30 dias, nos termos do art. 11º), aos deveres do praticante (previsão de um novo dever de participar nos trabalhos de preparação e integrar as seleções nacionais, no art. 13º, al. b) e às formas de cessação do contrato (supressão do despedimento por extinção do posto de trabalho do respectivo elenco, contido no art. 26º), in ob. cit., Amado, João Leal.

de solucionar conflitos de natureza laboral oriundos da relação contratual (art. 30º); e 3 – elevação do limite máximo de duração do contrato que agora passa a ser de oito épocas, superior ao regime anterior do Decreto-lei n. 305/95, que era de quatro épocas (arts. 8º/1 e 9º).

2.1. Evolução legislativa – Brasil

A primeira legislação existente no Brasil sobre o desporto remonta ao ano de 1941, quando fora editado o Decreto-lei n. 3.199, de 14.4.1941. Por meio de referido diploma legal, o governo brasileiro passou a intervir diretamente no esporte, criando as bases organizacionais em todo o país, mediante o surgimento do Conselho Nacional de Desportos (CND) e dos Conselhos Regionais do Desporto (CRD), órgãos estes monopolizantes e centralizadores da vida desportiva no país, não permitindo a livre-iniciativa e a livre organização das práticas desportivas. Á época, o Brasil passava por um regime de exceção, o Estado Novo, com forte influência fascista, seguindo a ideologia também no campo desportivo.

Posteriormente, sucederam-se diversas legislações sobre o desporto, ainda marcado por forte intervencionismo estatal, até a promulgação da Constituição Federal em 1988. Neste período, conforme demonstra Alexandre Agra Belmonte⁽¹¹⁾, houve a edição do Decreto n. 53.820/64 que fixou critérios para a profissão de atleta de futebol bem como estabeleceu a participação do atleta no valor de venda de seu passe; a Lei n. 5.939/73 previu a seguridade social para os atletas profissionais de futebol; a Lei n. 6.251/75 outorgou à União competência para legislar sobre normas gerais do desporto e atribuiu ao Conselho Nacional de Desportos

(CND) funções legislativas, executivas e judicantes; a Lei n. 6.269/75 que instituiu o sistema de assistência complementar ao atleta profissional e o inseriu no âmbito das relações de trabalho, tendo sido revogada posteriormente pela Lei n. 8.672/93, denominada “Lei Zico”; a Lei n. 6.354/76, que dispôs, integralmente, sobre as relações de trabalho do atleta profissional de futebol, sendo que posteriormente fora alterada com as promulgações das Leis ns. 8.672/93 (“Lei Zico”) e 9.615/98 (“Lei Pelé”), encontrando-se hoje totalmente revogada pela Lei n. 12.395/2011, responsável por realizar várias alterações na Lei n. 9.615/98 (“Lei Pelé”). Chama a atenção na Lei n. 6.354/76 a instituição do “passe”, por meio do qual o atleta ficava “preso” ao seu empregador, impedindo-o de transferir-se para outro clube, acaso o “passe” não fosse negociado e pago ao clube detentor de “seus direitos”. Referido instituto fora revogado completamente com a edição da Lei n. 8.672/93, a “Lei Zico”.

Antes, porém, da edição da “Lei Zico”, o sistema desportivo brasileiro passou a respirar novos ares, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passando o desporto a prevalecer na iniciativa privada, em detrimento do rígido controle estatal até então verificado. Em seu art. 217, a Carta Política de 1988 estabeleceu que fosse dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito do cidadão, bem como determinou que fosse observado o princípio da autonomia de funcionamento e organização das entidades desportivas, além de outros princípios norteadores da prática desportiva. Nessa esteira de novos tempos vieram ao cenário jurídico, além das Leis n. 8.672/93 e 9.615/98, já citadas, a Lei n. 8.028/90 que atribuiu à lei federal sobre desportos dispor sobre justiça desportiva.

Atualmente, o desporto brasileiro é regido pela Lei n. 9.615/98, com as alterações imprimidas pelas Leis ns. 9.981/2000, 10.672/2003 e, principalmente, pela Lei n. 12.395/2011.

(11) BELMONTE, Alexandre Agra. Organização do Desporto, da Justiça Desportiva e Principais Aspectos Jurídico-Trabalhistas da Relação de Trabalho do Atleta Profissional nos Planos Individual e Coletivo. In: *Direito do Trabalho Desportivo – Os Aspectos Jurídicos da Lei Pelé frente às Alterações da Lei n. 12.395/2011*. São Paulo: LTr, 2013. p. 35.

Cumpra salientar que, como bem acentua Rafael Teixeira Ramos⁽¹²⁾, atualmente no Brasil existe uma confusa regulamentação legislativa no campo do desporto, a começar pela falta de um estuário normativo específico, que preveja todas as situações inerentes a este tipo especial de relação jurídica. Em verdade, o que de fato há é uma legislação geral sobre desportos, a Lei n. 9.615/98, que tenta regulamentar o trabalho desportivo entre os arts. 28º ao 46º, que vigorou por mais de uma década com a antiga Lei n. 6.354/76 (“Lei do Passe”), tendo sido modificada pelas Leis ns. 9.981/2000, 10.672/2003 e 12.395/2011, sendo imperioso afirmar que a mencionada regulamentação visa, precipuamente, a normatizar a relação do atleta profissional de futebol, como está a prever o art. 94 e seu parágrafo único, da Lei n. 9.615/98.

3. Conceitos legal e doutrinário do contrato de trabalho desportivo — Qualificação e sujeitos deste contrato — Portugal e Brasil

A Lei n. 28/98, que estabelece o regime jurídico do contrato de trabalho do praticante desportivo em Portugal, define o contrato de trabalho desportivo como sendo “aquele em que o praticante desportivo se obriga, mediante retribuição, a prestar uma atividade desportiva a uma pessoa que promova ou participe em atividades desportivas, sob a autoridade de

direção desta”⁽¹³⁾. Do conceito exposto pela doutrina observa-se que não há distinção com relação àquele que oferece a legislação⁽¹⁴⁾. Já o praticante desportivo seria aquele que, por meio de um contrato de trabalho desportivo, estando qualificado técnica e profissionalmente, exerce uma modalidade desportiva como profissão exclusiva ou principal, objetivando receber uma retribuição, como está a definir o art. 2º, letra “b”, da Lei n. 28/98.

Como é de se notar, o contrato de trabalho desportivo, em sua relação bilateral, possui de um lado o trabalhador (*in casu*, o praticante desportivo ou atleta) e, de outro lado, o tomador do serviço que, para a legislação portuguesa, pode ser uma pessoa singular ou coletiva, que promova ou participe em atividades desportivas, conforme se depreende do art. 2º, letra “a”, da Lei 28/98.

Cumpra ainda salientar que a Lei n. 28/98 traz a previsão do contrato de formação desportiva, por meio do qual uma entidade formadora e um formando celebrem um contrato especial onde aquela se obriga a prestar ao formando a formação adequada ao desenvolvimento de sua capacidade técnica e à aquisição de conhecimentos necessários à prática de uma modalidade desportiva, ficando o formando obrigado a executar as tarefas inerentes a essa formação, nos termos do art. 2º, letra “c”, da Lei n. 28/98⁽¹⁵⁾.

(12) Ramos, Rafael Teixeira. Direito do Trabalho Desportivo: Profissionalismo, Contrato Laboral Desportivo, as Partes da Relação Empregatícia Desportiva e a Interveniência de Terceiros. In: *Direito do Trabalho Desportivo – Os Aspectos Jurídicos da Lei Pelé frente às Alterações da Lei n. 12.395/2011*. São Paulo: LTr, 2013. p. 113: “Em relação a esse “emaranhado”, entendemos que deveria existir uma lei específica para o trabalho desportivo, mais ou menos o que existia na antiga Lei do Passe retrorreferenciada, mas que dessa vez contemplasse todas as modalidades passíveis de ter atleta profissional com vínculo empregatício, quebrando a paradigmática do futebol, prejudicial à isonomia legal de proteção laboral aos empregados desportivos das mais diversas modalidades do esporte brasileiro.”

(13) MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 670.

(14) Lei n. 28/98, art. 2º, “a”: “Para efeitos do presente diploma entende-se por: a) Contrato de trabalho desportivo aquele pelo qual o praticante desportivo se obriga, mediante retribuição, a prestar actividade desportiva a uma pessoa singular ou colectiva que promova ou participe em actividades desportivas, sob a autoridade e a direcção desta.”

(15) MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 670, ao comentar a capacidade do praticante desportivo em realizar contrato de trabalho, assim leciona: “Quanto à capacidade, dispõe-se que o contrato só pode ser celebrado com trabalhadores que tenham dezesseis anos, nos termos gerais (art. 4º da Lei n. 28/98). Todavia, o contrato de formação desportiva pode ser celebrado por menores, com idade compreendida entre 14 e 18 anos (art. 31

No que se refere à lei brasileira, o desporto é classificado em três categorias, a saber: desporto educacional, desporto de participação e desporto de rendimento, sendo que este último pode ser praticado de modo profissional e de modo não profissional, nos termos do art. 3º e seu parágrafo único, da Lei n. 9.615/98. Interessa-nos, especialmente, como foco deste trabalho, o desporto de rendimento de modo profissional, pois aqui reside o conceito de atleta profissional (ou praticante desportivo profissional, no conceito do direito português). Por definição legal⁽¹⁶⁾, “a atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente:” (...)

Deste conceito legal percebe-se desde logo que a legislação brasileira não permite que o atleta seja contratado, na qualidade de empregado, por pessoas físicas, apenas admitindo-se que o contrato de trabalho desportivo seja formado com entidades de práticas desportivas. Sendo assim, a legislação brasileira impede que a relação empregatícia do atleta profissional seja resultante de ajuste contratual com empresários ou agentes, opção legal esta acertada, pois assim coíbe-se eventual exploração do trabalho do atleta por empresários e agentes mal-intencionados, sem qualquer comprometimento com os princípios valorativos do trabalho humano, nem tampouco com o espírito lúdico que cerca as competições desportivas, como muito bem salienta Rafael Teixeira Ramos⁽¹⁷⁾. Há que se ponderar que a legislação

da Lei n. 28/98). Para além da forma escrita e das menções constantes do art. 5º, n. 2, da Lei n. 28/98, o contrato deverá ser registrado na federação respectiva, sob pena de o praticante não poder participar nas competições promovidas pela federação (art. 6º da Lei 28/98).”

(16) Lei n. 9.615/98, art. 28, *caput*.

(17) RAMOS, Rafael Teixeira. Direito do Trabalho Desportivo: Profissionalismo, Contrato Laboral Desportivo, as Partes da Relação Empregatícia Desportiva e a Interveniência de Terceiros. In: *Direito do Trabalho Desportivo — Os*

brasileira, apesar de apresentar uma definição daquilo que venha a ser a *atividade* do atleta profissional, por certo, não traz qualquer definição quanto ao atleta em si, tratando-o como desportista, sendo o desporto, conforme já visto, classificado em três categorias, ou seja, educacional, de participação e de rendimento. No entanto, em que pese essa omissão legal, há que se entender como *atleta* aquele que pratica o desporto de rendimento, ou seja, aquele que o pratica de forma profissional, mediante um contrato especial de trabalho desportivo, sendo que os demais praticantes das modalidades de natureza educacional e de participação, são considerados *desportistas*. Essa sutileza conceitual e não menos importante é bem analisada por Ricardo Georges Affonso Miguel que, em seu artigo doutrinário, demonstra a relevância do tema⁽¹⁸⁾.

Aspectos Jurídicos da Lei Pelé frente às Alterações da Lei n. 12.395/2011. São Paulo: LTr, 2013, p. 114: “Ao se expressar ‘firmado com entidade de prática desportiva’, conscientemente ou inconscientemente, o legislador esportivo vedou contratação de atleta profissional por pessoa física, sendo partes da relação de emprego desportivo somente o praticante profissional e o clube (pessoa jurídica de direito privado, entidade de prática desportiva), talvez o legislador pretendu repudiar a possibilidade de contratação de jogadores por empresário ou agente (pessoa física), o que modernamente se configura um verdadeiro acerto, reprimindo as possíveis piores formas de exploração do trabalho desportivo dos jovens atletas por inescrupulosos agentes, empresários, procuradores, intermediários, etc. Portanto, não se aplica ao trabalho desportivo o art. 2º, § 1º, da CLT, que permite como empregador ‘profissionais liberais’ para a maioria dos ‘trabalhos comuns’.”.

(18) MIGUEL, Ricardo Georges Affonso. Atleta: Definição, Classificação e Deveres. In: *Direito do Trabalho Desportivo — Os Aspectos Jurídicos da Lei Pelé frente às Alterações da Lei n. 12.395/2011*. São Paulo: LTr, 2013, p. 146: “A própria lei tratou de diferenciar as situações de prática do desporto, sendo que, considerando a distinção que propusemos acima, podemos entender que para as modalidades de desporto educacional e de participação o indivíduo que as desempenha é, na verdade, o desportista, enquanto que no caso do desporto de rendimento, quem o pratica é o atleta, razão pela qual é possível afirmar que todo atleta é um desportista, mas nem todo desportista é atleta. Obviamente que do desporto educacional e de participação muitas vezes saem os verdadeiros atletas

É de se ressaltar, ainda, que a Lei n. 9.615/98 apresenta distinção entre o vínculo desportivo e o vínculo trabalhista, sendo aquele acessório deste e constituindo-se com o registro do contrato especial de trabalho desportivo na entidade de administração do desporto. Uma vez rompido o vínculo trabalhista ou empregatício, nas hipóteses legais⁽¹⁹⁾, rompe-se também o vínculo desportivo com a entidade de prática desportiva, dada a natureza acessória deste vínculo desportivo.

4. Razões da especificidade deste regime jurídico quanto à determinação do prazo

Como regra geral, ambos os sistemas jurídicos — português e brasileiro — adotam a indeterminação do prazo dos contratos como norma, excetuadas, por claro, as previsões legais que autorizam a contratação por prazo determinado, tais como o trabalho temporário e o contrato de experiência, citados de forma exemplificativa. No entanto, em que pese essa característica, estes mesmos sistemas jurídicos — assim como os dos demais países que possuem norma específica reguladora do contrato de trabalho desportivo — houveram por bem adotar a determinação do prazo nos contratos de trabalho desportivo. Mas por que tal adoção?

Como bem salienta João Leal Amado⁽²⁰⁾, justifica-se, em parte, a determinação do prazo

campeões. Aliás, é isso que se espera e nisso que se deve investir para sermos um país de sucesso no cenário mundial esportivo.”

(19) Segundo a Lei n. 9.615/98, em seu art. 28º, § 5º, incisos I a V, as hipóteses legais para rompimento do vínculo são, em ordem sequencial: término da vigência do contrato ou o seu distrato; pagamento da cláusula indenizatória desportiva ou da cláusula compensatória desportiva; rescisão decorrente de inadimplemento salarial; rescisão indireta nas modalidades previstas na legislação trabalhista (que, neste caso, seriam as hipóteses legais previstas no art. 483 da CLT) e; dispensa imotivada do atleta.

(20) AMADO, João Leal. *Vinculação versus Liberdade* [O Processo de Constituição e Extinção da Relação Laboral do Praticante Desportivo]. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 103: “As particulares exigências da competição desportiva profissional implicam que o

em razão da própria natureza da profissão, de grande desgaste físico, sendo compatível com a juventude. No entanto, como bem resalta João Leal Amado, essa não é a principal razão que levou a legislação a adotar a determinação do prazo no contrato de trabalho desportivo, que traz consigo uma discussão interessante: a de saber se a determinação do prazo representa uma efetiva conquista social dos atletas profissionais e, sendo assim, garante a liberdade de trabalho.

Não é sem propósito a celeuma. Em verdade, neste setor de empreendimento, era comum o atleta profissional ficar “preso” ao seu empregador, por meio de regulamento federativo ou de acordos entre os clubes, sendo que esses instrumentos eram altamente limitadores da liberdade de trabalho do praticante desportivo. Este último, uma vez vinculado a um determinado clube, não mais poderia dele sair, transferindo-se para outro clube, sem o consentimento de seu empregador. Mecanismos como o *passé* brasileiro, o *vincolo sportivo* italiano, o *derecho de retención* espanhol, o *retain system* britânico, dentro outros, impediam a transferência do atleta para outro clube. Nas palavras de João Leal Amado, existia uma “*estabilidade às avessas, operando em benefício do clube/empregador e em detrimento do praticante/trabalhador*”.

Sendo assim, então, a determinação do prazo no contrato de trabalho significaria uma importante conquista social do praticante desportivo profissional, na medida em que, expirado o prazo contratual, ficaria o atleta profissional livre para negociar novo contrato de trabalho com outro clube, com situações contratuais talvez mais vantajosas. No entanto, apesar de a determinação do prazo contratual

praticante tenha de abandonar esta actividade laboral ainda relativamente jovem — como observa Bourzanel, ‘*e sport est d’abord affaire de jeunes*’ — e com um largo período de vida activa pela frente. Ou seja, a própria profissão de praticante desportivo é, em certo sentido, efémera, transitória, o que já de si explicaria o carácter temporário do correspondente contrato de trabalho.”

realmente representar a “libertação” do praticante desportivo profissional, se comparada à situação pretérita vivenciada por estes trabalhadores, fato é que essa visão se mostra, ao mesmo tempo, parcial e romântica. Parcial, pois como muito bem salienta o festejado autor João Leal Amado⁽²¹⁾, talvez fosse melhor para o praticante desportivo profissional que a modalidade contratual a reger o seu vínculo fosse a tradicional, ou seja, o contrato de trabalho de prazo indeterminado, de livre extinção por vontade do atleta, como ocorre com a totalidade dos trabalhadores. Desta maneira, o atleta profissional gozaria de uma maior garantia de emprego e de uma acrescida liberdade de trabalho, a ponto de poder capitalizar, em seu proveito, a todo e qualquer momento, sua eventual valorização no mercado de trabalho.

E romântica, porque a determinação do prazo do contrato de trabalho não surgiu no cenário jurídico somente para “libertar” os praticantes desportivos. Em verdade, a determinação do prazo contratual *“justificar-se-á, quando muito, como mecanismo de proteção do desporto, da própria competição desportiva profissional e, porventura, das entidades empregadoras (ou, pelo menos, de algumas delas). Com efeito, o termo necessariamente aposto ao contrato desempenha aqui uma importantíssima função estabilizadora, assegurando a estabilização/manutenção da relação contratual durante o período temporal convencionado”*⁽²²⁾.

Por certo, é mais vantajoso para o empregador que o seu empregado/atleta profissional tenha um contrato de trabalho desportivo de prazo determinado, por dois aspectos: o primeiro, a fim de proteger o desporto, genericamente falando, pois assim impede-se que outros clubes, mais poderosos economicamente, invistam sobre o atleta porventura qualificado de um determinado clube e, com isso, desnivele a competição esportiva; e, segundo, porque o

regime geral previsto nas leis justralhistas — de contrato de prazo indeterminado e de demissão *ad nutum* por parte do trabalhador — poderia trazer enormes prejuízos para o empregador que poderia, do dia para a noite, ficar sem o seu “craque”, o seu melhor jogador, sem receber qualquer indenização por sua promoção/valorização. Aliás, esse é o entendimento esposado por João Leal Amado ao comentar o “termo estabilizador” existente nos contratos de trabalho de praticantes desportivos profissionais⁽²³⁾.

Como se verifica, não se está diante de um tipo de contrato pensado somente em ordem a garantir a liberdade do atleta, mas sim a de instituir uma contrapartida para essa aparente liberdade; ou seja, oferece-se a temporalidade do contrato como moeda de troca da limitação da legitimidade de livre demissão do praticante desportivo. Neste sentido, aliás, o art. 26º da Lei n. 28/98 que, em seu rol taxativo, não prevê a possibilidade de rescisão unilateral, na forma como autorizado pelo art. 400º do atual Código do Trabalho, equivalente ao art. 447º do Código do Trabalho de 2003.

Nada obstante no sistema jurídico trabalhista brasileiro não existir a estabilidade no emprego, para a generalidade dos trabalhadores (mas tão somente para determinados empregados como o dirigente sindical, o membro da Comissão Interna de Prevenção de

(23) “Acima de tudo, porque se entende que conferir ao praticante desportivo a faculdade de denunciar o contrato de trabalho, *ad nutum* e a todo o momento – faculdade esta inerente a qualquer vínculo contratual de duração indeterminada, expressamente reconhecida pelas nossas lei (segundo o art. 447º do CT) — *atual art. 400º do Código do Trabalho* —, o trabalhador é livre de denunciar o contrato, sem necessidade de fundamentar tal acto, isto é sem necessidade de o motivar, de invocar qualquer justa causa para o efeito) ...

A figura do termo estabilizador impõe-se, assim, enquanto expediente a restringir a concorrência entre os clubes/empregadores no domínio da contratação de praticantes, enquanto forma de disciplinar e ordenar (dir-se-ia: de apaziguar) o mercado de trabalho desportivo, evitando uma situação de concorrência permanente, sem tréguas, neste sector de atividade.”
In: ob. cit., p. 160-161.

(21) AMADO, João Leal. *Temas Laborais 2*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 160.

(22) *Ob. cit.*, p. 160.

Acidentes — CIPA, a empregada gestante, o trabalhador acidentado e, mesmo assim, uma garantia de emprego limitado no tempo)⁽²⁴⁾, pode-se afirmar que a mesma razão citada pela doutrina portuguesa incide no cenário jurídico brasileiro, a ponto de justificar a determinação do prazo nos contratos de trabalho desportivos, de forma a atuar também a determinação do prazo como um termo estabilizador, na medida em que a responsabilidade civil decorrente da extinção contratual anômala visa garantir o efetivo cumprimento do contrato⁽²⁵⁾.

5. Indenizações de transferência, cláusulas de rescisão contratual e cláusulas de opção: regramento em Portugal e no Brasil

Inicialmente, cumpre registrar que em ambos os sistemas jurídicos — português e brasileiro — é contemplado o princípio da liberdade de trabalho do praticante desportivo, como se observa, na legislação portuguesa, por meio do art. 18º da Lei n. 28/98⁽²⁶⁾ e na

legislação brasileira por meio dos arts. 2º, IV e 27-C, III, da Lei n. 9.615/98⁽²⁷⁾. No entanto, em uma análise comparativa, verifica-se que a legislação portuguesa é mais clara no que diz respeito à proteção da liberdade de trabalho do praticante desportivo profissional uma vez que fulmina de nulidade toda e qualquer cláusula contratual que impeça a liberdade de trabalho do atleta depois da cessação do contrato de trabalho desportivo. No sistema jurídico brasileiro, essa liberdade laboral é extraída da conjugação de princípios, seja em nível constitucional⁽²⁸⁾, seja em nível infraconstitucional, conforme estabelecem os dispositivos legais acima mencionados. E isso porque se poderia afirmar que a liberdade de trabalho prevista no art. 27-C, da Lei 9.615/98 diria respeito somente àquelas cláusulas contratuais que porventura o atleta ou o seu representante legal firmassem com os agentes desportivos, não estando inserido neste contexto as cláusulas contratuais do próprio contrato especial de trabalho desportivo. Entretanto, conforme visto, é fundamento

(24) Algumas estabilidades provisórias no Direito do Trabalho Brasileiro: dirigente sindical: art. 8º, VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) e art. 543, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT); empregado eleito dirigente da CIPA: art. 10º, II, “a” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e art. 165 da CLT; empregada gestante: art. 10º, II, “b”, do ADCT; trabalhador acidentado: art. 118 da Lei n. 8.213/91

(25) A Lei n. 9.615/98, em seu art. 28º, incisos I e II, prevê a obrigatoriedade de existência de cláusula indenizatória desportiva (devida exclusivamente à entidade de prática desportiva à qual está vinculado o atleta nos casos de transferência do atleta para outra entidade, nacional ou estrangeira, durante a vigência do contrato de trabalho desportivo ou por ocasião do retorno do atleta às atividades profissionais em outra entidade de prática desportiva no prazo de até 30 meses) e cláusula compensatória desportiva (devida pela entidade de prática desportiva ao atleta nas hipóteses de rescisão contratual por inadimplemento salarial, de rescisão indireta por incumprimento de obrigações trabalhistas por parte da entidade de prática desportiva e na dispensa imotivada do atleta, antes do termo final do contrato) como forma de evitar, pela responsabilidade civil que delas advém, o rompimento contratual antes de seu termo.

(26) Lei n. 28/98, art. 18º: “São nulas as cláusulas dos contratos individuais de trabalho que, por qualquer

forma, possam prejudicar o exercício do direito após a cessação do contrato.”

(27) Lei n. 9.615/98, art. 2º, IV: “O desporto, como direito individual, tem como base os princípios: (...) IV – da liberdade, expresso pela livre prática do desporto, de acordo com a capacidade e interesse de cada um, associando-se ou não a entidade do setor;

Art. 27-C, III: “São nulos de pleno direito as cláusulas de contratos firmados pelo atleta ou por seu representante legal com agente desportivo, pessoa física ou jurídica, bem como as cláusulas contratuais ou de instrumentos procuratórios que: (...) III – restringem a liberdade de trabalho desportivo.”

(28) De fato, o art. 1º da Constituição Federal Brasileira estabelece, nos incisos III e IV que o Brasil tem como fundamento a “dignidade da pessoa humana” e os “valores sociais do trabalho”, de forma a extrair de referidos princípios, também, a liberdade de trabalho (expressamente consagrada no inciso XIII da Carta política de 1988) uma vez que a hipótese em contrário por certo feriria de morte estes dois fundamentos; no mesmo sentido o art. 6º da Constituição Federal que, em seu *caput*, elenca como sendo direito social, dentre outros, o trabalho. Sendo assim, em vista da conjugação de referidos princípios constitucionais, é certo afirmar-se que a liberdade de trabalho no ordenamento jurídico brasileiro é inerente a este mesmo sistema jurídico e, como não poderia deixar de ser, também o é na esfera do trabalho desportivo.

do Estado democrático de direito da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e a valorização social do trabalho, além do fato de o valor “trabalho” constituir-se em um direito social e, como tal, não poderá sofrer restrição, de ordem alguma.

Dito isso, analisaremos a incidência dos institutos acima e a (in)tolerância pelo respectivo ordenamento jurídico.

Conforme já mencionado, em Portugal, uma legislação específica, a fim de regular a relação dos atletas profissionais, tardou a ser promulgada e, uma vez promulgada, preocupou-se sobremaneira o legislador em resolver o problema das chamadas indenizações de transferência, figura esta fortemente enraizada nos meios desportivos e prevista em regulamentos federativos. Consiste a indenização de transferência em um mecanismo de proteção única ao empregador (*in casu*, às agremiações desportivas), na medida em que o praticante desportivo profissional somente poderia ser contratado por outro clube, acaso fosse satisfeita ao antigo empregador a indenização prevista contratualmente. Essa indenização de transferência incidiria, inclusive, depois da extinção contratual do atleta profissional com o clube. Referido instituto certamente dificultava, e muito, a obtenção de novo contrato — e, conseqüentemente, de novo emprego, quiçá mais vantajoso — pelo praticante desportivo profissional, uma vez que somente estaria “livre” depois do pagamento da referida indenização, fosse por ele próprio⁽²⁹⁾, ou pelo futuro clube-empregador. Em defesa da existência das cláusulas de “indenização de transferência”, as federações e as ligas dos clubes apresentavam dois argumentos: o primeiro de que referida

(29) Em que pese o art. 22º/2, do Decreto-lei n. 305/95 mencionar que a indenização de transferência seria arcada pela entidade desportiva com a qual estava negociando o praticante desportivo, não havia impedimento legal para que o atleta, acaso tivesse condições, suportasse o pagamento da indenização, nada obstante a raridade da hipótese ocorrer. Frise-se que atualmente a hipótese é expressamente prevista no art. 18º, n. 6, da Lei n. 28/98.

cláusula indenizatória atuaria como uma forma de compensar os clubes pela formação ou promoção ou valorização do praticante desportivo; e o segundo argumento era no sentido de que a cláusula de indenização de transferência, na qualidade de limitadora da transferência do atleta, serviria como garantia do equilíbrio competitivo e da incerteza do resultado. Sendo assim, evitar-se-ia que um determinado clube, de grande poderio econômico, efetuasse contratações dos melhores praticantes desportivos, de forma demasiada, transformando-se em uma superpotência esportiva.

Sendo assim, em que pese o Decreto-lei n. 305/95 consagrar o princípio da liberdade de trabalho, por meio do art. 22º/1⁽³⁰⁾, a indenização de transferência representa uma limitação dessa liberdade de trabalho; no entanto, de forma paradoxal, o Decreto-lei n. 305/95, no art. 22º/2⁽³¹⁾, admitiu expressamente a figura em análise, fazendo com que o princípio em questão fosse mera retórica.

Posteriormente, veio ao cenário jurídico a Lei n. 28/98, na esteira do julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, ao apreciar o “Caso Bosman”⁽³²⁾,

(30) Art. 22º/1 do Decreto-lei n. 305/95: “São nulas as cláusulas inseridas em contrato de trabalho desportivo visando condicionar ou limitar a liberdade de trabalho do praticante desportivo após o termo do vínculo contratual.”

(31) Art. 22º/2 do Decreto-lei n. 305/95: “Pode ser estabelecida, por convenção colectiva ou regulamento federativo, a obrigação de pagamento de uma justa indemnização, a título de promoção ou de valorização do praticante desportivo, à anterior entidade empregadora por parte da entidade empregadora desportiva que com esse praticante desportivo celebre, após a cessação do anterior, um contrato de trabalho desportivo.”

(32) Jean-Marc Bosman foi um futebolista belga, que jogou pelo Liège, até então uma equipe da Jupiler League (Primeira divisão). Estava contratualmente vinculado a uma relação laboral com este clube desde 1988 até 30 de Junho de 1990. Tendo recusado a proposta de novo contrato, com significativa redução salarial, formulada em 21 de abril de 1990, ao abrigo da legislação então em vigor — Regulamento federal da *Union royale belge des sociétés de football association ASBL* (doravante “URBSFA” ou “Federação Belga de Futebol”) —, foi

estabelecendo um novo regime jurídico do contrato de trabalho do praticante desportivo e do contrato de formação desportiva, revogando o Decreto-lei n. 305/95.

Menos de um mês depois da publicação do Decreto-lei n. 305/95, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, ao apreciar o Caso “Bosman”, decidiu que⁽³³⁾:

— “que a prática de desportos é abrangida pelo direito comunitário na medida em que constitua uma actividade económica, caso da atividade dos jogadores de futebol profissionais ou semiprofissionais, uma vez que exercem uma atividade assalariada ou efectuam prestações de serviços remuneradas;”

— “que, para efeitos de aplicação das disposições comunitárias relativas à livre circulação dos trabalhadores, não é necessário que

inscrito na lista de jogadores que podiam ser alvo de transferências ditas “obrigatórias”, as quais se realizariam independentemente do acordo do clube ao qual o jogador ainda se encontrava ligado contratualmente, porém, sujeitas ao pagamento, pela nova entidade patronal do ativo, de uma “indenização de formação ou de valorização”, sob cominação de pesadas sanções para o novo clube (em *ultima ratio*, a exclusão da competição por dívidas). Não tendo surgido nenhum clube interessado na sua contratação neste âmbito, J. M. Bosman enceta negociações com o clube francês do USL Dunkerque (doravante “Dunkerque”), a militar na segunda divisão, o qual o contrata e celebra acordo de cedência temporária (vulgo “empréstimo”) do mesmo pelo período de um ano. Ambos os contratos ficaram sem efeito, em face da não formulação de pedido de emissão de certificado internacional de desvinculação pela URBSFA à Federação Francesa de Futebol (FFF), conduta omissiva fundada em dúvidas sobre a solvência do clube de Dunkerque. Nesta senda, em 31 de julho de 1990, o clube suspendeu J. M. Bosman, impedindo o mesmo de jogar durante a época que se iniciaria. Perante tal cenário, e não obstante o boicote a que foi sujeito por parte da globalidade dos clubes europeus capazes de o contratarem, Jean-Marc Bosman consegue que o *cour d’appel de Liège*, após recurso da decisão da primeira instância pela URBSFA, pelo Liège e pela *Union des associations européennes de football* (doravante “UEFA”), suscitasse, junto do TJCE, as suas dúvidas sobre a interpretação de normas jurídicas do Tratado da Comunidade Europeia.

(33) AMADO, João Leal. O Caso Bosman e a indemnização de promoção ou valorização. In: *Revista “Questões Laborais”*, Coimbra: Coimbra Editora, ano III, p. 8-10, 1996.

a entidade patronal tenha a qualidade de empresa, apenas se exigindo a existência de uma relação de trabalho ou a vontade de estabelecer tal relação;”

— “que a circunstância de os clubes empregadores serem obrigados a pagar indemnizações por ocasião do recrutamento de um jogador proveniente de outro clube afeta as possibilidades de os jogadores encontrarem emprego, bem como as condições em que esse emprego é oferecido;”

— “que a livre circulação dos trabalhadores, garantida pelo art. 48º, constitui uma liberdade fundamento no sistema da Comunidade;”

— “que o art. 48º não regula apenas a actuação das autoridades públicas, abrangendo também as regulamentações de outra natureza destinadas a disciplinar, de forma colectiva, o trabalho assalariado, pelo que o referido artigo se aplica a regras instituídas por associações desportivas que determinam as condições de exercício de uma atividade assalariada por desportistas profissionais;”

— “que as regras relativas às transferências, ao preverem que um jogador profissional de futebol não pode exercer a sua atividade num novo clube, estabelecido noutra Estado-membro, se esse clube não tiver pago ao anterior a indemnização de transferência cujo montante foi acordado entre os dois clubes ou determinado em conformidade com os regulamentos das associações desportivas, constituem um entrave à livre circulação dos trabalhadores;”

— “que, por conseguinte, as regras relativas às transferências constituem entraves à livre circulação dos trabalhadores, proibidos pelo art. 48º do Tratado, proibição que só não ocorreria se essas regras prosseguissem um objectivo legítimo compatível com o Tratado e se justificassem por razões imperiosas de interesse geral, sendo ainda necessário, mesmo em tal caso, que a aplicação das

referidas regras fosse adequada para garantir a realização dos seus objetivos e não ultrapassasse o necessário para os atingir.”

E prossegue João Leal Amado: “Tendo em conta o exposto, a conclusão do TJCE, quanto a esta questão, só poderia ser uma. Assim, declarou o Tribunal de Justiça: “O art. 48º do Tratado CEE opõe-se à aplicação de regras adoptadas por associações desportivas nos termos das quais um jogador profissional de futebol nacional de um Estado-Membro, no termo do contrato que o vincula a um clube, só pode ser contratado por um clube de outro Estado-Membro se este último pagar ao clube de origem uma indemnização de transferência, de formação ou de promoção.”

Pois bem. Como se verifica da decisão exarada pelo Tribunal de Justiça, a conhecida cláusula de “indenização de transferência, de formação ou de promoção” é incompatível com o art. 48º do Tratado da Comunidade Europeia, que garante a livre circulação de trabalhadores entre os Estados-membros. No entanto, a decisão do Tribunal de Justiça não coíbia a incidência das cláusulas de “indenização de transferência” em um mesmo Estado-membro, ou seja, intraestadual. Ao analisar a situação, João Leal Amado⁽³⁴⁾, com sua irretocável visão, lecionava:

“O quadro que se nos deparava no imediato pós-Bosman era pois, em síntese, o seguinte: abolição das indemnizações de transferência à escala comunitária (para as transferências internacionais) e manutenção de tais indemnizações à escala nacional (para as transferências intra-estaduais). O panorama daqui resultante era passível de uma apreciação fortemente crítica, qualquer que fosse o ângulo adoptado. Tratava-se, com efeito, de um sistema (rectius, de uma dualidade de sistemas) absurdo, pernicioso e potenciador de fraudes. Vejamos porquê:

(34) AMADO, João Leal. O novo regime do contrato de trabalho desportivo e as indemnizações de transferência. In: *Revista “Questões Laborais”*, Coimbra: Coimbra Editora, ano V, p. 230-231, 1998.

— *Sistema absurdo porque coloca maiores dificuldades à circulação de um praticante desportivo português no interior do seu próprio país do que se pretender emigrar (sic)*

— *Sistema pernicioso porque, convidando os praticantes que actuam em Portugal a emigrar, contribui para o empobrecimento do nível das competições desportivas no nosso país, agravando as consequências negativas que, neste plano, já de si resultam do acórdão Bosman*

— *Sistema potenciador de fraudes porque, tal como logo em princípios de 96 escrevi, “sendo as transferências de jogadores entre clubes portugueses oneradas pela indemnização de promoção ou de valorização e nenhum encargo existindo na transferência de um clube português para um outro espanhol, francês ou italiano, o melhor será efectuar aquelas transferências em dois tempos, interpondo um clube de outro Estado-Membro na operação, qual testa de ferro...”*

Como se verifica da lição acima transcrita, o Decreto-lei n. 305/95, na forma como estava redigido, não mais contemplava a nova realidade jurídica, depois da decisão do Tribunal de Justiça no “Caso Bosman”. Era necessário adaptar a legislação. E, nessa esteira de necessidade, veio a lume a Lei n. 28/98, conforme aqui já mencionado. Passemos, destarte, a analisar o atual cenário jurídico-legal a respeito das indenizações de transferência.

Quanto a este aspecto, ou seja, no que se refere às indenizações de transferência, a Lei n. 28/98 foi “política”. Quer dizer, não fez previsão expressa à “indenização de transferência”, em um primeiro momento, mas tão somente às indenizações de “promoção ou valorização” do praticante desportivo profissional, devidamente prevista em norma coletiva (anteriormente havia a possibilidade de previsão em regulamentos federativos, hipótese esta não mais admitida na atual legislação), como se observa do art. 18º/2 do mencionado diploma

legal, além de consagrar (e isto o Decreto-lei n. 305/95 já o fazia) o princípio da liberdade de trabalho, conforme se percebe do art. 18º /1 da Lei n. 28/98. No entanto, no item “3” do art. 18º, claramente se observa a “indenização de transferência” que, prevista em instrumento coletivo, será aplicável somente em transferências de praticantes desportivos que ocorram entre clubes portugueses. Mais uma vez aqui, chamamos o escol de João Leal Amado⁽³⁵⁾, demonstrando a complexidade da situação:

*“Do ponto de vista do direito comunitário a situação é, porém, mais complexa do que o legislador português terá porventura pensado. A nossa lei assenta na premissa de que uma transferência intra-estadual (isto é, um clube português para outro clube português) é uma *situação puramente interna* e, logo, irrelevante para efeitos da livre circulação dos trabalhadores. Isso, todavia, está longe de ser um dado adquirido. Com efeito, vários autores têm defendido a tese de que uma transferência intra-estadual pode não ser uma *situação puramente interna*, desde logo no caso de o praticante em questão ser um cidadão de outro Estado-Membro da União Europeia.”*

Como se percebe da lição *supra*, há situações em que a Lei n. 28/98 pode não responder ou, então, responder de forma que venha a ferir o Acórdão Bosman, possibilitando o surgimento de demandas judiciais questionando a liberdade de circulação de trabalhadores (praticantes desportivos), pertencentes a outros Estados-membros.

Em seara brasileira, a indenização de transferência é regida atualmente pelo art. 28, I, “a”, da Lei 9.615/98, para aquelas transferências, nacionais e internacionais, que ocorram durante a vigência do contrato de trabalho. Nessa hipótese, caso o atleta se transfira para outro clube nacional, durante a vigência de seu contrato de trabalho, deverá a entidade de prática

(35) AMADO, João Leal. O novo regime do contrato de trabalho desportivo e as indemnizações de transferência. In: *Revista “Questões Laborais”*, Coimbra: Coimbra Editora, ano V, p. 240, 1998.

desportiva empregadora receber, a título de indenização, um valor máximo de até 2.000 (duas mil) vezes o valor médio do salário contratual e sem qualquer limitação, para o caso de transferência internacional, valores estes previstos contratualmente. Como se observa, o objetivo da presente cláusula indenizatória é de compelir o atleta ao cumprimento efetivo do contrato pois, do contrário, tanto ele quanto a entidade de prática desportiva contratante, serão solidariamente responsáveis pelo pagamento da indenização em questão, na forma dos §§ 1º e 2º do art. 28 da Lei n. 9.615/98.

No entanto, nem sempre foi assim. Anteriormente à Lei n. 9.615/98, vigorou no Brasil a Lei n. 6.354/76, que também regulamentava a atividade do atleta profissional. Previa referida legislação a figura do “passe” ou “vínculo desportivo” que nada mais era um atestado liberatório que deveria ser concedido ao atleta por seu empregador, a fim de que ele, mesmo depois de findo o contrato, pudesse ser contratado por outro clube. Nesse sistema, o atleta continuava preso ao empregador e dele somente se livraria acaso o valor do “passe”, estipulado pelo empregador, fosse pago ou, caso completasse 32 anos de idade e tivesse prestado dez anos de serviço para o mesmo empregador, conforme determinava o art. 26 da Lei n. 6.354/76⁽³⁶⁾.

(36) SOARES, Jorge Miguel Acosta. *Direito de Imagem e Direito de Arena no Contrato de Trabalho do Atleta Profissional de Futebol*. 2. ed. atual. São Paulo: LTr, 2012. p. 80: “A Lei n. 6.354/76 manteve o instituto praticamente inalterado, ligando o jogador ao clube por um vínculo pecuniário, mesmo após o encerramento do contrato de trabalho. Em nossa legislação trabalhista, o “passe”, ou “vínculo desportivo”, encontrava outro instituto que guardava a mesma natureza, o “atestado liberatório”, outrora previsto no § 2º, ao art. 480, da CLT: “em se tratando de contrato de artistas de teatros e congêneres, o empregado que rescindi-lo sem justa causa não poderá trabalhar em outra empresa de teatro ou congêneres, salvo quando receber atestado liberatório, durante o prazo de um ano, sob pena de ficar o novo empresário obrigado a pagar ao anterior uma indenização correspondente a dois anos do salário estipulado no contrato rescindido”. O parágrafo foi acrescentado à CLT pelo Decreto-lei n. 6.353, de 20 de março de 1944, e revogado pela

A constitucionalidade deste instituto (passe) sempre foi criticada, mesmo na vigência da anterior Constituição Federal de 1967 que, em seu art. 150, § 23, fixava a liberdade ao trabalho como um dos direitos e das garantias individuais⁽³⁷⁾.

Do exposto, verifica-se que nos sistemas jurídicos analisados não é permitida qualquer restrição à liberdade do trabalho do praticante desportivo profissional, não podendo haver cláusulas contratuais que venham a inviabilizar ou restringir o trabalho do atleta profissional, nomeadamente depois da extinção contratual.

No que diz respeito às modalidades de rescisão contratual, a legislação portuguesa e brasileira diferem entre si. Enquanto a legislação portuguesa não prevê a possibilidade de o contrato de trabalho desportivo poder ser rescindido “ad nutum”, mas somente nas hipóteses constantes do art. 26º da Lei n. 28/98, a legislação brasileira expressamente admite referida hipótese, como se infere no art. 28º, § 5º, V, da Lei n. 9.615/98; e diferem ainda quanto à previsão de rompimento contratual motivado por justa causa, existente no ordenamento jurídico português e omissa no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, analisaremos estes sistemas jurídicos, separadamente, a fim de melhor demonstrar a especificidade e cada ordem jurídica.

Iniciemos pelo modelo português. Neste particular, discute-se se essa não contemplação legal de rescisão do contrato de trabalho

desportivo sem justa causa, por parte do praticante desportivo, não seria limitadora da liberdade de trabalho e, sendo assim, inconstitucional, por violar o art. 47º/1 da Constituição da República Portuguesa (CRP)⁽³⁸⁾. Sob este aspecto, o eminente professor Pedro Romano Martinez⁽³⁹⁾ assim se pronuncia:

No mesmo sentido da limitação da liberdade é de aludir ao disposto no art. 26, n. 1, da Lei n. 28/98, que é omissa quanto à hipótese de ser requerida pelo trabalhador a rescisão sem justa causa (denúncia). No art. 400º do CT prevê-se a denúncia com aviso-prévio, em que o trabalhador não invoca justa causa — solução válida mesmo na hipótese de se tratar de um contrato a termo (art. 400, ns. 3 e 4, do CT) —, porque a liberdade de trabalho não se compagina com a obrigatoriedade de permanência do trabalhador na empresa. O art. 26º, n. 1, da Lei n. 28/98, ao não mencionar essa hipótese, pretende excluir o direito de livre denúncia do contrato de trabalho por parte do trabalhador, mas pelas razões indicadas no ponto anterior poder-se-á entender que estão ultrapassadas as questões que respeitam à constitucionalidade da limitação ao direito de livre denúncia. De facto, a tutela de interesses associados à competição desportiva justifica uma limitação (temporal) ao direito de livre desvinculação do trabalhador”.

Com efeito:

“Nem todas as limitações à liberdade de trabalho são inconstitucionais. Em primeiro lugar podem resultar da lei tendo em conta o interesse coletivo, sendo que a primeira restrição legal admitida no art. 47º da CRP à liberdade de trabalho respeita as situações em que está em causa um interesse coletivo. Este não tem necessariamente a ver com “outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, tal como estabelece o art. 18º, n. 2,

Lei n. 6.533, de 24 de maio de 1978. O instituto não falava de “passe”, mas sim de “atestado liberatório”. Da mesma forma, não tratava de atletas, mas sim em “contratos de artistas de teatros e congêneres”. Durante muitos anos, os contratos de atletas eram entendidos pelos juristas e pela jurisprudência como uma espécie do gênero contrato de artistas. Um artista, que não mais quisesse continuar prestando seus serviços para um empresário, deveria pagar-lhe uma soma em dinheiro, uma indenização. Apenas após o pagamento poderia o artista assinar um novo contrato. O pagamento também poderia ser feito pelo novo tomador do contrato, pelo novo contratante.”

(37) SOARES, Jorge Miguel Acosta. *Direito de Imagem e Direito de Arena no Contrato de Trabalho do Atleta Profissional de Futebol*. 2. ed. atual. São Paulo: LTr, 2012. p. 81.

(38) Art. 47º/1 da CRP: “Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o gênero de trabalho, salvo as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade”.

(39) MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 675-676.

da CRP. De facto, à invocação do “interesse coletivo”, feita no art. 47º da CRP, “só se pode atribuir na nossa lei fundamental um sentido útil: é o de ter o constituinte pretendido com ela abrir uma exceção ao último inciso do art. 18º, n. 2, da CRP, autorizando o legislador a proteger “valores comunitários relativos”, sem uma necessária consagração constitucional. Isto é, a proteger “aqueles valores que derivam das ideais e fins adotados pelo legislador em matéria social ou econômica e que, portanto, haja sido o próprio legislador a elevar o nível de interesses comunitários relevantes””

Assim, podemos considerar que o “interesse coletivo” previsto no art. 47º da CRP não será obrigatoriamente um interesse constitucionalmente protegido, mas a sua definição/identificação poderá decorrer de opções do legislador ordinário atendendo a finalidades em matéria social ou econômica”⁽⁴⁰⁾.

Por outras palavras, a instituição de regras relativas tanto às transferências de praticantes desportivos, quanto à impossibilidade de rescisão imotivada do contrato de trabalho desportivo, é justificada a atender o interesse coletivo de assegurar a manutenção do equilíbrio entre os clubes em competição (conforme já afirmado em outra passagem), bem como em indenizar o clube formador do atleta com as despesas oriundas dessa formação e aperfeiçoamento, não o desanimando de continuar a realizar investimentos em busca de novos talentos.

Feitas essas considerações, importantes para o cenário jurídico correspondente à rescisão do contrato de trabalho desportivo, temos que este somente poderá ser rescindido acaso existente uma das hipóteses legais previstas nas alíneas “a” à “g” do art. 26 da Lei n. 28/98, a saber: caducidade, revogação por acordo, ocorrência de justa causa (seja do praticante desportivo ou da entidade empregadora),

(40) MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 673-674.

rescisão por qualquer das partes no período experimental, despedimento coletivo e abandono de trabalho.

Já no direito desportivo brasileiro as modalidades de rescisão contratual previstas na Lei n. 9.615/98, com a alteração introduzida pela Lei n. 12.395/2011, são as seguintes: término da vigência contratual, distrato, pagamento das cláusulas indenizatória e compensatória desportivas, rescisão indireta por inadimplemento contratual do empregador desportivo ou nas demais hipóteses de rescisão indireta prevista na legislação trabalhista e dispensa imotivada do atleta.

Como bem observa Rafael Teixeira Ramos⁽⁴¹⁾, pecou a alteração legislativa, imprimida pela Lei n. 12.395/2011, em não prever, textualmente, a modalidade de rescisão contratual por justa causa praticada pelo atleta. No entanto, em que pese essa omissão legal, não há impedimento para que o atleta, caso cometa falta grave, seja motivadamente demitido. E isso porque “ao regular-se a dispensa imotivada do praticante, o legislador por via transversa resolveu o problema da justa causa atlética. Entretanto, em que pese a rarefeita situação de justa causa do jogador na relação empregatícia desportiva, a nova lei poderia ter aproveitado a oportunidade da enumeração de modos de extinção contratual para prever também a dispensa motivada do atleta que, indubitavelmente, teria a mesma solução dos contratos a prazo determinado do trabalho comum”⁽⁴²⁾.

Entre as principais alterações introduzidas pela Lei n. 12.395/2011 está a previsão de um novo sistema de regência e terminação do contrato de trabalho desportivo, com o advento da cláusula indenizatória desportiva e da cláusula compensatória desportiva, como

(41) RAMOS, Rafael Teixeira. Sistemática Rescisória (Cláusulas Indenizatória e Compensatória) do Contrato de Trabalho Desportivo Brasileiro e sua relação com importantes institutos do passado e do presente. In: *Revista “Desporto e Direito”*, Coimbra, n. 28, p. 9-30, 2012.

(42) *Ibidem*, p. 18.

se verifica do art. 28, I e II da Lei n. 9.615/98. A cláusula indenizatória desportiva é devida exclusivamente à entidade de prática desportiva empregadora do atleta nas hipóteses de transferência nacional e internacional durante a vigência do contrato de trabalho, bem como por ocasião do retorno do atleta às atividades profissionais em outra entidade e prática desportiva no prazo de até 30 meses; já a cláusula compensatória desportiva será devida pela entidade de prática desportiva empregadora ao atleta, nas hipóteses de rescisão contratual por mora ou inadimplemento salarial, de rescisão indireta nas demais hipóteses previstas na legislação trabalhista⁽⁴³⁾ e na dispensa imotivada do praticante desportivo⁽⁴⁴⁾.

(43) A CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) prevê, em seu art. 483, sete hipóteses de rescisão indireta do contrato de trabalho, quando o empregador incorrer em alguma dessas faltas consideradas graves pela legislação: exigência de serviços superiores à força do empregado, defesos por lei, contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato (alínea “a”); quando o empregado for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo (alínea “b”); quando o empregado correr perigo manifesto de mal considerável (alínea “c”); quando o empregador não cumprir as obrigações contratuais (alínea “d”); quando o empregador ou seus prepostos praticarem contra o empregado ofensas físicas, salvo em situações de legítima defesa própria ou de outrem (alínea “f”); quando o empregador reduzir o trabalho do empregado, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

(44) Discute-se na doutrina se, em caso de dispensa imotivada do atleta, lhe é devida a multa de 40% do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço). Com a universalização do sistema fundiário, determinado pela Constituição Federal de 1988 (art. 7º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil), não há mais opção oferecida ao trabalhador, quando de sua admissão, mas tão somente o sistema do FGTS, que tem por objetivo constituir um fundo, em favor do trabalhador, que poderá por ele ser soerguido em determinadas hipóteses legais (art. 20 da Lei n. 8.036/1990). No caso de dispensa imotivada, além do levantamento dos valores existentes na conta vinculado do FGTS, o trabalhador também levantará uma multa correspondente a 40% dos depósitos devidos, a ser efetivada pelo empregador, conforme determinação do art. 1º, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. No caso do atleta profissional, parte da doutrina e jurisprudência entende que referida multa não seria devida, pois o contrato de trabalho desta categoria de trabalhador é por prazo determinado

Antes, porém, da alteração legal promovida pela Lei n. 12.395/2011, havia a previsão na Lei n. 9.615/98 de uma cláusula penal, facultativa para as demais modalidades de desporto, mas obrigatória para a modalidade futebol. Essa cláusula, pela redação legal anterior (art. 28, § 3º, da Lei n. 9.615/98), seria livremente ajustada pelas partes para incidência em caso de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral, não podendo exceder o montante de cem vezes a remuneração anual do atleta, exceto em caso de transferência internacional, que não sofreria esse limite. Passou então a discutir-se se a referida cláusula penal teria incidência unilateral ou bilateral, ou seja, a cláusula penal em comento incidiria na rescisão contratual promovida por qualquer das partes ou somente quando a iniciativa do rompimento partisse do atleta. Depois de grande controvérsia prevaleceu a interpretação de que a referida cláusula penal seria devida somente quando a rescisão contratual era promovida pelo atleta, devendo este satisfazê-la ao seu empregador em rescisões antecipadas uma vez que, para o clube, já havia a previsão de multa

e, sendo assim, não teria direito à referida multa, mas tão somente à indenização prevista no art. 479 da CLT, ou seja, metade da remuneração a que o atleta teria direito até o termo do contrato (referida disposição legal não é mais aplicável ao atleta profissional tendo em vista a atual redação do art. 28, § 10, da Lei 9.615/98). Soma-se a isto o fato de que a Lei 12.395/2011, que alterou a Lei Pelé (Lei n. 9.615/98), ao prever que a cláusula compensatória seria devida ao atleta também na dispensa imotivada, estaria com isso excluindo a hipótese de aplicação da multa de 40% do FGTS ante a mesma natureza rescisória. Em sentido contrário, Rafael Teixeira Ramos assim se posiciona: “Em concisão, assentar o regime de depósitos do FGTS e podar a sua multa de 40% para os casos de despedida imotivada e despedida indireta, ainda mais sem previsão para tanto, seria algo disforme, digamos mesmo teratológico com o esposado nos contornos do art. 31 em tela, que expressivamente arrola em seu supramencionado *caput*... exigir a cláusula compensatória desportiva e os haveres devidos”. Sistemática Rescisória (Cláusulas Indenizatórias e Compensatórias) do Contrato de Trabalho Desportivo Brasileiro e sua relação com importantes institutos do passado e do presente. In: *Revista “Desporto e Direito”*, Coimbra, n. 28, p. 26, 2012.

rescisória conforme disciplinava o art. 31 da Lei n. 9.615/98⁽⁴⁵⁾.

Com a alteração da Lei n. 9.615/98, patrocinada pela Lei n. 12.395/2011, a controvérsia não mais subsiste. A cláusula penal agora é bilateral (cláusula indenizatória desportiva devida exclusivamente ao clube empregador e cláusula compensatória desportiva devida ao atleta). A primeira é paga à entidade de prática desportiva empregadora para proteger o investimento feito por ela no atleta e inibir a investida de outra entidade desportiva⁽⁴⁶⁾, sendo que a segunda tem por objetivo indenizar os prejuízos sofridos pelo atleta com o rompimento do contrato de forma imotivada por parte da entidade de prática desportiva ou por esta der causa ao término do contrato

por mora no cumprimento de suas obrigações contratuais.

Outra importante novidade introduzida pela Lei n. 12.395/2011 diz respeito à existência de responsabilidade solidária no pagamento da cláusula indenizatória desportiva. Como muito bem observa Rafael Teixeira Ramos⁽⁴⁷⁾, essa inovação legal foi inspirada pelo Regulamento do Estatuto e Transferência de Jogadores, da FIFA que prevê, em seu art. 17/2, a responsabilidade solidária do jogador com o terceiro interessado na ruptura contratual antecipada para fins de transferências internacionais. Nada mais justo que assim seja. Dessa forma, inibe-se a tentativa de investidas por parte de entidades de prática desportivas concorrentes, contribuindo com a permanência da competitividade e, ao mesmo tempo, caso de fato a transferência ocorra, procura minimizar o investimento realizado pelo antigo empregador⁽⁴⁸⁾.

(45) BELMONTE, Alexandre Agra. Organização do Desporto, da Justiça Desportiva e Principais Aspectos Jurídico-Trabalhistas da Relação de Trabalho do Atleta Profissional nos Planos Individual e Coletivo. In: *Direito do Trabalho Desportivo – Os Aspectos Jurídicos da Lei Pelé frente às Alterações da Lei n. 12.395/2011*. São Paulo: LTr, 2013. p. 45: “Para o TST, o entendimento predominante na época era o de que era dirigida ao atleta a cláusula penal prevista, porque, para o clube, já existia a previsão de multa rescisória estatuída no art. 31 e o objetivo da cláusula seria o de inibir que o atleta, depois do demorado e custoso investimento do clube, fosse assediado por outras entidades desportivas. Além do que multa rescisória do art. 31 da lei, em sua antiga redação, não se confundiria com a cláusula penal prevista no art. 28, que teria a natureza de indenização de ajuste previamente estabelecido pelas próprias partes. O valor da cláusula penal seria de livre estipulação até o montante máximo permitido em lei e a multa rescisória, prevista então apenas para o rompimento em caso de mora contumaz, ou seja, de resolução culposa, teria estipulação legal. Assim, seriam distintas as indenizações previstas na antiga redação da lei.”

(46) Alexandre Agra Belmonte entende também que referida cláusula penal (indenizatória desportiva) seria devida pelo atleta ao clube nas hipóteses de dispensa motivada, em virtude de falta grave praticada pelo atleta: “Em que pese o silêncio da lei a respeito, entendemos que a cláusula indenizatória também é devida na hipótese de rompimento do contrato por justa causa. Não faria sentido o atleta dar causa ao rompimento por um dos comportamentos previstos no art. 482, da CLT, levando a entidade desportiva à perda do investimento, sem qualquer compensação.” In: ob. cit., p. 45.

(47) RAMOS, Rafael Teixeira. Sistemática Rescisória (Cláusulas Indenizatória e Compensatória) do Contrato de Trabalho Desportivo Brasileiro e sua relação com importantes institutos do passado e do presente. In: *Revista “Desporto e Direito”*, Coimbra: Coimbra Editora, n. 28, p. 26, 2012.

(48) “A previsão do tipo de responsabilidade solidária acima ditada é provida da maior dignidade constitucional, na medida em que estipula regra reforçadora da justa indenização, boa-fé contratual, isonomia, razoabilidade, proporcionalidade e até dignidade da pessoa humana. Tudo isso, fundamentado nos parâmetros da *teoria do terceiro cúmplice* ou *doutrina efetiva das obrigações externas* (...). Tal previsibilidade encorpada na reafirmada teoria, tem o condão de ajustar a responsabilidade pelo pagamento da cláusula indenizatória desportiva à equipe terceira e ao jogador que, em conluio, procederam à ruptura contratual sem justa causa do contrato de trabalho desportivo, por ser fruto de um complô e a entidade empregadora aliciante está usufruindo do trabalho do atleta, portanto, nada será mais justo do que uma determinada responsabilização solidária do praticante com a própria equipe assediadora terceira. Assevere-se que, a equânime medida da responsabilidade solidária acaba por se refletir também na regulação equilibrada da economia desportiva, por ceder mais uma garantia de reparação ao clube empregador, detentor dos valores da cláusula indenizatória. Por outra banda, de forma indireta, repercute no bom prosseguimento normal da competição, pois uma entidade empregadora

No que diz respeito ao valor constante da cláusula de indenização desportiva, a Lei 9.615/98 estabelece que este seja de livre ajuste entre as partes e devidamente registrado no contrato especial de trabalho desportivo, sendo no limite máximo de até 2.000 (duas mil) vezes o valor médio do salário contratual, para as transferências nacionais e sem qualquer limitação para as transferências internacionais (art. 28, § 1º, I e II, da Lei n. 9.615/98); já o valor da cláusula compensatória desportiva, poderá também ser livremente pactuado pelas partes contratantes e também devidamente registrado em contrato especial de trabalho desportivo observando, no entanto, um limite máximo de 400 (quatrocentas) vezes o valor do salário mensal no momento da rescisão contratual e, como limite mínimo o valor total dos salários mensais a que teria direito o atleta até o término do referido contrato (art. 28, § 3º, da Lei n. 9.615/98).

A legislação portuguesa, no que diz respeito ao montante de indenização a ser paga em casos de rescisões contratuais antecipadas em razão de justa causa, seja ela promovida pelo praticante desportivo ou pelo empregador, também estabelece limites máximos, como se observa do art. 27º, n. 1, da Lei n. 28/98, dispositivo legal este que fora considerado inconstitucional, em parte, pelo Tribunal Constitucional, em julgamento de recurso obrigatório de fiscalização concreta de constitucionalidade, com base no art. 70º, “a”, “1”, da Lei do Tribunal Constitucional. Por ser relevante referido julgamento, notadamente as implicações que, a partir desta posição jurisprudencial, possam advir para as relações contratuais desportivas, é necessário que analisemos, com mais vagar, a questão posta. A Corte Suprema portuguesa foi instada a pronunciar-se sobre a declaração

terceira nem sempre correrá os riscos de arcar com uma possível responsabilidade solidária de cláusula indenizatória desportiva, servindo como verdadeiro desincentivo aos aliciamentos, assédios de jogadores empregados e inscritos por determinado time numa competição”. In: ob. cit., p. 26-27.

de inconstitucionalidade do art. 27º, n. 1, da Lei n. 28/98, exarada pelo Tribunal de Relação do Porto no Processo RP n. 200809220842844, em uma demanda proposta por um praticante desportivo profissional de basquetebol em face de seu empregador.

Entendeu o Tribunal de Relação do Porto que o referido dispositivo legal afronta o art. 13º da CRP, que consagra o princípio da igualdade, sob o fundamento de que “*quando interpretado no sentido de que a rescisão do contrato a termo operada pelo praticante desportivo, com fundamento em justa causa, apenas lhe confere uma indemnização que nunca pode ser superior às prestações a que ele tinha direito se acaso o contrato de trabalho apenas terminasse no seu termo*”. Aduz ainda que “*Acresce que o art. 27º n. 1 da Lei n. 28/98 ofende igualmente o art. 59º da Constituição da Republica Portuguesa. Com efeito, este preceito constitucional determina que o Estado-Legislador estabeleça as ‘condições mínimas’ de proteção aos trabalhadores. E necessariamente não podemos esquecer que essa proteção tem também a ver com os ‘mínimos indemnizatórios’ e que se mostram consagrados nos arts. 436º, 437º, 439, 440º e 443º, todos do Código do Trabalho. Ora, a norma do art. 27º n. 1 da Lei n. 28/98 não cumpre tal desiderato ao limitar a indemnização devida ao praticante desportivo*”, como se observa do relatório do Acórdão n. 199/2009, proferido pelo Tribunal Constitucional.

Na parte meritória, o Tribunal Constitucional, no exercício regulamentar de apreciação de arguição de inconstitucionalidade, resolveu confirmar a decisão outrora exarada pelo Tribunal de Relação do Porto, julgando inconstitucional a norma do art. 27º, n. 1, da Lei n. 28/98, na parte a que se refere ao limite máximo de indenização a ser paga ao praticante desportivo, quando este faz cessar o contrato de trabalho desportivo antes de seu prazo de término, em virtude de ato ilícito (justa causa) cometido pelo empregador.

Como se verifica do acórdão, chama atenção a declaração de inconstitucionalidade do art. 27º, n. 1, da Lei n. 28/98.

Pois bem. Para melhor situar a questão, transcreveremos o art. 27º, n.1 da Lei n. 28/98:

“1 – Nos casos previstos nas alíneas c) e d) do n. 1 do artigo anterior, a parte que der causa à cessação ou que a haja promovido indevidamente incorre em responsabilidade civil pelos danos causados em virtude do incumprimento do contrato, não podendo a indemnização exceder o valor das retribuições que ao praticante seriam devidas se o contrato de trabalho tivesse cessado no seu termo.”

Por outras palavras, o Acórdão declarou a inconstitucionalidade do art. 27º, n. 1, da Lei n. 28/98 em razão de não tratar de forma igual duas categorias de trabalhadores (o praticante desportivo e o trabalhador comum, sujeito às normas do Código do Trabalho), no que diz respeito à indenização devida em rescisão contratual antecipada de contrato a termo, procedida por ilicitude do empregador, vindo a ferir o Princípio da Igualdade, inserto no art. 13º da Constituição da República Portuguesa.

Nada obstante o elevado nível jurídico da decisão exarada, ousamos dela discordar. Antes, porém, de analisarmos os motivos que nos levam a discordar da declaração de inconstitucionalidade do art. 27º, n. 1, da Lei n. 28/98, cumpre salientar que, a despeito de a decisão em estudo efetuar remissões a dispositivos constantes do Código do Trabalho de 2003, a matéria em questão não sofreu profunda alteração, estando regulamentada (quanto ao patamar indenizatório) no art. 396º, n. 4, do atual Código do Trabalho; e que é fato incontroverso no Acórdão que a rescisão operada se deu por justa causa, em virtude de não pagamento de remunerações ao trabalhador (praticante desportivo), com suporte no art. 26º, n. 1, “d”, da Lei n. 28/98. Feitas essas observações, passemos, destarte, a fundamentar nossa divergência no aspecto da declaração da inconstitucionalidade, constante do R. Acórdão.

Tendo o Tribunal declarado a inconstitucionalidade do art. 27º, n. 1, da Lei n. 28/98, temos que ele utilizou-se do controle difuso de constitucionalidade, no processo de fiscalização concreta de normas jurídicas, também denominado “processo incidental ou acção judicial de inconstitucionalidade”⁽⁴⁹⁾. E, ao exercer, *ex officio*, o referido controle incidental de constitucionalidade, resolveu declarar a inconstitucionalidade do art. 27º, n. 1, da Lei n. 28/98, pelos fundamentos acima já mencionados.

O fundamento utilizado pelo Acórdão diz respeito ao tratamento diferenciado constante do art. 27, n. 1, da Lei n. 28/98, se considerarmos o trabalhador comum, nos casos de indenização de rescisão de contratos a termo por ato ilícito do empregador, afrontando a norma de igualdade constante do art. 13º da CRP. E, nesse particular, valho-me da lógica que o Acórdão tentou afastar: a de ser o contrato de trabalho desportivo uma situação especial. Com efeito. O princípio da igualdade deve ser aplicado na medida desta condição especial inerente à relação jurídica, inclusive como sendo uma regra protetiva do praticante desportivo. Segundo muito bem sustenta João Leal Amado⁽⁵⁰⁾, “*Já em sede de contrato de trabalho desportivo, como vimos, as coisas passam-se de forma bastante distinta, pois o legislador configurou este contrato como um contrato sujeito a um termo estabilizador, pelo que o princípio da demissão ad nutum, válido para os restantes dos trabalhadores dependentes, não vigora para o praticante desportivo profissional*”. Como se observa, dada a especificidade da profissão do praticante desportivo profissional, que não se assemelha à situação fática de um trabalhador normal, não se pode entender que o art. 27º, n.1, da Lei n. 28/98, viola ou afronta o art. 13º

(49) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. p. 982-983.

(50) AMADO, João Leal. *Temas Laborais 2*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 221.

da Constituição da República Portuguesa. Segundo Rui Barbosa⁽⁵¹⁾, consiste o princípio da igualdade em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualem”, lição esta também compartilhada pelo próprio Tribunal Constitucional, como se verifica do Acórdão n. 409/99 transcrito no corpo da decisão ora comentada. E não é sem menos que o próprio Código do Trabalho, em seu art. 9º (à época, art. 11º), estabelece que “Ao contrato de trabalho com regime especial aplicam-se as regras gerais deste Código que sejam compatíveis com a sua especificidade”, ou seja, “as regras gerais constantes do Código do Trabalho devem ser aplicadas, salvo quanto às particularidades justificadas pelos tipos contratuais em concreto”⁽⁵²⁾. E aqui reside o ponto central: não vislumbramos vício de inconstitucionalidade no art. 27º, n.1, da Lei n. 28/98, na hipótese considerada (no que diz respeito à indenização devida ao praticante desportivo em rescisão contratual antecipada de contrato a termo, procedida por ilicitude do empregador) uma vez que seria autorizar e chancelar a desnaturação deste contrato especial de trabalho, na medida em que desqualifica o termo estabilizador da relação, inerente a esta relação jurídica. Ora, se este termo estabilizador existe para justificar a proteção do desporto, da própria competição desportiva profissional assegurando a estabilização/manutenção da relação contratual durante o período temporal convencionado, certo é que a responsabilidade civil da parte inadimplente, quem tem na limitação indenizatória constante do art. 27, n. 1, da Lei n. 28/98 como sendo sua exteriorização, vem ao encontro dessa diretriz jurídica, pois objetiva, indireta e reflexivamente, ao efetivo cumprimento do contrato. Há ainda que ser

ponderado que, ao contrário daquilo que fora afirmado no Acórdão em análise, um juízo definitivo deve sim levar em consideração todo o arcabouço legal de um determinado diploma e não somente analisar isoladamente determinado dispositivo. Com a sempre permitida *vênia*, a análise pura e simples de um dispositivo legal, sem levar em consideração todo o diploma que leva à especificidade normativa de uma determinada categoria, por certo importará em desnaturar o arcabouço legal, atomizando-o e retirando dele a necessária sistematização que se procurou regular. Com efeito. Cumpre salientar que a regra inserida no art. 27º da Lei n. 28/98 também é aplicável nas hipóteses de despedimento por justa causa, de despedimento ilícito pelo empregador, de demissão sem justa causa pelo praticante desportivo, além da demissão com justa causa promovida pelo atleta, como podemos facilmente perceber dos demais incisos do art. 27º, ou seja, a responsabilidade civil prevista neste dispositivo legal leva em consideração também outras situações de rompimento contratual que passarão a ficar sem um devido regramento, com a declaração de inconstitucionalidade proferida ou, quiçá, com um regramento capenga, sem qualquer técnica jurídica. Se assim é, então ao declarar-se a inconstitucionalidade do dispositivo legal em análise, corre-se o risco de admitir-se que ao praticante desportivo poder-se-ia ser cobrada (*de lege ferenda*), por seu empregador, indenização prevista em cláusula contratual superior ao limite legal constante do art. 27º, n. 1, da Lei n. 28/98 (daí a razão de a indenização não poder exceder as retribuições vincendas, independentemente de quem seja o credor e daí a necessidade de haver regramento específico, empregando-se tratamento isonômico às partes contratantes), aplicando-se ao praticante desportivo o mesmo regramento legal previsto para os demais trabalhadores, exigindo-se do atleta a efetiva composição do dano, nos termos dos arts. 399º e 401º do Código do Trabalho, em valores por certo astronômicos e limitadores da liberdade

(51) BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*, proferida pelo jurista brasileiro para parainfar os formandos da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo.

(52) MARTINEZ, Pedro Romano. *Código do Trabalho Anotado*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 124. Obra Coletiva.

de trabalho, em total afronta ao princípio da proteção e às condições mínimas previstas constitucionalmente.

É sabido que nos contratos de trabalho desportivos, para dizer em quase sua totalidade, existem previsões contratuais com cláusulas exorbitantes de rescisão por parte do praticante desportivo, em situações de rescisões antecipadas, seja por fato imputado ao atleta, seja por rescisão antecipada (que sequer é admitida pela legislação). Neste cenário impor um limite à indenização a ser paga pelo praticante desportivo nada mais é do que garantir a este sua liberdade de trabalho, não o tornando preso à vontade do empregador quanto às vultosas multas contratuais, ao passo que, permitir a fixação de indenização em valor superior às parcelas vincendas, em favor do praticante desportivo, quando este rescinde o contrato por justa causa, poderá representar um perigoso retrocesso legal na proteção jurídica dessa categoria de trabalhadores. João Leal Amado⁽⁵³⁾ sustenta que:

“Julgo, com efeito, que, numa óptica jurídico-laboral, faz todo o sentido limitar, nesta sede, a responsabilidade indemnizatória a cargo do praticante desportivo demissionário. É que no regime geral do contrato de trabalho, vertido nos supramencionados preceitos do CT, o legislador salvaguarda a liberdade de trabalho e profissão do trabalhador, consagrando o princípio da livre denúncia do contrato pelo mesmo, quer nos contratos de duração indeterminada, quer nos contratos a termo (art. 447º) — atual art. 400º do CT. Assente o princípio da demissão ad nutum, a lei exige, tão só, que o trabalhador observe um compasso de espera quando decide demitir-se, obrigando-o a pré-avisar a entidade empregadora com uma certa antecedência (15, 30, 60 dias). Caso o trabalhador não respeite o prazo de aviso prévio requerido, então ele deverá pagar ao empregador uma indemnização igual à retribuição correspondente ao período de pré-aviso em falta, ‘sem

prejuízo da responsabilidade civil pelos danos eventualmente causados” ...

“Ora, a meu ver, se a lei, ao configurar este contrato — o contrato de trabalho desportivo — como um contrato sujeito a um termo estabilizador, introduz uma inegável e considerável restrição ao princípio da liberdade de trabalho, então é natural, é lógico — e, quiçá, exigível — que esse mesmo legislador, consciente da delicadeza dos valores envolvidos nesta operação restritiva de liberdades fundamentais, se preocupe com as possíveis consequências da rejeição do princípio da demissão ad nutum, procurando impedir que o montante indemnizatório a suportar pelo trabalhador demissionário se revele demasiado elevado, o que redundaria em tornar o praticante desportivo inteiramente refém do respectivo contrato de trabalho.”

Como se percebe da lição *supra*, a limitação da indenização constante do art. 27, n. 1, da Lei n. 28/98, em verdade, representa uma proteção ao praticante desportivo e — acrescentaríamos ainda —, por mais paradoxal que possa parecer, representa também uma proteção a este mesmo praticante desportivo naquelas situações em que a rescisão contratual opere antes de seu termo final quando promovida por ato ilícito do empregador, dada a peculiaridade e especificidade da relação jurídica do praticante desportivo, tendo em vista o risco iminente de alteração legislativa, igualando os atores sociais da relação, no que diz respeito à fixação da indenização a ser paga pela parte contratual que tiver dado azo ao rompimento contratual antes de seu prazo fatal. Há que se ponderar, ainda, a respeito da falta de técnica jurídica que restará às demais hipóteses de rescisão contratual do praticante desportivo, calcadas na indenização prevista no art. 27º da Lei n. 28/98, conforme mencionado acima.

Sendo assim, não se vislumbra inconstitucionalidade no mencionado dispositivo legal justamente por regrear situação específica, com contornos específicos, não sendo o caso de aplicação pura e simples da norma constante

(53) AMADO, João Leal. *Temas Laborais 2*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 221.

do Código do Trabalho (coibida, aliás, pelo art. 9º do CT), referente às indenizações de rescisões de contratos de trabalho a termo⁽⁵⁴⁾.

Muito comum no cenário desportivo, especialmente na modalidade futebol⁽⁵⁵⁾, a cláusula de opção (ou pacto de opção) “*consiste no acordo em que uma das partes se vincula à respectiva declaração de vontade negocial, correspondente ao negócio visado, e a outra tem a faculdade de aceitá-la ou não, considerando-se essa declaração da primeira uma proposta irrevogável*”⁽⁵⁶⁾. Como se observa da definição *supra* uma das partes vincula-se completamente no negócio jurídico sendo que a outra parte fica livre para participar ou não do contrato ou da proposta contratual, conferindo-lhe um verdadeiro direito potestativo de concluir, ou não, o contrato. A indagação que se faz é se este negócio jurídico é tutelado pela legislação.

(54) Em sentido contrário, Albino Mendes Baptista, em seu artigo “Indemnização pela ruptura ilícita do contrato de trabalho, art. 27º da Lei do Contrato de Trabalho Desportivo e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22 de Setembro de 2008”, publicado na *Revista do Ministério Público* (RMP), número 116, 2008, páginas 29 *usque* 56. Sustenta o eminente doutrinador que a decisão exarada pelo Tribunal da Relação do Porto andou muito bem em declarar, de forma incidental, a inconstitucionalidade do art. 27º da Lei n. 28/98, por violação aos princípios da igualdade e das “condições mínimas”, insertos nos arts. 13º e 59º, da Constituição da República Portuguesa. A esses argumentos acresce ainda o fundamento de que houve também ofensa ao princípio da justa indenização que, segundo sustenta, é extraído da conjugação do art. 1º da CRP (baseado na dignidade da pessoa humana) com o art. 2º da CRP (quando a Carta Magna afirma que a República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático), na medida em que a reparação dos danos não patrimoniais constitui uma imposição do princípio do Estado de direito democrático.

(55) AMADO, João Leal. *Temas Laborais 2*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 171: “Qualquer leitor, ainda que pouco atento, da imprensa desportiva sabe que esta não é uma questão meramente académica. O pacto de opção é profusamente utilizado no mundo do desporto profissional, em particular no futebol, existindo até clubes, segundo se lê na referida imprensa, que o adoptam como instrumento fulcral da sua ‘política de gestão pessoal’, apenas contratando praticantes com reserva de um direito de opção.”

(56) *Ibidem*, p. 170.

Segundo João Leal Amado⁽⁵⁷⁾, não. Assevera que o art. 18º/1, da Lei n. 28/98 fulmina de nulidade toda e qualquer cláusula inserida no contrato de trabalho desportivo com objetivo de limitar ou inibir a liberdade de trabalho do praticante desportivo depois do encerramento do contrato. E, sendo o pacto de opção um direito potestativo conferido, na hipótese, ao clube empregador, sustenta o eminente doutrinador que essa cláusula é limitadora da liberdade de trabalho do praticante desportivo, pois condiciona a realização de novo contrato à vontade exclusiva do tomador dos serviços. Salieta ainda, em defesa de sua tese, que tendo sido o despedimento livre banido no sistema jurídico português, em face do que dispõe o art. 53º da CRP, bem como o fato de que referida modalidade de dispensa não é contemplada pelo art. 26º da Lei n. 28/98, a existência de uma cláusula deste jaez seria ilegal (e ainda, inconstitucional), pois permitiria, por exemplo, que o clube denunciasse o contrato ao final de seu termo, na medida em que optaria em não se valer da cláusula de opção, que previa mais uma época de contrato⁽⁵⁸⁾⁽⁵⁹⁾.

(57) AMADO, João Leal, ob. cit., p. 172.

(58) AMADO, João Leal, ob. cit., p. 172-173: “Como é sabido, o art. 18º/1 da Lei n. 28/98 considera nulas as cláusulas inseridas em contrato de trabalho desportivo visando condicionar ou limitar a liberdade de trabalho do praticante após o termo do vínculo contratual. Ora, dir-se-á, esta disposição legal não releva em sede de pacto de opção, visto que, o que está em jogo é a própria duração da vinculação contratual do praticante, tratando-se de saber, tão só, quando termina tal vínculo (...). Todavia, ainda que assim seja, tal de modo nenhum significa, por si só, que este pacto de opção se mostre conforme com o nosso ordenamento jurídico. Com efeito, se bem repararmos, em termos substanciais, prático-econômicos, aquele exemplo equivale ao de um contrato de trabalho desportivo celebrado pelo prazo de três épocas, na qual se estipule que, no termo da sua segunda época de vigência, este será livremente denunciável pelo clube/empregador. Ora, sucede que uma tal cláusula de denúncia patronal *ad nutum* seria manifestamente inválida em sede de contrato de trabalho desportivo. O sistema do despedimento livre, *ad nutum*, foi proscrito pelo art. 53º da Constituição da República, tendo igualmente (e logicamente) sido rejeitado pela Lei n. 28/98: o contrato de trabalho desportivo não pode ser

Como se verifica, o pacto de opção asseme-lha-se, em muito, com a renovação auto-mática do contrato de trabalho desportivo, previsto contratualmente. E, em um primeiro momento, há que se considerar ilegal referida cláusula contratual pois, de certa forma, limita a liberdade de trabalho do atleta, princípio este consagrado tanto no ordenamento jurídico português, quanto no ordenamento jurídico brasileiro, conforme já mencionado algures.

No entanto, para que referido instituto (cláusula de opção ou renovação automática do contrato de trabalho) tenha validade jurídica, há que se supor que o desejo de se renovar o contrato não fique condicionado ao exercício da vontade de somente uma das partes, transformando-se em verdadeira condição

denunciado *ante tempus* pela entidade empregadora, a esta apenas sendo lícito proceder a despedimento colectivo, sempre com a necessária observância de um conjunto de garantias procedimentais para o trabalhador/praticante desportivo.”

- (59) Em sentido contrário, Albino Mendes Baptista, em seu artigo “Especificidades do contrato de trabalho desportivo e pacto de opção”, publicado na obra do mesmo autor denominada “Estudos sobre o Contrato de Trabalho Desportivo”, Coimbra Editora, páginas 44-45 e 59: “Com o devido respeito, entendemos que a questão deve ser colocada noutros termos. Trazer à colação o princípio da segurança no emprego, constitucionalmente consagrado, não nos parece ser uma forma de atingir o alvo. Em 1º lugar, porque este princípio está longe de ter o significado que tem na relação laboral comum. Por exemplo, a afirmação de que «o trabalho a termo é por natureza precário, o que é contrário de segurança», feita por J. Gomes Canotilho e Vital Moreira é completamente desajustada à realidade laboral desportiva, que só conhece, já o sabemos, a contratação a termo. Recorde-se que o termo é aqui estabilizador, que primou, de forma iniludível, sobre o princípio da liberdade de trabalho. O que está em causa no contrato de trabalho desportivo é sobretudo um problema de estabilidade contratual, em sentido bidirecional, uma vez que também o praticante desportivo está impedido de romper *ad nutum* a relação de trabalho (...) O que sucede no pacto de opção estabelecido em benefício do clube não é um condicionamento ou limitação da liberdade de trabalho, após o termo do vínculo, sendo antes um mecanismo, previamente aceite, de prorrogação contratual. Não estamos, pois, face a um problema de liberdade de trabalho”

potestativa pura, uma vez que dependente exclusivamente do arbítrio de uma das partes. Em nosso juízo, para que referida cláusula tenha validade, em ambos os ordenamentos jurídicos, esta deverá ser firmada dentro do princípio da boa-fé objetiva quando da assinatura do contrato (levando-se em consideração, por exemplo, a aceitação do atleta no mercado de trabalho desportivo, existência de lesões que poderiam dificultar a contratação, dentre outros elementos objetivos), não podendo restar caracterizada a figura da condição puramente potestativa. Por outras palavras, as bases dessa renovação, ou dessa opção contratual, devem ser definidas de forma clara, com estipulação prévia de bases salariais, de prazo (devendo ser observado o limite legal). Sem a existência desta boa-fé contratual por certo a cláusula de renovação automática do contrato de trabalho desportivo, ou de opção, será nula de pleno direito, por impor limitação à liberdade de trabalho do praticante desportivo.

Cumprе salientar que, nada obstante o ordenamento jurídico brasileiro, conforme já visto, agasalhar o princípio da liberdade de trabalho do atleta profissional, não pode ser considerado ilegal o disposto no art. 29, *caput*, bem como o disposto em seu § 7º, da Lei n. 9.615/98. Versam esses dispositivos, respectivamente, sobre o direito conferido à entidade de prática desportiva formadora do atleta de firmar-se o primeiro contrato especial de trabalho desportivo, bem como o direito de preferência na primeira renovação contratual. E isso por dois motivos: o primeiro, de ordem protetiva do clube formador do atleta pois ninguém nega que aquele, na formação do atleta, tem altos gastos com investimento nas categorias de base, como preparação física, assistência médica, além de oferecer a oportunidade de prática da profissão devendo, em razão disto, ter direito a firmar o primeiro contrato profissional, bem como de preferência na primeira renovação contratual; e o segundo motivo, de ordem jurídica, uma vez que, em que pese o direito na 1ª contratação do jovem atleta e o

direito na 1ª renovação contratual deste mesmo jovem atleta, a este não é imposto firmar o contrato ou aceitar a renovação contratual. E isso porque a Lei n. 9.615/98 prevê possibilidade de pagamento de uma indenização à entidade de prática desportiva formadora, caso o atleta decida não formalizar o contrato ou não renová-lo, como se infere dos §§ 5º e 11º do art. 29, ou seja, não há uma imposição legal a ponto de ceifar a liberdade de trabalho deste jovem atleta, mas tão somente um mecanismo legal de salvaguardar o alto investimento realizado pela entidade de prática desportiva na formação do atleta⁽⁶⁰⁾.

(60) No mesmo sentido, BELMONTE, Alexandre Agra. Organização do Desporto, da Justiça Desportiva e Principais Aspectos Jurídico-Trabalhistas da Relação de Trabalho do Atleta Profissional nos Planos Individual e Coletivo. In: *Direito do Trabalho Desportivo – Os Aspectos Jurídicos da Lei Pelé frente às Alterações da Lei n. 12.395/2011*. São Paulo: LTr, 2013. p. 43: “Visando a proteção do clube que investe na formação do jovem atleta em categorias de base, com assistência médica, preparação física e oportunidade de prática da profissão, terá a entidade e prática desportiva o direito de assinar com o atleta que contar com pelo menos dezesseis anos de idade, o primeiro contrato profissional, cujo prazo não poderá superar a cinco anos (art. 29, *caput*, com a redação da Lei n. 10.672/2003).” A lei, no entanto, prevê uma compensação, correspondente ao ressarcimento à entidade ou clube formador, do custo tido com a formação do jovem atleta, nos limites estabelecidos § 5º, I, do art. 29 da Lei Pelé, ou seja, caso fique impossibilitada de assinar o primeiro contrato especial de trabalho desportivo por oposição do atleta ou ele venha a transferir-se para outro clube no curso do contrato, a entidade formadora poderá exigir do novo empregador indenização de formação, limitada ao montante correspondente a 200 (duzentas) vezes os gastos comprovadamente efetuados com a formação do atleta, especificados no coque não poderá exceder dos valores previstos em lei. Assim, se houve previsão de cláusula penal, ela não incidirá, e sim a indenização de formação. Por outro lado, a entidade de prática desportiva formadora detentora do primeiro contrato de trabalho com o atleta por ela profissionalizado terá o direito de preferência para a primeira renovação do contrato, cujo prazo não poderá ser superior a três anos, salvo se para equiparação de proposta de terceiro (§ 7º, do art. 29, da Lei Pelé). “Direito de preferência não é obrigação, pelo que o atleta fica livre para negociar contratos mais vantajosos, desde que a entidade formadora, como já observado, venha a ser ressarcida do investimento feito no jovem atleta.”

6. Remuneração e a questão do direito de imagem: situação legal em Portugal e no Brasil

Neste tópico, por razões óbvias, não será abordado o *quantum* pago aos praticantes desportivos que atuam em Portugal e no Brasil mas, sim, de que forma são estabelecidas essas remunerações, por meio de quais fontes e se, de fato, há poder negocial por parte dos atletas.

E, dentro deste roteiro, a primeira abordagem a ser realizada diz respeito à (in)existência de negociação coletiva neste setor. Ambas as legislações (Lei n. 28/98 em Portugal e Lei n. 9.615/98 no Brasil) trazem em seu bojo alusões à negociação coletiva, podendo ser citados, *verbi gratia*, os arts. 5º, I; 10º, 2; 18º, 2 e 3; 30º, da Lei n. 28/98 e os arts. 27-B; 42, § 1º; 90-C, da Lei n. 9.615/98.

No entanto, nada obstante as previsões legais, uma análise comparativa dos cenários jurídicos de Portugal e Brasil demonstra que a negociação coletiva se faz mais presente no primeiro país. E isso talvez pela maior vivência e, conseqüentemente, experiência existentes, de entabular negociações coletivas em Portugal, aliado ao fato de um sistema sindical mais libertário quanto à existência das entidades sindicais (princípio da liberdade sindical, agasalhando o pluralismo sindical, como se percebe do art. 55º da Constituição da República Portuguesa), não vigorando o princípio da unicidade sindical (ao contrário do que ocorre no Brasil como se depreende do art. 8º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil) que muito inibe o surgimento de associações de classe mais combativas. Neste sentido, há no cenário jurídico português um contrato coletivo de trabalho firmado entre a Liga Portuguesa de Futebol Profissional e o Sindicato dos Jogadores Profissionais de Futebol, de abrangência nacional, que estabelece diversas normas regulativas da categoria, prevendo vários direitos e deveres das partes, inclusive de remuneração mínima (art. 32º da CCT), dependendo da divisão nacional que o praticante desportivo dispute.

Infelizmente essa cultura de entabular negociação coletiva na área do trabalho desportivo no Brasil ainda não alcançou largo voo⁽⁶¹⁾. Com raríssimas exceções ainda não há no cenário jurídico brasileiro normas coletivas prevendo, por exemplo, patamares mínimos de remuneração, ou então normas negociadas pelos atores sociais coletivos prevendo regramento de pagamento de direitos de imagens dos atletas, bem como outras situações laborais, tais como jornadas de trabalho, adicional noturno, férias, etc. Todas essas questões ficam relegadas para aplicação da legislação, especial (Lei n. 9.615/98) ou comum (naquilo que não for incompatível com as disposições especiais, conforme previsão do art. 28, § 4º, da Lei n. 9.615/98), em que pese o terreno desportivo

(61) VILLELA, Goulart Fábio. A Negociação Coletiva no Contrato Desportivo: Realidade ou Falácia? In: *Direito do Trabalho Desportivo – Os Aspectos Jurídicos da Lei Pelé frente às Alterações da Lei n. 12.395/2011*. São Paulo: LTr, 2013. p. 323-324: “A título de conclusão deste breve estudo, passemos à indagação que intitula o presente artigo: a negociação coletiva no contrato desportivo é uma realidade ou uma falácia?

Seria muita presunção respondermos de forma imediata a esta pergunta, já que somente com o passar do tempo é que poderemos verificar se essa realidade da via negocial coletiva, ainda que de maneira incipiente, na legislação desportiva, vai realmente se efetivar no plano das relações individuais e coletivas *in concreto*, promovendo a melhoria das condições de trabalho e de vida dos atletas profissionais, com ampliação do patamar mínimo civilizatório de direitos fixado pela ordem jurídica, bem como assegurar o aprimoramento e o desenvolvimento das entidades de prática desportiva, de forma que possam melhor organizar, estruturar e dirigir a sua atividade econômica, sem ingerência de agentes econômicos que interfiram na própria dinâmica empresarial.

O grau de intervenção estatal nas relações de trabalho não depende apenas do sistema econômico adotado, mas da possibilidade real dos sindicatos, por meio da negociação coletiva, estipularem condições adequadas de trabalho ou a complementação da base mínima fixada em lei. O intervencionismo estatal nas relações de trabalho reduz-se na razão inversa do fortalecimento da organização sindical.

Assim sendo, o sucesso da negociação coletiva na promoção do progresso do desporto nacional do ponto de vista das relações de trabalho dependerá diretamente da legitimidade da atuação representativa dos próprios sujeitos coletivos.”

ser propício para a autorregulação, como demonstra Alexandre Agra Belmonte⁽⁶²⁾. Sendo assim, existe um vazio normativo de normas de natureza autônoma no Brasil, até o presente momento, prevendo patamar remuneratório mínimo para os atletas de futebol, aplicando-se a estes a mesma regra das categorias inorganizadas quanto ao salário mínimo estatal, previsto em lei federal (art. 6º, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil)⁽⁶³⁾, ficando a questão remuneratória objeto de negociação

(62) BELMONTE, Alexandre Agra. Organização do Desporto, da Justiça Desportiva e Principais Aspectos Jurídico-Trabalhistas da Relação de Trabalho do Atleta Profissional nos Planos Individual e Coletivo. In: *Direito do Trabalho Desportivo – Os Aspectos Jurídicos da Lei Pelé frente às Alterações da Lei n. 12.395/2011*. São Paulo: LTr, 2013. p. 61-62: “Ora, num esporte coletivo alguns atletas só podem demonstrar qualidades excepcionais se forem servidos pelo trabalho desempenhado pelo restante da equipe. Logo, revela-se socialmente injusto o tratamento individual especial em relação a cláusulas contratuais que devem ter aplicação igualitária no espetáculo, a exemplo do direito de arena. Por outro lado, a prática do desporto impõe o ajuste das condições de trabalho à realidade da prática desportiva: viagens, pré-temporadas, treinos, concentração, preparação tática, psicológica e física para a obtenção de alto rendimento e acréscimos remuneratórios. As características especiais do contrato de trabalho desportivo (e não do contrato desportivo de trabalho) geram, portanto, campo propício para a negociação coletiva, principalmente nos esportes de equipe, em que alguns atletas se sobressaem mais do outros (...). Como o limite da duração semanal é de 44 horas, que devem incluir jogos, treinos, pré-temporadas, viagens e preparação física, a negociação coletiva visando a distribuição de acordo com a realidade da prática desportiva é uma necessidade. Aqui, como não se exige convenção coletiva, o acordo coletivo pode ser uma boa solução, que atenda os interesses dos atletas e da entidade desportiva à qual filiado. Por outro lado, não se justifica, nos esportes coletivos, tratamento diferenciado em relação aos acréscimos remuneratórios pela participação em jogos, treinos, pré-temporadas e viagens.”

(63) Art. 6º, IV, “da Constituição da República Federativa do Brasil: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:... IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.”

direta com o empregador, por intermédio do próprio atleta ou seu procurador/empresário.

No que diz respeito ao direito de imagem, as Constituições de ambos os países, Portugal e Brasil, têm previsão expressa. Na Carta Política Portuguesa, o direito está previsto no art. 26^o/1⁽⁶⁴⁾, sendo que na Constituição Brasileira o direito repousa no art. 5^o, incisos V, X e XXVIII⁽⁶⁵⁾. Também os respectivos Códigos Civis trazem normas sobre o direito à imagem, sendo o Código Civil Português em seu art. 79^o e o Código Civil Brasileiro em seu art. 20^o⁽⁶⁶⁾.

Como se percebe da análise dos dispositivos legais acima mencionados, há, em ambos sistemas jurídicos, a preocupação de se proteger a imagem dos cidadãos, de modo a não permitir sua exploração sem o devido consentimento.

(64) Art. 26^o, 1 da Constituição da República Portuguesa: “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer forma de discriminação.”

(65) Art. 5^o da Constituição da República Federativa do Brasil: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...) XXVIII – são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.”

(66) Art. 20^o do Código Civil Brasileiro: “Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama, ou a responsabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa protecção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.”

A doutrina, praticamente de forma unânime, demonstra que o direito de imagem está diretamente ligado ao Direito da Personalidade que “*visa conferir protecção ao ser humano naquilo que lhe é próprio e também às suas emanações e projeções para o mundo exterior, sendo o Direito à Imagem, um direito da personalidade, assim classificado como um direito essencial, absoluto, oponível erga omnes, geral, irrenunciável, imprescritível, inexpropriável, impenhorável*”⁽⁶⁷⁾.

Como bem salientar Maurício de Figueiredo Corrêa da Veiga⁽⁶⁸⁾, “*o direito de imagem possui uma característica peculiar que o difere dos demais direitos da personalidade que é o conteúdo patrimonial, passível de exploração econômica*”.

E, tendo em vista essa peculiar característica, bem como a natureza do trabalho desempenhado pelo praticante desportivo, nomeadamente no futebol, o direito de imagem tem uma incidência total na relação jurídica vivenciada pelo praticante desportivo profissional e pela entidade de prática desportiva empregadora.

A legislação portuguesa traz, em seu art. 10^o⁽⁶⁹⁾, o regramento sobre a exploração do direito de imagem do praticante desportivo onde se verifica, claramente, que compete ao praticante desportivo autorizar, ou não,

(67) AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz, em sua obra *Direito à Própria Imagem*, citado por VEIGA, Maurício de Figueiredo Corrêa da, em seu artigo escrito “Direitos Conexos: Direitos de Imagem e de Arena. Fraude”. In: *Direito do Trabalho Desportivo – Os Aspectos Jurídicos da Lei Pelé frente às Alterações da Lei n. 12.395/2011*. São Paulo: LTr, 2013. p. 242.

(68) VEIGA, Maurício de Figueiredo Corrêa da. Direitos Conexos: Direitos de Imagem e de Arena. Fraude. In: *Direito do Trabalho Desportivo – Os Aspectos Jurídicos da Lei Pelé frente às Alterações da Lei n. 12.395/2011*. São Paulo: LTr, 2013. p. 242.

(69) Art. 10^o da Lei n. 28/98: “1 – Todo o praticante desportivo profissional tem direito a utilizar a sua imagem pública ligada à prática desportiva e a opor-se a que outrem a use ilicitamente para exploração comercial ou para outros fins económicos. 2 – Fica ressalvado o direito de uso de imagem do colectivo dos praticantes, o qual deverá ser objecto de regulamentação em sede de contratação colectiva.”

a utilização de sua imagem ligada à prática desportiva, ressaltando-se tão somente a utilização do direito de imagem do coletivo dos praticantes desportivos, conforme previsão em instrumento normativo⁽⁷⁰⁾. E, nesse diapasão, os atores sociais coletivos de fato negociaram o “direito de imagem”, estando hoje também previsto no art. 38º do contrato coletivo de trabalho firmado entre a Liga Portuguesa de Futebol Profissional e o Sindicato dos Jogadores Profissionais de Futebol onde, dentre outras previsões, consta também que fica ressaltado o direito de uso da imagem do coletivo dos jogadores de uma mesma equipe por parte do respectivo clube ou sociedade desportiva, aproximando-se aqui do direito de arena (art. 38º, 3, da CCT); há ainda a previsão de que o jogador poderá ceder o direito de uso e exploração de sua imagem, no plano individual, para o seu empregador (art. 38º, 2, da CCT).

Importante frisar que o art. 31º do contrato coletivo de trabalho acima mencionado estabelece que “*consideram-se como retribuição todas as prestações, em dinheiro ou em espécie, recebidas pelo jogador, como contrapartida do exercício da sua atividade, salvo as exceções previstas na lei*”. Mesma noção de retribuição traz o Código do Trabalho, em seu art. 258º/1 que expressamente dispõe: “*Considera-se retribuição a prestação a que, nos termos do contrato, das normas que o regem ou dos usos, o trabalhador tem direito em contrapartida do seu*

(70) AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho Desportivo Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 41: já sob égide da anterior legislação que regulamentava a atividade do praticante desportivo (Decreto-lei n. 305/95), chamava a atenção para o fato de que o melhor seria que a matéria (direito de imagem) fosse regulamentada via contratação coletiva, ante o inevitável estreitamente entre desporto de publicidade. Àquela ocasião o eminente doutrinador assim lecionava: “O progressivo, e porventura inelutável, estreitamento dos laços entre desporto e publicidade – o desporto encontra-se hoje fortemente penetrado pela publicidade, quando não tomado por ela – faz com que toda essa matéria assuma contornos particularmente complexos, porventura a merecer adequada regulamentação ao nível da contratação colectiva”.

trabalho”, o que equivale a dizer que para uma determinada parcela ser considerada retribuição e, a partir daí, ter a proteção jurídica que a lei confere, necessariamente tem que haver a qualificação retributiva, ou seja, ser devida em razão do trabalho prestado. Nesse sentido, faz excluir da base remuneratória o valor recebido a título de “direito de imagem”, devidamente negociado pelo praticante desportivo com seu clube-empregador, ante a nítida natureza civil do referido contrato e também em razão do fato de que a parcela não é devida pelo trabalho prestado (de praticante desportivo, enquanto empregado), mas, sim, da imagem que este atleta possui, não tendo uma relação direta com o contrato de trabalho. Com efeito. Por meio deste acordo de vontades, o praticante desportivo, de forma expressa, cede ao seu empregador o direito do uso da imagem para que este possa explorá-la em suas campanhas promocionais, não possuindo natureza salarial o valor recebido. No entanto, há se frisar que deve existir por parte do praticante nítida vontade em ceder o direito de uso de sua imagem, sem a qual o contrato será nulo e o valor recebido deverá compor a remuneração, ante a redação do art. 31º, acima transcrito, bem como o art. 258º e seus incisos, do Código do Trabalho.

Idêntica situação legal ocorre no cenário jurídico brasileiro no que diz respeito à conceituação da remuneração. Estabelece o art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que “*Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber*”.

“§ 1º Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.”

Como se verifica, a legislação brasileira também traz a noção de qualificação retributiva, ou seja, será considerado salário toda e qualquer parcela paga pelo empregador ao

empregado, em contrapartida ao labor prestado e em decorrência da existência de um contrato de trabalho. Caso a parcela seja paga ao empregado sem que tenha uma relação direta com o contrato de trabalho, não apresentará natureza salarial, ante a falta de “contrapartida” ou “qualificação retributiva”.

Muito se discutiu na doutrina e, principalmente, na jurisprudência brasileira a natureza da parcela paga aos atletas a título de “direito de imagem”. Como muito bem demonstra Jorge Miguel Acosta Soares⁽⁷¹⁾, o “contrato de imagem” surgiu para os dirigentes de clubes brasileiros como sendo a “solução” para a redução dos custos com a folha salarial de seus jogadores de futebol⁽⁷²⁾. A fraude nesses contratos era cristalina: não se exigia qualquer contraprestação do atleta, no que dizia respeito à utilização de sua imagem e os valores pagos a este título eram muito superiores àquele reconhecido e assinado na carteira de trabalho como salário, ou seja, referido “contrato de imagem” não estava remunerando a cessão do direito do uso da imagem do atleta, mas, sim,

remunerando este pelo trabalho de jogador de futebol profissional, sem que o clube tivesse que recolher os impostos e as contribuições previdenciárias do valor “de imagem”, em verdadeira fraude aos direitos do atleta e também do fisco e previdência social. Em alguns contratos, havia a previsão de utilizar a imagem do jogador na construção do estádio do clube, fato este que jamais ocorreu e muito menos propaganda neste sentido fora realizada, servindo o “contrato de imagem” como simulação, com o objetivo de fraude, a fim de escamotear o real salário pago ao atleta. Nessa hipótese, declarava-se fraudulento o contrato de imagem, bem como a natureza salarial do valor recebido a este título; como as parcelas de “imagem” estavam em atraso superior ao legalmente previsto (art. 31º da Lei n. 9.615/98, que considera mora salarial o fato de o clube não pagar, no todo ou em parte, o salário do atleta por um período igual ou superior a três meses)⁽⁷³⁾, rescindia-se indiretamente o contrato

(71) SOARES, Jorge Miguel Acosta. *Direito de Imagem e Direito de Arena no Contrato de Trabalho do Atleta Profissional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012.

(72) SOARES, Jorge Miguel Acosta, ob. cit., p. 107: “A alternativa para a grande maioria dos dirigentes, apaixonados e amadores gestores, foi a redução de seus custos. Contudo, a folha salarial tornou-se um problema insolúvel, visto que os parâmetros das contratações passaram a ser dados pela realidade e pela demanda do exterior. Uma das soluções adotadas foi reproduzir aqui o instituto da licença de uso de imagem dos jogadores sem, contudo, levar em conta que a realidade brasileira era completamente diferente daquela vivida pelos clubes europeus. Tentando reduzir os gastos, começou-se a utilizar o “contrato de imagem”, instrumento que em nada guardava semelhança com a licença feita no exterior. Os jogadores, no momento da contratação, passaram a assinar em paralelo outro documento, o “contrato de imagem”, quase como um acessório do contrato de trabalho. Sua finalidade essencial, desde que começou a ser largamente utilizado, foi dividir a remuneração do jogador em duas partes, que, supostamente, teriam naturezas distintas. Assim, passaram a conviver, lado a lado, o contrato de trabalho, com sua natureza salarial, e o “contrato de imagem”, cuja natureza aparentemente seria cível”.

(73) A propósito, sobre este tema, tivemos a oportunidade de proferir uma das primeiras sentenças no Brasil envolvendo a fraude ora analisada, quando ainda era juiz do trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo), caso este trazido à baila por Jorge Miguel Acosta Soares, em sua obra *Direito de Imagem e Direito de Arena no Contrato de Trabalho do Atleta Profissional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 117-118: “A jurisprudência, paralelamente ao reconhecimento da fraudulenta contratação do Direito de Imagem, também passou a reconhecer que os atrasos dessas parcelas ensejavam a rescisão indireta do contrato de trabalho do atleta, com base no art. 31, da Lei n. 9.615/98. Uma das primeiras decisões neste sentido ocorreu no processo do atleta Luiz Carlos Goulart, “Luizão”, contra o Sport Club Corinthians Paulista (...). Em sua sentença, o juiz da 12ª Vara do Trabalho de São Paulo, Dr. Glener Pimenta Stroppa, considerou os três contratos – simultâneos, paralelos e todos com cláusula de exclusividade – fraudulentos. Declarou rescindido o contrato de trabalho, condenou a entidade desportiva a pagar todas as “verbas de imagem” atrasadas, além dos seus reflexos salariais. A mesma condenação foi confirmada pelo Tribunal Regional do Trabalho (TRT): ATLETA PROFISSIONAL. JOGADOR DE FUTEBOL. DIREITO DE IMAGEM. NATUREZA JURÍDICA DA PARCELA. É manifestamente salarial a natureza jurídica da parcela denominada “direito de imagem” paga ao atleta pelo Clube que detém o seu atestado liberatório, uma vez que, assim como o salário *stricto sensu*, tem como único fato gerador a contraprestação

de trabalho desportivo, por via judicial, ficando o jogador livre para negociar com outro clube.

No entanto, com o objetivo de fazer cessar discussões judiciais acerca da natureza jurídica dos “contratos de imagem”, foi introduzido na Lei n. 9.615/98 o art. 87-A, por alteração imprimida pela Lei n. 12.395/2011: “Art. 87-A. O direito ao uso de imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo.”

Como se percebe, pela atual redação legal, não se pode mais denunciar os contratos de imagem como sendo simulacros de fraude ao contrato especial de trabalho desportivo. A partir de então pode uma entidade de prática desportiva, perfeitamente, contratar um jogador de futebol e dividir sua remuneração em dois contratos, um de trabalho, registrado em carteira profissional, e outro de imagem, com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o primeiro contrato, de trabalho. Nada obstante a nova fórmula legal, deve se atentar para duas questões: quais obrigações específicas seriam estas e qual o percentual desse contrato de imagem sobre o total da remuneração do atleta. Como muito bem leciona Jorge Miguel Acosta Soares, “*não são questões apenas diletantes e doutrinárias, mas problemas concretos que irão demonstrar se o “contrato de imagem”, a despeito do que diz a lei, é efetivamente um contrato de Cessão de Imagem, verdadeiro, elaborado de acordo com os princípios gerais dos Direitos da Personalidade,*

pela atividade laborativa do trabalhador. ACORDAM os Juizes da 4ª TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em: por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares arguidas; no mérito, por igual votação, negar provimento aos recursos do clube reclamado e do INSS, terceiro interessado, mantendo-se, no mais, o valor arbitrado na origem para a condenação.” (Tribunal Regional do Trabalho (TRT) 2ª Região – PROCESSO TRT/SP N.: 00321200201202003 ACÓRDÃO n. 20040338830 – RECURSO ORDINÁRIO – 12 VT de São Paulo.)

ou apenas uma fraude que ganhou o status de “legal”⁽⁷⁴⁾.

Como se percebe, nada obstante a previsão legal, a casuística é que irá dizer se, de fato, os contratos de imagem vêm sendo utilizados de maneira correta, com efetiva cessão do direito do uso de imagem ou se, ao contrário, permanecem a encobrir ilegalidades, mascarando-se a parte remuneratória do atleta profissional e sonegando impostos e contribuições previdenciárias devidas ao fisco e à entidade autárquica de previdência social.

7. Conclusão

A atividade profissional dos praticantes desportivos (denominação utilizada em Portugal) ou dos atletas (denominação utilizada no Brasil), desperta especial interesse da quase totalidade das pessoas ao redor do mundo. Seja em razão do amor ao esporte (em especial, ao futebol), seja em razão da própria prática amadora (no sonho de igualar-se ao ídolo) ou então até mesmo em decorrência da natural curiosidade da vida glamorosa que alguns desportistas desfrutam, aguçando a atenção de muitos.

Um estudo comparado entre dois sistemas jurídicos semelhantes mas que, com as devidas peculiaridades, guardam suas distinções — designadamente quanto à evolução legislativa, bem como quanto à conceituação do desportista profissional —, é altamente gratificante, a fim de demonstrar como são tratados pelas respectivas ordens jurídicas alguns institutos importantes afeitos ao praticante desportivo profissional (ou atleta profissional).

Verifica-se que em ambos os sistemas jurídicos é prestigiado o princípio da liberdade de trabalho, com esteio nas respectivas normas constitucionais e também nas legislações específicas, mormente quando extinto o contrato especial de trabalho desportivo, apesar do

(74) SOARES, Jorge Miguel Acosta. *Direito de Imagem e Direito de Arena no Contrato de Trabalho do Atleta Profissional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 120.

diferente caminho legal que percorreram até a legislação atual, cada um com seus percalços e inquietações de natureza política.

Viu-se, ainda, como os respectivos ordenamentos jurídicos tratam de forma distinta as hipóteses de rescisão contratual, nada obstante a natureza do contrato ser a mesma, de prazo determinado. Nesse terreno, observa-se interessante discussão sobre a legalidade, ou não, das indenizações de transferência, sua adequação ao princípio da liberdade de trabalho, assim como o pacto de opção, apresentando grande indagação jurídica acerca da compatibilidade com o princípio mencionado.

No aspecto remuneratório e de cessão do direito do uso de imagem, talvez a principal diferença. No plano jurídico português, a negociação coletiva atua como fator importante na pacificação dos interesses antagônicos, regulamentando praticamente todos os direitos e deveres das partes envolvidas, sendo este um importante mecanismo de solução dos conflitos e pacificação social. Já no campo brasileiro a negociação coletiva é incipiente neste ramo, havendo pouquíssimas normas coletivas e, mesmo assim, quando existentes, apenas atuando de forma setorial, sem uma maior abrangência nacional.

Na cessão do direito do uso da imagem, em que pese o fato de existir proteção legal do direito em si, verificou-se que a fraude encontrou um maior campo de atuação pelos lados brasileiros, a fim de escamotear uma obrigação legal de recolhimentos de impostos e contribuições previdenciárias, com objetivo de onerar menos a folha de pagamento, situação esta combatida diariamente nas lides forenses.

8. Referências bibliográficas

Acórdão n. 199/2009 proferido pelo Tribunal Constitucional. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli. *Direito à Própria Imagem*.

AMADO, João Leal. Desporto, Direito e Trabalho: uma Reflexão sobre a Especificidade do Contrato de Trabalho Desportivo. In: *Direito do Trabalho*

Desportivo – Os Aspectos Jurídicos da Lei Pelé frente às Alterações da Lei n. 12.395/2011. São Paulo: LTr, 2013.

_____. O Caso Bosman e a indemnização de promoção ou valorização. In: *Revista “Questões Laborais”*, Coimbra: Coimbra Editora, ano III, 1996.

_____. O novo regime do contrato de trabalho desportivo e as idemnizações de transferência. In: *Revista “Questões Laborais”*, Coimbra: Coimbra Editora, ano V, 1998.

_____. *Vinculação versus Liberdade*. [O Processo de Constituição e Extinção da Relação Laboral do Praticante Desportivo]. Coimbra: Coimbra Editora, 2002;

_____. *Temas Laborais 2*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. O Caso Bosman e a indemnização de promoção ou valorização. In: *revista “Questões Laborais”*, Coimbra, Coimbra Editora, ano III, 1996.

_____. *Temas Laborais 2*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. O novo regime do contrato de trabalho desportivo e as indemnizações de transferência. In: *Revista “Questões Laborais”*, Coimbra: Coimbra Editora, ano V, 1998.

BAPTISTA, Albino Mendes. Indemnização pela ruptura ilícita do contrato de trabalho, artigo 27º da Lei do Contrato de Trabalho Desportivo e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22 de Setembro de 2008. In: *Revista do Ministério Público (RMP)*, n. 116, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. *As Relações de Trabalho no Espetáculo*. São Paulo: LTr, 2003.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*, proferida pelo jurista brasileiro para paraninfar os formandos da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo.

BELMONTE, Alexandre Agra. Organização do Desporto, da Justiça Desportiva e Principais Aspectos Jurídico-Trabalhistas da Relação de Trabalho do Atleta Profissional nos Planos Individual e Coletivo. In: *Direito do Trabalho Desportivo — Os Aspectos Jurídicos da Lei Pelé frente às Alterações da Lei n. 12.395/2011*. São Paulo: LTr, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed.

ECO, Humberto. *A Conversa Desportiva – Viagem na realidade quotidiana*. Lisboa: Difel, 1986, citado por AMADO, João Leal. Desporto, Direito e Trabalho: uma Reflexão sobre a Especificidade do Contrato de Trabalho Desportivo. In: *Direito do Trabalho Desportivo – Os Aspectos Jurídicos da Lei Pelé frente às Alterações da Lei n. 12.395/2011*, São Paulo: LTr, 2013.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

MIGUEL, Ricardo Georges Affonso. Atleta: Definição, Classificação e Deveres. In: *Direito do Trabalho Desportivo – Os Aspectos Jurídicos da Lei Pelé frente às Alterações da Lei n. 12.395/2011*. São Paulo: LTr, 2013.

RAMOS, Rafael Teixeira. Direito do Trabalho Desportivo: Profissionalismo, Contrato Laboral Desportivo, as Partes da Relação Empregatícia Desportiva e a Interveniência de Terceiros. In: *Direito do Trabalho Desportivo – Os Aspectos Jurídicos da Lei Pelé frente às Alterações da Lei n. 12.395/2011*. São Paulo: LTr, 2013.

_____. Sistemática Rescisória (Cláusulas Indenizatória e Compensatória) do Contrato de Trabalho Desportivo Brasileiro e sua relação com importantes institutos do passado e do presente. In: *Revista “Desporto e Direito”*, Coimbra: Coimbra Editora, n. 28, 2012.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Derechos Laborales de los desportistas profesionales y de los artistas. In: *Revista del Instituto de Derecho del Trabajo e Investigaciones Sociales*.

SOARES, Jorge Miguel Acosta. *Direito de Imagem e Direito de Arena no Contrato de Trabalho do Atleta Profissional de Futebol*. 2. ed. atual. São Paulo: LTr, 2012.

VEIGA, Maurício de Figueiredo Corrêa da. Direitos Conexos: Direitos de Imagem e de Arena. Fraude. In: *Direito do Trabalho Desportivo — Os Aspectos Jurídicos da Lei Pelé frente às Alterações da Lei n. 12.395/2011*. São Paulo: LTr, 2013.

A competência executória das sentenças coletivas envolvendo direitos individuais homogêneos trabalhistas

Fausto Siqueira Gaia^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo propõe-se à análise da natureza jurídica da competência para a execução individual e coletiva de títulos judiciais decorrentes de ações coletivas propostas pelos legitimados extraordinários para a tutela de direitos individuais homogêneos de trabalhadores. A partir da perspectiva constitucional do direito processual à luz dos princípios fundamentais do acesso à justiça e da proteção ao trabalhador aplicáveis ao objeto em estudo, far-se-á uma análise crítica acerca da possibilidade de arguição *ex officio* da incompetência para a execução de título judicial pelo Juízo prolator da própria decisão exequenda.

Palavras-chave:

- ▶ Competência — Execução — Ações coletivas.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. As ações coletivas à luz dos princípios constitucionais
 - ▶ 2.1. O acesso à justiça como direito fundamental
 - ▶ 2.2. O princípio protetivo
- ▶ 3. A competência executiva das sentenças coletivas
 - ▶ 3.1. A execução pelos legitimados extraordinários das sentenças coletivas
 - ▶ 3.2. A execução individual das sentenças coletivas
- ▶ 4. A natureza jurídica da competência executória decorrente de sentenças coletivas
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

(*) Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Professor visitante do Curso de Pós-graduação *lato sensu* em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade de Direito de Vitória. Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (ES).

Abstract:

- ▶ This present article proposes to analyze the legal nature of competence for individual and collective execution of court arising from securities class action suits filed by the extraordinary legitimized for the protection of homogeneous individual rights of workers. From the constitutional perspective of procedural law in the light of the fundamental principles of access to justice and protection to the worker apply to the object under study will be done a critical analysis of the possibility for argument without provocation on the part of incompetence for execution prolator court title at Judgment of the outstanding decision itself.

Key-words:

- ▶ Competence — Execution — Class actions.

1. Introdução

As ações coletivas são vias instrumentais disponibilizadas pelo legislador para a tutela de direitos metaindividuais, ou seja, aquela gama de direitos que transcendem a esfera individual dos envolvidos, seja pela possibilidade ou não de determinação dos seus titulares ou mesmo pela (in)divisibilidade do objeto de direito material envolvido.

Nesse aspecto, considerando os aspectos subjetivos e objetivos envolvidos, inserem-se os direitos coletivos em sentido amplo, catalogados pelo legislador e pela doutrina em subespécies que compreendem os direitos difusos, os direitos coletivos em sentido amplo e os direitos individuais homogêneos.

O pano de fundo que cerca a tutela coletiva de direitos passa em um primeiro momento pela leitura do direito processual sob a perspectiva constitucional. A Constituição cidadã de 1988 disponibiliza, ainda que de forma dispersa em um texto analítico, mecanismos processuais tendentes a assegurar a efetividade do direito material.

Ao atribuir a entes coletivos, como os sindicatos, as associações e ao próprio Ministério Público a legitimidade para postular em Juízo a tutela de direitos metaindividuais, é rompida de certo modo a tradição individualista do processo, que é marcada pela pulverização de

demandas individuais, inábeis a evitar que novas situações de violações de direitos viessem a se repetir no futuro.

No âmbito das relações trabalhistas, as ações coletivas ganham importância capital diante de uma realidade de violações de direitos, que não raro transcendem a esfera individual do trabalhador.

O incremento das demandas individuais constitui um dos elementos contributivos ao retardamento e da própria ausência de efetividade da prestação jurisdicional. A morosidade e a inefetividade no exercício da Jurisdição contrapõe-se ao princípio fundamental da duração razoável do processo, o que reflete em outro princípio de igual envergadura constitucional: o do acesso à justiça compreendido tanto sob a perspectiva formal e quanto sob o aspecto material⁽¹⁾.

Não raro diversos trabalhadores deixam de ingressar com demandas individuais para reivindicar direitos sonegados durante a relação de emprego e, mesmo em relação àqueles que ajuízam suas ações, deparam-se com decisões contraditórias diante do mesmo suporte fático apresentado a órgãos julgadores distintos, o que compromete a pacificação dos conflitos sociais.

(1) MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 197.

Assinala Pedro da Silva Dinamarco⁽²⁾ que a visão tradicional do processo civil individualista deve ser reavaliada diante dos conflitos de natureza metaindividuais existentes nas sociedades de massa.

As ações coletivas, ou ações “sem rosto”⁽³⁾, no âmbito das relações de trabalho ganham importância como mecanismo assecuratório do acesso à justiça. No entanto, o simples reconhecimento do direito material violado não é capaz por si só de restaurar o *status quo* violado. Medidas executivas, a serem tomadas na fase de execução do processo, revelam-se necessárias para assegurar a efetividade do comando condenatório fruto da fase de cognição processual.

A fase executiva tendente à realização prática do direito material coloca em discussão diversas controvérsias acerca da competência do Juízo. Em razão da delimitação do objeto em estudo, deteremos à investigação acerca da natureza jurídica da competência para execução individual ou coletiva, envolvendo direitos metaindividuais reconhecidos em sentenças proferidas em ações civis públicas ou outras ações coletivas manejadas pelos legitimados extraordinários.

Para responder à indagação, abordar-se-á no primeiro momento os princípios constitucionais aplicáveis ao processo, dentre os quais o do acesso à justiça, em suas vertentes material e formal, o da efetividade da prestação jurisdicional e o da proteção ao trabalhador.

Apresentados os princípios constitucionais que devem nortear a interpretação do direito processual, serão apresentadas as vias de liquidação das sentenças coletivas para, então, partir para a investigação acerca do Juízo competente a fim de processar e julgar a execução desse título judicial.

(2) DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 10-11.

(3) FAVA, Marcos Neves. *Ação civil pública trabalhista: teoria geral*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 85.

2. As ações coletivas à luz dos princípios constitucionais

2.1. O acesso à justiça como direito fundamental

A interpretação limitada à literalidade do art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988, pode provocar conclusões precipitadas e, conseqüentemente, imprecisas, acerca do verdadeiro alcance do princípio fundamental do acesso à justiça.

Em uma primeira perspectiva, tomada a partir da interpretação literal do dispositivo constitucional, o princípio fundamental do acesso à justiça confunde-se com a própria inafastabilidade do controle jurisdicional, onde qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser levada ao conhecimento do Poder Judiciário para a solução da controvérsia.

Essa noção do princípio do acesso à justiça é construída a partir de uma visão da igualdade sob o prisma formal, decorrente da concepção liberal na interpretação do direito. A mesma, não obstante conter uma relevante perspectiva interpretativa, é eivada de diversas limitações e pouco contribui para a efetividade do princípio do acesso à justiça.

Nesse sentido, acentuam Cappelletti e Garth⁽⁴⁾, em estudo específico sobre esse princípio fundamental, que “o acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva”.

O adágio da isonomia de tratamento perante a lei permite tão somente que aqueles que tiverem o exercício de seus direitos violados possam socorrer do Estado-juiz para, substituindo a vontade dos envolvidos no conflito, aplicar o direito material ao caso concreto pacificando os conflitos.

(4) CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. p. 9.

Acerca da acessibilidade formal, valiosas são as lições de Paulo César Pinheiro Carneiro⁽⁵⁾, quando preceitua que:

A acessibilidade pressupõe a existência de pessoas, em sentido lato (sujeitos de direito), capazes de estar em juízo, sem óbice de natureza financeira, desempenhando adequadamente o seu labor (manejando adequadamente os instrumentos legais judiciais e extrajudiciais existentes), de sorte a possibilitar, na prática, a efetivação dos direitos individuais e coletivos, que organizam uma determinada sociedade.

Essa perspectiva, aqui denominada como acesso formal à justiça, ainda que correta, sob o ponto de vista da dogmática jurídica, revela ser insuficiente para a análise compreensiva do referido princípio constitucional. Assevera, nessa mesma direção, Kazuo Watanabe⁽⁶⁾ quando afirma que o acesso à justiça deve ser compreendido “não apenas como garantia de acesso ao Judiciário, mas como garantia de acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada”.

Assim, ainda que no paradigma do Estado liberal burguês⁽⁷⁾, a preocupação com o acesso à justiça cingia-se ao campo de assegurar àqueles que não tivessem o bem da vida ou prestação espontaneamente entregue, ou mesmo o direito de se defender contra uma injusta pretensão o direito de acionar o Poder Judiciário, dentro dos paradigmas do Estado social e democrático de direito, este no qual se insere a Constituição cidadã de 1988, o princípio fundamental em

apreço deve ser cotejado a partir da visão substancial de outro princípio de igual envergadura normativa, qual seja, o princípio da igualdade material.

A igualdade material, como acentuado por Carlos Henrique Bezerra Leite:

(...) visa assegurar tratamento equânime e uniforme de todos os seres humanos, assim por dizer, no tratamento equiparado na possibilidade de acesso a todos os bens da vida, proporcionando, dessa forma, a igualdade real e efetiva de todos.⁽⁸⁾

A isonomia, ao ser analisada em perspectiva substancial, permite ao intérprete do inciso XXXV do art. 5º da Constituição de 1988 reconhecer que o acesso à justiça material, diante de demandas envolvendo direitos metaindividuais, tem como objetivo fundamental assegurar a todos os envolvidos no conflito a efetiva prestação jurisdicional, independentemente de constarem ou não expressamente no rol de substituídos processuais que podem acompanhar a petição inicial⁽⁹⁾.

Com efeito, a necessidade de superação da igualdade formal de cunho liberal para uma perspectiva substancial-inclusiva de viés democrático, autoriza a evolução da tradicional visão de acessibilidade à justiça associada ao simples e puro acesso ao Poder Judiciário para uma noção de acesso pleno (ou integral), consubstanciado na garantia de entrega do bem da vida lesado ao seu titular, ainda que quem esteja formalmente no polo ativo da ação seja um ente coletivo, como o Ministério Público, os sindicatos ou as associações de trabalhadores.

Caminhando nesse mesmo sentido, obtempera José Roberto dos Santos Bedaque que “o processo deve ser não só assegurado a todos,

(5) CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 65.

(6) WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Processo*, n. 195, p. 384-385, maio 2011.

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

(8) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 50.

(9) No sentido de afastar a exigência da presença de rol de substituídos nas ações coletiva, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Resolução Administrativa n. 119/2003, cancelou o verbete contido na sua Súmula n. 310.

mas representar instrumento apto a conferir tutela a quem realmente fizer jus a ela”⁽¹⁰⁾.

A acessibilidade material à justiça, em situações envolvendo direitos de expressão metaindividual dos trabalhadores, tem reflexos inclusive de natureza extraprocessual na redução das diferenças sociais, eleita pelo poder constituinte originário como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil em seu art. 3º, já que a partir da garantia de direitos fundamentais trabalhistas é assegurado ao trabalhador a construção de sua identidade como sujeito constitucional⁽¹¹⁾.

Nesse sentido, a interpretação das regras processuais acerca da competência executória das demandas coletivas, como veremos mais adiante, deve ser feita em consonância com a perspectiva inclusiva do princípio do acesso à justiça.

2.2. O princípio protetivo

A perspectiva pós-moderna do direito processual contempla a necessidade de estudar e analisar esse ramo do direito não como um fim em si mesmo, mas sobretudo em uma vertente ligada à efetividade do direito material em discussão.

Nesse aspecto, assevera Bedaque⁽¹²⁾ que a ciência processual não pode ser concebida em um “... desinteressante sistema de formalidades e prazos”, ou seja, em algo estéril e despropositado com a relação substantiva subjacente.

Quando se trata da análise das ações coletivas que visam à tutela de direitos dos trabalhadores, direitos esses de natureza fundamental

já que positivados no art. 7º da Constituição da República, a interpretação a ser conferida deve ser balizada também na proteção do hipossuficiente.

Associado ao princípio do acesso à justiça, portanto, encontra-se também em esfera de importância interpretativa na análise da competência executória das ações coletivas outro princípio de direito material do trabalho: o princípio da proteção ou princípio protetivo.

No âmbito do direito do trabalho, o princípio da proteção tem posição de destaque como vetor interpretativo, além de outras funções como a de inspiração ao legislador, a de suprimento de lacunas e de sistematização do ordenamento jurídico⁽¹³⁾.

Para a nossa finalidade, consistente na análise da competência executória das demandas coletivas, a função interpretativa dos princípios ganhará maior espaço, diante da necessidade de conferir ao processo maior efetividade.

O princípio da proteção ou protetivo é entendido como sendo aquele que tem como finalidade corrigir as desigualdades materiais havidas entre os polos da relação da relação empregatícia, concedendo ao hipossuficiente econômico uma superioridade jurídica⁽¹⁴⁾.

O princípio protetivo, cujo fundamento de validade é encontrado no próprio *caput* do art. 7º da CRFB, assume diversas vertentes no plano material do direito do trabalho, manifestando na atividade interpretativa por meio da aplicação de outros princípios como norma mais favorável, do *in dubio pro misero* e da condição mais benéfica.

Pelo princípio da norma mais favorável, em havendo eventual conflito de textos de normas aplicáveis à situação concreta, prevalece aquele que for mais benéfico ao trabalhador, independentemente da escala hierárquica

(10) BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002. p. 14.

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

(12) BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 13.

(13) SCHIAVI, Mauro. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 15.

(14) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 181.

que esse texto normativo ocupa na pirâmide kelseniana⁽¹⁵⁾.

Outra manifestação do princípio protetivo é consubstanciada no adágio *in dubio pro misero*. O contrato de trabalho, como já fora analisado, é marcado pela marcante desigualdade econômica entre os sujeitos da relação jurídica.

Assim, de forma a corrigir a disparidade decorrente da dependência do trabalhador ao emprego, como meio próprio de subsistência e também da família, diante da existência de dúvidas no procedimento de interpretação do texto legal deve ser dado o sentido de modo a beneficiar o empregado.

Todas essas manifestações do princípio protetivo permitem a construção de referências ao intérprete autêntico. A proteção ao trabalhador é o vetor que deve nortear não apenas a interpretação do direito material, mas também a atividade jurisdicional, inclusive na aplicação de institutos e das técnicas processuais positivadas na situação concreta⁽¹⁶⁾, sempre tendo em vista a efetividade dos direitos fundamentais.

É impossível conceber a proteção integral do trabalhador ao se aplicar uma técnica processual civil seguindo os mesmos princípios e parâmetros aplicáveis às relações privadas, ou seja, entre aqueles que ocupam, em tese, igualdade de situação jurídica.

A partir do texto constitucional, que elevou à categoria de direito fundamental social a proteção dos direitos dos trabalhadores, exsurge a necessidade de compreender os institutos processuais, que objetivam uma tutela de direitos dos hipossuficientes econômicos, de forma a atender ao ideal de proteção plena.

Ao se pensar em execução individual ou coletiva de direitos reconhecidos em sentença

coletiva, a perspectiva de proteção ao trabalhador deve balizar a atividade de concretização do direito.

3. A competência executiva das sentenças coletivas

3.1. A execução pelos legitimados extraordinários das sentenças coletivas

Como visto anteriormente, é conferida pelo ordenamento jurídico aos legitimados extraordinários a atribuição de postular em nome próprio direitos alheios, desde que estes assumam, em razão dos sujeitos envolvidos ou do objeto, expressão metaindividual.

A regra geral, embora haja alguns entendimentos jurisprudenciais em sentido contrário, é que a competência originária para processamento e julgamento das demandas coletivas é o local da ocorrência do dano, conforme dicção do art. 2º da Lei n. 7.347/85.

Trata-se, assim, de regra de competência funcional e territorial⁽¹⁷⁾, que é insuscetível de disponibilidade pelas partes, sendo inclusive passível de cognição *ex officio* pelo órgão processante.

Em situações envolvendo direitos metaindividuais, o alcance do dano assume papel relevante na fixação do Juízo competente para a fase de cognição. Assim, em sendo a produção danosa restrita ao âmbito local, competente é o Juízo do local da sua ocorrência ou onde deveria ocorrer a lesão.

Ao serem transbordados os limites geográficos da ocorrência do infortúnio, de modo a alcançar limites territoriais de mais varas localizadas em locais distintos, assume, embora haja vozes em sentido contrário⁽¹⁸⁾, o Juízo

(15) KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 247.

(16) BEBBER, Júlio César. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 78.

(17) GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; FINK, Daniel Roberto; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 807.

(18) *Ibidem*, p. 808.

da capital do Estado ou do Distrito Federal a competência para a fase de cognição.

Por fim, sendo o dano de âmbito nacional, há que se reconhecer a competência territorial absoluta do Juízo do Distrito Federal⁽¹⁹⁾ para o processamento da demanda coletiva, como forma de garantir o acesso à justiça e o exercício da ampla defesa, como bem lembrado por Ada Pellegrini Grinover⁽²⁰⁾, sem contar com a possibilidade de uma análise do todo, não limitada por regionalismos que possam contribuir na formação do convencimento motivado do órgão julgador.

Não obstante a importância da discussão acerca da fixação da competência na fase de cognição, o cerne do nosso estudo deve ser direcionado à competência executória das sentenças coletivas.

Nesse aspecto, embora a lei da ação civil pública seja silente sobre a competência executiva, o art. 21 da referida lei autoriza expressamente a aplicação supletiva do Código de Defesa do Consumidor nas situações de lacuna.

A execução das sentenças condenatórias proferidas em sede ações coletivas pode se

dar tanto de forma coletiva, quanto de forma individual a beneficiário da decisão.

A execução coletiva das sentenças envolvendo a tutela de direitos metaindividuais é aquela promovida pelo legitimado extraordinário para a propositura da ação coletiva, delimitando o rol de substituídos processuais ou beneficiários da decisão. A essa altura processual, a individualização dos trabalhadores beneficiados pela sentença coletiva, com os respectivos cálculos, é requisito para a apuração do *quantum debeatur* a ser liquidado.

A controvérsia que se instaura, entretanto, diz respeito ao Juízo competente para a execução coletiva dessa sentença, já que em nome da garantia da celeridade processual há entendimentos jurisprudenciais no sentido de que a liquidação possa ocorrer tanto no Juízo condenatório quanto no Juízo do domicílio do exequente⁽²¹⁾.

Não obstante esse entendimento jurisprudencial, o mesmo encontra-se em dissonância com a dicção literal do art. 98, § 2º, II, do Código de Defesa do Consumidor, que expressamente dispõe ser competente o Juízo da condenação quando a execução se der de forma coletiva. Trata o disposto acima de regra de competência funcional e ao mesmo tempo territorial.

Entretanto, embora seja regra de competência funcional-territorial, não se pode olvidar que nas relações de emprego há a presença no polo ativo da fase de execução, ainda que como substituído processual, do liquidante trabalhador, hipossuficiente econômico.

Portanto, há que se flexibilizar a interpretação da norma contida no art. 98, § 2º, II, do Código de Defesa do Consumidor, a partir dos princípios constitucionais do acesso à justiça, concebido na acepção material, e o da proteção ao trabalhador, de modo a se autorizar também a possibilidade do exequente de o promover

(19) Em direção contrária e majoritária na doutrina, no sentido de incluir também o Juízo da capital do Estado, a partir da interpretação literal do art. 93, II, do Código de Defesa do Consumidor: ALVIM, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 426. Nesse mesmo diapasão, o TST alterou entendimento jurisprudencial, conforme nova redação da OJ n. 130 da SDI-II: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA. LOCAL DO DANO. LEI N. 7.347/1985, ART. 2º. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 93 (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. n. 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012. I – A competência para a Ação Civil Pública fixa-se pela extensão do dano. II – Em caso de dano de abrangência regional, que atinja cidades sujeitas à jurisdição de mais de uma Vara do Trabalho, a competência será de qualquer das varas das localidades atingidas, ainda que vinculadas a Tribunais Regionais do Trabalho distintos. III – Em caso de dano de abrangência suprarregional ou nacional, há competência concorrente para a Ação Civil Pública das varas do trabalho das sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho. IV – Estará prevento o juízo a que a primeira ação houver sido distribuída.

(20) *Ibidem*, p. 808.

(21) STJ-3ª T., REsp n. 1.098.242-GO, rel. Minª Nancy Andrighi, j. 21.10.2010, DJe 28.10.2010.

a execução da sentença coletiva no foro do domicílio dos substituídos processuais.

Não se pode olvidar, contudo, que como se trata de interpretação construída a partir da proteção ao exequente e de modo a garantir o pleno acesso à justiça, que a escolha do Juízo executório pertence exclusivamente ao liquidante coletivo, que poderá optar ou pelo foro do Juízo condenatório ou do domicílio dos substituídos para promover a execução.

Assim, não poderá o Juízo da condenação, caso escolhido pelo exequente para liquidar o julgado, declinar de ofício da sua competência para o processamento da execução coletiva.

3.2. A execução individual das sentenças coletivas

Como visto no tópico anterior, a fase de execução e, conseqüentemente, de liquidação do *quantum debeatur* oriundo de sentença coletiva pode ser promovida tanto pelo ente coletivo, desde que nomeados os substituídos processuais, quanto por cada um dos beneficiados isoladamente ou em litisconsórcio ativo facultativo.

Em havendo liquidação de forma individualizada, declina Ada Pellegrini Grinover que a interpretação a ser conferida ao art. 98, § 2º, I, do Código de Defesa do Consumidor deve ser associada à redação do parágrafo único do art. 97, que fora vetado. Afirma a processualista paulista⁽²²⁾ que:

O inciso I do § 2º do dispositivo ligava-se ao disposto no parágrafo único do art. 97, que foi vetado. Este determinava que o foro competente para a liquidação da sentença poderia ser o do domicílio do liquidante, daí derivando a regra ora *sub examine*, no

sentido de o juízo competente poder, correlatamente, ser o da liquidação da sentença ou da ação condenatória.

Nesse sentido, em sendo promovida a fase executória diretamente pelos beneficiários da sentença coletiva, poderão esses credores optar por Juízos distintos: o da fase da condenação ou de seu próprio domicílio.

E nem poderia ser diferente. Como vimos, toda o sistema processual construído para a tutela de direitos metaindividuais, sejam eles de trabalhadores, consumidores ou outros grupos, tem como norte a proteção do hipossuficiente, seja ele econômico ou em razão de outra vulnerabilidade reconhecida pelo legislador.

Nesse passo, ao se permitir a escolha entre esses Juízos, permite-se, assim como já explicado quando tratamos da execução promovida pelos legitimados extraordinários, o pleno acesso à justiça daqueles beneficiários da decisão, assim como, em última análise, a própria proteção efetiva do hipossuficiente.

Trata-se, portanto, de regra de competência que tem como objetivo facilitar, no nosso caso, o trabalhador a tornar efetivo um direito violado e, posteriormente, reconhecido na sentença coletiva exequenda.

Em sendo conclusão oriunda de um processo interpretativo centrado no caráter protetivo e tutelar, não poderá o Juízo da condenação declinar da sua competência para a execução se o credor tiver optado em ajuizar a demanda executiva individual nesse órgão jurisdicional, em vez do foro do seu domicílio.

4. A natureza jurídica da competência executória decorrente de sentenças coletivas

Uma vez definidos os possíveis foros onde poderá ser promovida a fase executória da sentença coletiva, o próximo passo diz respeito a classificar a natureza jurídica dessa competência.

(22) GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; FINK, Daniel Roberto; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 821.

Ao se realizar uma classificação no âmbito jurídico, pressupõe-se a prefixação de critérios objetivos e uniformes de modo a sistematizar categorias jurídicas. Sobre a atividade de classificação e de conceituação, aponta Kazuo Watanabe⁽²³⁾ que as mesmas objetivam permitir ao intérprete compreender os fenômenos do direito.

Dessa forma, para que uma classificação tenha possibilidade de sucesso e, consequentemente, seja de utilidade prática, é necessária a homogeneização dos critérios utilizados.

Para os fins propostos no presente estudo, o critério de classificação da competência será aquele tomado a partir do interesse jurídico tutelado pelo legislador. Nesse sentido, a competência pode ser categorizada em duas espécies, a saber: a competência absoluta e a competência relativa.

A competência absoluta é aquela onde o interesse primário tutelado é o público, ou seja, em razão da matéria envolvida, da pessoa ou mesmo em decorrência da funcionalidade ou das regras de organização do sistema jurídico.

Ao revés, será classificada como relativa, a competência quando fixada em decorrência do interesse da parte, como se dá nas situações de competência territorial, ou em razão do valor da causa.

Essa classificação possui capital importância em razão das consequências oriundas da sua inobservância. Sendo o interesse público tutelado, as regras que fixam a competência absoluta são inderrogáveis pela vontade das partes e, portanto, podem ser inclusive conhecidas de ofício pelo órgão ao qual a demanda é submetida, em qualquer tempo e grau de jurisdição⁽²⁴⁾.

Inobservada a regra que fixa a competência absoluta, os atos decisórios são nulos de pleno direito, podendo, inclusive, a sentença ser rescindida depois do seu trânsito em julgado, por meio da ação rescisória.

Ao passo que, diante das situações de competência relativa, ou seja, cenários onde o interesse processual da parte é tutelado de forma privilegiada, deverá o prejudicado, no caso em exame o executado, na primeira oportunidade que tiver de falar nos autos de questionar essa matéria processual, sob pena de preclusão e, consequente, prorrogação da competência.

Como visto no tópico anterior, classificamos a competência para a execução da sentença coletiva, seja ela promovida de forma individual ou mesmo pelos legitimados extraordinários, em funcional-territorial.

Em uma análise mais apressada, poderia o leitor questionar a coerência da classificação adotada, já que em princípio a competência funcional é absoluta, ao passo que a competência territorial é relativa. Como falar, portanto, que a competência para a execução da sentença coletiva é funcional-territorial?

A resposta a esse questionamento passa pela análise do interesse preponderante em questão. Como visto, o fato do legislador ordinário ter posto à disposição do credor, seja pela via individual seja pela via coletiva, duas possibilidades para a opção do Juízo competente não tem o condão de permitir ao exequente uma terceira possibilidade de escolha, como o domicílio do réu (considerando que o mesmo não coincida com o domicílio do autor ou com o local do dano).

Portanto, ainda que se dê a opção ao exequente de eleger um dos dois foros competentes: domicílio do autor ou local do dano (Juízo da condenação), tem-se que o interesse preponderante é o público e, portanto, é afastada qualquer discricionariedade para a escolha do foro competente, para além das hipóteses previstas a partir da interpretação do art. 98 do Código de Defesa do Consumidor.

(23) WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Cebepej, 1999. p. 90.

(24) No anteprojeto do novo Código de Processo Civil (Projeto de lei n. 166/2010), há previsão no art. 10 da impossibilidade do juiz, sem ouvir previamente as partes em contraditório, conhecer de ofício de questão processual.

Nesse sentido, trata-se a competência funcional-territorial em verdadeira regra de competência absoluta, mitigada apenas pelo franqueamento ao credor, por parte do legislador, em eleger um dos dois foros competentes para a apuração do *quantum debeatur*: o foro da sentença condenatória ou o foro do seu domicílio.

Assim, diante de regra de competência absoluta, poderá o Juiz, caso não proposta a demanda em um desses foros, declinar de ofício da competência para processar e julgar a demanda executória proposta.

5. Considerações finais

As ações coletivas são concebidas como mecanismos assecuratórios da garantia da efetividade do princípio fundamental do pleno acesso à justiça, quando estiver em discussão a existência de violação a direitos com expressão metaindividual.

No âmbito trabalhista, as ações civis públicas e as ações coletivas possuem importância diferenciada, em decorrência do contexto social marcado pela hipossuficiência do trabalhador diante dos detentores dos meios de produção, o que torna rara a propositura de demandas judiciais individuais durante o curso da relação de emprego.

Ao se conferir legitimidade extraordinária a determinados entes coletivos, como as associações, os sindicatos e ao Ministério Público do Trabalho, permite-se aos trabalhadores terem durante o curso da relação empregatícia a efetiva tutela de direitos violados por seus empregadores.

Nesse aspecto, a interpretação das regras de fixação da competência tanto na fase cognitiva quanto na fase executiva deve ser balizada sempre em consonância com os princípios fundamentais do acesso à justiça e o da proteção do trabalhador.

Dessa forma, uma vez proferida sentença genérica em sede de ação coletiva, a sua execução,

seja ela apresentada de forma individual ou pelos legitimados extraordinários, pode se dar tanto no foro do juízo da condenação quanto naquele em que é domiciliado o trabalhador, não podendo o Juízo escolhido pelo credor declinar de sua competência funcional-territorial, sob o argumento de que a multiplicação de execuções propostas possam inviabilizar o funcionamento da unidade judiciária.

Ao se ter interpretação em sentido oposto, certamente em muitos casos não poderá o trabalhador, seja pela hipossuficiência econômica ou mesmo pela pressão dos seus empregadores, realizar no campo prático o direito material reconhecido na sentença coletiva.

6. Referências bibliográficas

ALVIM, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

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

BEBBER, Júlio César. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002.

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

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o para-

digma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, Mandamentos, vol. 03, 2000.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FAVA, Marcos Neves. *Ação civil pública trabalhista: teoria geral*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; FINK, Daniel Roberto; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

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

SCHIAVI, Mauro. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Cebepej, 1999.

_____. Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses, *Revista de Processo*, n. 195, maio 2011.

Uniformização de jurisprudência no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho: breves considerações sobre a Lei n. 13.015, de 21 de julho de 2014

Érico Vinícius Prado Casagrande^(*)

Resumo:

- ▶ A Lei n. 13.015, recentemente promulgada em 21 de julho de 2014, promoveu inúmeras alterações na Consolidação das Leis do Trabalho, dentre as quais uma se refere ao incidente processual de uniformização de jurisprudência no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho. Em suma, a mencionada lei reforça a obrigatoriedade de uniformização de jurisprudência por esses tribunais, segundo procedimento previsto na Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). Ademais, a lei em questão veio possibilitar tanto a recorribilidade de decisão de Tribunal Regional do Trabalho que não acolher requerimento de uniformização de jurisprudência suscitado por parte interessada ou pelo Ministério Público do Trabalho, como também possibilitar a constatação de ofício de divergência jurisprudencial atual pelo Presidente de cada Tribunal Regional do Trabalho ou Ministro Relator no Tribunal Superior do Trabalho. Trata-se de estudo relevante na medida em que examina recente alteração legal quanto à uniformização de jurisprudência na Justiça do Trabalho cujas reflexões ainda se mostram incipientes.

Palavras-chave:

- ▶ Uniformização de jurisprudência — Divergência jurisprudencial — Súmula — *Reformatio in pejus*.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Incidente processual de uniformização de jurisprudência
- ▶ 3. Obrigatoriedade de uniformização de jurisprudência pelos TRTs

(*) Advogado militante. Mestre em Direito Processual pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia

Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC Minas). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Faculdade Pitágoras. Especialista em Direito e Tecnologia da Informação pelo Centro Universitário UNISEB.

- ▶ 4. Da constatação da divergência jurisprudencial atual de ofício
 - ▶ 4.1. Uniformização de jurisprudência como mecanismo repressivo
 - ▶ 4.2. Possibilidade de *reformatio in pejus*
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

A Lei n. 13.015, promulgada em 21 de julho de 2014, vigente a partir de 20 de setembro de 2014, promoveu significativas alterações nos arts. 894, 896, 897-A e 899 da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT (aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943), no sentido de, respectivamente, dispor sobre: hipótese de admissibilidade e hipóteses de inadmissibilidade do recurso de embargos para o Tribunal Superior do Trabalho — TST; hipótese de admissibilidade de recurso de revista, técnicas para interposição de recurso de revista e, também, procedimento de uniformização de jurisprudência no âmbito de Tribunal Regional do Trabalho — TRT; efeitos dos embargos de declaração; e hipótese de dispensa de depósito recursal em caso de interposição de recurso de agravo de instrumento⁽¹⁾.

Além disso, essa mesma lei acrescentou à CLT dois novos artigos, quais sejam, os arts. 896-B e 896-C que dispõem, respectivamente:

(1) Levando em conta a implantação do processo judicial eletrônico, entende-se, aqui, que a denominação conferida pela Lei n. 13.015/2014 ao recurso de “agravo de instrumento” não seria a mais adequada, visto que tal recurso, atualmente, pode ser interposto sem formação de instrumento, conforme disposto na Resolução Administrativa n. 1.418, de 30.8.2010, e na Lei n. 12.322, de 9 de setembro de 2010 (esta aplicável subsidiariamente ao processo judicial trabalhista, com base no art. 769 da CLT). Antes, o recurso de agravo deveria acompanhar instrumento que se compunha das principais peças de autos processuais, conforme previsto, por exemplo, no art. 897, § 5º, I da CLT: “obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação, das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado, da petição inicial, da contestação, da decisão originária, do depósito recursal referente ao recurso que se pretende destrancar, da comprovação do recolhimento das custas e do depósito recursal a que se refere o § 7º do art. 899 desta Consolidação.”

sobre aplicabilidade das normas previstas para o recurso extraordinário e recurso especial na Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil — CPC) ao recurso de revista; e sobre procedimento, no âmbito do TST, em caso de multiplicidade de recursos de revista fundados em questão idêntica de direito.

No presente artigo, pretende-se analisar somente as alterações introduzidas pela Lei n. 13.015/2014 nos §§ 3º, 4º e 5º do art. 896 da CLT a respeito do procedimento de uniformização de jurisprudência no âmbito dos TRTs.

Para tanto, em um primeiro momento, é importante situar a uniformização de jurisprudência do Direito Processual brasileiro e, nesse compasso, no Direito Processual do Trabalho. Posteriormente, adentrando, propriamente, no tema, será examinado o § 3º do art. 896 da CLT que, em suma, trata da obrigatoriedade de uniformização de jurisprudência no âmbito dos TRTs, segundo procedimento previsto no CPC.

Em um terceiro momento, a análise verter-se-á para os §§ 4º e 5º do art. 896 da CLT que possibilitam tanto a recorribilidade de decisão do TRT que não acolher requerimento de uniformização de jurisprudência suscitado por parte interessada ou pelo Ministério Público do Trabalho — MPT, quanto proporcionam a constatação de ofício de divergência jurisprudencial pelo Presidente de cada TRT ou Ministro Relator no TST.

Trata-se de estudo relevante na medida em que examina recente alteração legal quanto à uniformização de jurisprudência na Justiça do Trabalho cujas reflexões ainda se mostram incipientes. Por fim, assevere-se que o presente trabalho não se propõe a atingir conclusões definitivas, mas sim visa a contribuir com

algumas considerações quanto ao tema ora proposto.

2. Incidente processual de uniformização de jurisprudência

A uniformização de jurisprudência consiste em um procedimento incidental conhecido há longa data no Direito Processual brasileiro e visa a estabelecer coerência⁽²⁾ na interpretação do ordenamento jurídico.

Para ilustrar a antiguidade de tal incidente, cite-se, por exemplo, o Decreto n. 16.273, de 20 de dezembro de 1923, que dispunha sobre a organização judiciária do Distrito Federal (à época, situado no atual Estado do Rio de Janeiro⁽³⁾). Tal decreto já dispôs, em seus arts.

(2) Conforme lição e Norberto Bobbio, “a coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias [no caso, interpretações] são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade). Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria” (in BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. téc. Claudio De Cicco. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 113).

(3) Antes de ser deslocado para a região centro-oeste do Brasil, o território do Distrito Federal se situava Estado do Guanabara, e seu território se localizava onde hoje é o Estado do Rio de Janeiro. Esse território foi delimitado no período imperial brasileiro, tornando-se um município neutro, conforme se depreende do art. 72 da Constituição de 1824, de 25 de março de 1824, e do art. 1º da Lei n. 16, de 12 de agosto de 1834, e do art. 2º da Constituição de 1891, de 24 de fevereiro de 1891. A partir da Constituição Republicana de 1891, esse antigo município neutro passou a constituir o Distrito Federal e se tornou capital da União (art. 2º). Depois da mudança da capital federal para Brasília, o Distrito Federal no Rio de Janeiro se tornou o Estado da Guanabara, com os mesmos limites geográficos, tendo por capital e sede do governo a cidade do Rio

103, 108, III, “c” e 121, § 3º, que cabia à Corte de Apelação, órgão de terceira instância, uniformizar as decisões divergentes das duas câmaras que então compunham a mencionada corte.

Em relação ao Direito Processual do Trabalho, a uniformização de jurisprudência também é procedimento conhecido há mais de oitenta anos. O Decreto n. 24.784, de 14 de julho de 1934, que organizava o Conselho Nacional do Trabalho⁽⁴⁾, previa em seu art. 14, XIX que o presidente deveria velar pela uniformização da jurisprudência das câmaras desse conselho.

De acordo com doutrina balizada de Alexandre Freitas Câmara, a uniformização de jurisprudência consiste em um mecanismo “*preventivo*”⁽⁵⁾, para evitar divergência de decisões judiciais. Prosseguindo o raciocínio, o citado autor leciona que:

“não é recurso, mas mero incidente processual. É cabível quando se verifica a iminência de surgir um dissídio jurisprudencial, a se estabelecer entre uma ou mais decisões já proferidas pelo tribunal e a

de Janeiro, conforme previsto na Lei n. 3.752/1960. Posteriormente, a Lei Complementar n. 74, de 01 de julho de 1974 (art. 8º), determinou a fusão do Estado da Guanabara com o Estado do Rio de Janeiro a partir de 15 de março de 1975.

(4) Antes da instituição da Justiça do Trabalho, esse conselho detinha a competência consultiva e julgadora de questões relativas ao trabalho, embora estivesse vinculado aos órgãos do Executivo Federal e não do Judiciário, fato que ocorreu apenas em 1946 (in Escola Judicial TRT-3ª Região. *Histórico da Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br/escola/memoria/historico.htm>> Acesso em: 06 jan. 2015).

(5) CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. II, p. 47. O mesmo autor também explica que: “Alguns destes mecanismos são “repressivos”, já que seu cabimento se dá quando já surgiu a divergência, ou seja, após a prolação da decisão divergente. É o que se tem com o recurso especial fundado no art. 105, III, c, da Constituição da República e com os embargos de divergência. Outros institutos, porém, são “preventivos”, destinando-se a evitar que a divergência surja, como é o caso do incidente de uniformização de jurisprudência.” Esclareça-se que, em se tratando de processo judicial trabalhista, os exemplos de mecanismos repressivos seriam o recurso de revista e o recurso de embargos para o TST.

que se vai proferir no julgamento de um recurso, reexame necessário ou processo de competência originária do tribunal [...] Se fizerem presentes os requisitos para a instauração do incidente, suspender-se-á aquele julgamento, a fim de se obter o pronunciamento prévio do tribunal acerca da correta interpretação da norma que se aplica à hipótese dos autos, devendo a interpretação fixada pelo tribunal ser adotada pelo órgão fracionário quando se retomar o julgamento paralisado⁶).

Por meio do incidente processual de uniformização de jurisprudência, podem ser editadas as súmulas⁷. No entanto, apesar de ser

conhecido há longa data, pode-se afirmar que, de certa forma, tal incidente tem sido pouco aplicado no âmbito dos vinte e quatro TRTs atualmente existentes no Estado brasileiro.

Tal constatação se dá considerando-se o quantitativo de súmulas já editadas por esses tribunais regionais, desde suas respectivas criações. A título de ilustração, veja-se que o TRT da 1ª Região – Rio de Janeiro editou apenas 46 súmulas; o TRT da 2ª Região, por sua vez, 24 súmulas; o da 3ª Região – Minas Gerais, 35; o da 4ª Região – Rio Grande do Sul, 60; o da 5ª Região – Bahia, 14; o da 6ª Região – Pernambuco,

que dispôs sobre a Justiça Federal de primeira instância, em seu art. 63, determinou que o Tribunal Federal de Recursos (anterior órgão de segunda instância do Judiciário no âmbito federal) organizasse súmulas de sua jurisprudência e as publicasse, a fim de orientar os órgãos da Justiça Federal de primeira instância. A Lei n. 5.869, publicada em 17 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil (norma de direito processual comum), em seus arts. 476 a 479, estabeleceu, pela primeira vez, normas gerais para uniformizar jurisprudência dos tribunais e para criar súmula de jurisprudência uniforme. Em relação aos processos judiciais trabalhistas, o termo “súmula” foi introduzido na legislação, pela primeira vez, pela Lei n. 7.033, publicada em 06 de outubro de 1982, que alterou o art. 702 da CLT e o art. 9º da Lei n. 5.584, publicada em 29 de junho de 1970, estabelecendo, respectivamente, a competência do tribunal pleno do TST para estabelecer súmulas de jurisprudência uniforme e a competência deste tribunal para não conhecer recursos ou negar-lhes provimento, caso contrariem entendimento firmado em súmula de jurisprudência uniforme do TST. Cada tribunal brasileiro pode regular os critérios para edição, revisão e cancelamento de suas súmulas. De maneira geral, os regimentos internos dos tribunais estabelecem como critério de edição de súmula: que a maioria de seus desembargadores decidam por determinada interpretação de normas jurídicas; que exista determinada quantidade de decisões no mesmo sentido; que tais decisões sejam sempre unânimes ou pela maioria absoluta dos desembargadores nos órgãos de cada tribunal; dentre outros critérios. Sobre o assunto, importa mencionar que, desde 21 de março de 2007, o Supremo Tribunal Federal – órgão mais elevado na hierarquia do Judiciário brasileiro – pode editar, cancelar ou rever súmulas com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, conforme dispõe o art. 103-A da Constituição de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45, publicada em 31 de dezembro de 2004, e regulamentado pela Lei n. 11.417, publicada em 20 de dezembro de 2006).

(6) CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. II, p. 48.

(7) Na disciplina de Direito Processual, o termo “súmula de jurisprudência uniforme” significa “uma síntese de todos os casos, parecidos, decididos da mesma maneira, colocada por meio de uma proposição direta e clara. A súmula não possui caráter cogente, servindo apenas de orientação para futuras decisões” (in BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Glossário Jurídico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>> Acesso em: 12 jan. 2015). Na legislação brasileira, apenas os tribunais (órgãos colegiados do Judiciário) estão autorizados a editar, cancelar ou rever súmulas e não os juizes das varas (órgãos singulares). A primeira súmula de jurisprudência uniforme foi criada pelo Supremo Tribunal Federal (“Súmula n. 1 – É vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna.”), na sessão plenária de 13 de dezembro de 1963, conforme site desse tribunal. Na Justiça do Trabalho, a primeira súmula foi criada em 21 de agosto de 1969 (“Súmula n. 1 do TST – PRAZO JUDICIAL. Quando a intimação tiver lugar na sexta-feira, ou a publicação com efeito de intimação for feita nesse dia, o prazo judicial será contado da segunda-feira imediata, inclusive, salvo se não houver expediente, caso em que fluirá no dia útil que se seguir.”). O termo “súmula” significa tanto um resumo preciso e claro de um assunto, uma decisão ou um ato oficial, quanto um resumo de repetidas e constantes decisões de um ou mais tribunais no mesmo sentido em inúmeros processos judiciais a respeito de uma ou mais normas jurídicas. Com este significado, pode-se afirmar que a Lei n. 4.737, publicada em 19 de julho de 1965, que instituiu o Código Eleitoral, foi a primeira lei que utilizou o termo “súmula”, prevendo, em seu art. 23, inciso XV, a competência do Tribunal Superior Eleitoral para organizar e divulgar a súmula de sua jurisprudência. Posteriormente, a Lei n. 5.010, publicada em 1º de junho de 1966 (vigente em parte),

20; o da 7ª Região – Ceará, 1; o da 8ª Região – Pará, 22. Citam-se, aqui, esses tribunais, pois que foram criados quando da instituição da CLT em 1943, sendo válido rememorar que, à época, tais tribunais englobavam mais de um Estado federado⁽⁸⁾.

A pouca aplicação desse incidente processual, provavelmente, decorre do fato de que se deve proceder a uma “*cisão*”⁽⁹⁾ do julgamento de recursos, isto é, primeiramente, o tribunal deverá, por meio de determinado órgão, definir qual será a interpretação a ser dada a determinado dispositivo jurídico. Posteriormente, então, o órgão fracionário, incumbido de julgar o recurso, deverá proferir sua decisão, observando-se a decisão daquele outro órgão. De acordo com a doutrina, todo esse procedimento faz que a solução de divergências seja “*mais vagarosa*”⁽¹⁰⁾.

(8) Prosseguindo as exemplificações, o TRT da 09ª Região – Paraná, criado pela Lei n. 6.241/1975, editou 26 súmulas; o TRT da 10ª Região – Distrito Federal e Tocantins, criado pela Lei n. 6.927/1981, 46 súmulas; o TRT da 11ª Região – Amazonas e Roraima, criado pela Lei n. 6.915/1981, 11 súmulas; o TRT da 12ª Região – Santa Catarina, criado pela Lei n. 6.928/1981, 55 súmulas; o TRT da 13ª Região – Piauí, criado pela Lei n. 7.324/1985, 18 súmulas; o TRT da 14ª Região – Acre e Rondônia, criado pela Lei n. 7.523/1986, 3 súmulas; o TRT da 15ª Região, criado pela Lei n. 7.520/1986, 39 súmulas; o TRT da 17ª Região – Espírito Santo, criado pela Lei n. 7.872/1989, 17 súmulas; o TRT da 18ª Região – Goiás, criado pela Lei n. 7.873/1989, 28 súmulas; o TRT da 20ª Região – Sergipe, criado pela Lei n. 8.233/1991, 14 súmulas; o TRT da 22ª Região – Piauí, criado pela Lei n. 8.221/1991, 27 súmulas; o TRT da 23ª Região – Mato Grosso, criado pela Lei n. 8.430/1992, 14 súmulas; e o TRT da 24ª Região – Mato Grosso do Sul, criado pela Lei n. 8.431/1992, 8 súmulas. Em relação ao TRT da 16ª Região – Maranhão, da 19ª Região – Alagoas e da 21ª Região – Rio Grande do Norte, criados respectivamente pelas Leis ns. 7.671/1988, 8.219/1991 e 8.215/1991, não se localizaram súmulas desses tribunais (curioso é notar que o TRT/21 fora criado, juridicamente, antes do TRT/19 e TRT/20).

(9) CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. II, p. 51.

(10) *Ibidem*, p. 48. Para esse mesmo autor, mais efetivo que a uniformização de jurisprudência é o mecanismo de prevenção ou composição de divergência previsto no art. 555, § 1º do CPC, pelo qual não há uma cisão do julgamento, mas sim avocação do julgamento por outro órgão judicial que proferirá decisão a qual, além

3. Obrigatoriedade de uniformização de jurisprudência pelos TRTs

De toda sorte, certo é que o novel § 3º do art. 896 da CLT⁽¹¹⁾ vem a reforçar o “*dever de uniformar*”⁽¹²⁾ dos TRTs, para ensejar maior “*garantia de previsibilidade das decisões judiciais*”⁽¹³⁾. Diz-se reforçar, pois que, na redação anterior do citado parágrafo, dada pela Lei n. 9.756, de 17 de dezembro de 1998, essa

de servir como precedente para futuros casos, julgar-se-á o recurso sob exame (*in* CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. vol. II, p. 51-52.).

(11) Na redação dada pela Lei n. 13.015/2014, o § 3º do art. 896 da CLT dispõe que: “Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência e aplicarão, nas causas da competência da Justiça do Trabalho, no que couber, o incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos termos do Capítulo I do Título IX do Livro I da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).” É relevante mencionar que essa redação faz menção expressa ao CPC o qual, como é consabido, está em vias de ser alterado pelo novo CPC (Projeto de Lei do Senado – PLS n. 166/2010). A seu turno, o novo CPC traz significativas alterações no procedimento de uniformização de jurisprudência como que a jurisprudência do STF e dos tribunais superiores deve *nortear* as decisões de todos os tribunais e juízes singulares do país (inciso IV do art. 847 do PLS n. 166/2010) ou, ainda, que a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve *orientar* as decisões de todos os órgãos a ele vinculados (inciso III do art. 847 do PLS n. 166/2010). A rigor, é questionável a escolha do legislador em relação aos verbos “*nortear*” e “*orientar*” no PLS n. 166/2010 os quais não expressam, tecnicamente, o sentido de ser vinculante. Tal escolha, de certa forma, contraria a obrigação de clareza e precisão dos textos legais, conforme art. 11, I, “a” e II, “a” da Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998. Além desses exemplos, é importante citar que, no PLS, não consta mais a previsão do art. 476 do atual CPC no sentido de que estabelecer a competência de qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, para solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando verificar possibilidade de divergência. Tal competência será regulada, a partir do novo CPC, pelos regimentos internos dos tribunais brasileiros.

(12) DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7. ed. Bahia: JusPodivm, 2009. v. III, p. 566.

(13) *Ibidem*, p. 563.

obrigação já havia sido estabelecida para com os TRTs⁽¹⁴⁾.

Analisando o parágrafo em tela, a primeira questão que se coloca seria o modo pelo qual essa uniformização deve ocorrer. Como visto, a redação do § 3º do art. 896 da CLT é expressa e específica no sentido de que deve ser aplicado o procedimento de uniformização de jurisprudência previsto em livro, título e capítulo específicos do CPC.

No entanto, considerando-se que a tônica é estabelecer a coerência das decisões judiciais, nada impede que, por meio de outros expedientes, os tribunais uniformizem sua jurisprudência. Refere-se, aqui, por exemplo, ao mecanismo de prevenção ou composição de divergência previsto no art. 555, § 1º do CPC⁽¹⁵⁾ ou, ainda, à atuação das Comissões de Jurisprudência⁽¹⁶⁾ (tal denominação não é

única) existentes em cada tribunal. Portanto, defende-se, aqui, que tais expedientes também poderão ser utilizados para fins de uniformizar a jurisprudência, e não apenas o incidente processual previsto nos termos do Capítulo I do Título IX do Livro I do CPC.

Outro aspecto da novel redação do § 3º do art. 896 da CPC também merece análise. Refere-se aqui ao trecho “*no que couber*”. Entende-se, que esse trecho diz respeito à organização administrativa e à composição dos órgãos no âmbito de cada TRT, não significando que a uniformização de jurisprudência dependa de ato discricionário de cada TRT. Como já defendido, a tônica da Lei n. 13.015/2014 é: uniformizar a jurisprudência.

Além disso, entende-se, aqui, que o trecho “*no que couber*” significa que o procedimento de uniformização de jurisprudência, tal como previsto no CPC, não poderá ser adaptado ou alterado por cada TRT. Afinal, se se pretende uniformizar as jurisprudências de cada TRT, também é lícito afirmar que o próprio procedimento para fazê-lo deva ser uniforme.

4. Da constatação da divergência jurisprudencial de ofício

No que tange ao incidente processual de uniformização de jurisprudência, pode-se afirmar que a principal inovação da Lei n. 13.015/2014 se encontra nos §§ 4º e 5º do art. 896 da CLT⁽¹⁷⁾.

necessárias ao seu aperfeiçoamento; inserir as Orientações Jurisprudenciais das Seções do Tribunal que retratem a jurisprudência pacificada da Corte, indicando os precedentes que a espelham; manter a seleção dos repertórios idôneos de divulgação dos julgados da Justiça do Trabalho; e realizar reunião quinzenal para deliberar sobre tais assuntos. A partir das atribuições designadas para esse tipo de comissão, observa-se o quão importante elas se tornam a partir da Lei n. 13.015/2014, sobretudo quanto ao aprimoramento da informatização da base de dados dos tribunais e quanto à pesquisa de divergências nessa base de dados.

(17) Na redação dada pela Lei n. 13.015/2014 o § 4º do art. 896 da CLT dispõe que: “Ao constatar, de ofício ou mediante provocação de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo

(14) Redação anterior do § 3º do art. 896 da CLT, dada pela Lei n. 9.756/1998: “Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência, nos termos do Livro I, Título IX, Capítulo I do CPC, não servindo a súmula respectiva para ensejar a admissibilidade do Recurso de Revista quando contrariar Súmula da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho.”

(15) De acordo com Alexandre Freitas Câmara, “esse mecanismo já estava previsto no Regimento Interno do STJ, e agora [estando previsto no art. 555, § 1º do CPC] poderá ser utilizado por todos os tribunais brasileiros, permitindo-se assim que questões de direito que sejam ou possam vir a ser controvertidas no seio do tribunal sejam examinadas por colegiados maiores, servindo a decisão como precedente (não vinculante, obviamente, mas com grande força psicológica sobre os membros do tribunal) para julgamentos futuros” (in CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. II, p. 52). Sobre o tema, vide também nota de rodapé n. 10.

(16) A título de ilustração, cite-se a Comissão de de Jurisprudência e de Precedentes Normativos do TST a qual cabe: propor edição, revisão ou cancelamento de Súmulas, de Precedentes Normativos e de Orientações Jurisprudenciais; zelar pela expansão, atualização e publicação da Jurisprudência do Tribunal; supervisionar o serviço de sistematização da jurisprudência do Tribunal, determinando medidas atinentes à seleção e ao registro dos temas para fim de pesquisa, bem como administrar a base de dados informatizada de jurisprudência, sugerindo ao Presidente as medidas

De acordo com o § 4º do art. 896 da CLT, a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto de recurso destinado ao TST⁽¹⁸⁾ deverá ser constatada de ofício ou mediante provocação de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho — MPT. Em sendo constatada tal divergência de decisões no TRT de origem, os autos processuais deverão retornar a esse TRT, a fim de que ele proceda à uniformização da jurisprudência sobre o tema objeto de recurso de revista.

E, de acordo com o § 5º do art. 896 da CLT, a constatação de ofício da existência de decisões conflitantes deverá ser procedida pelo Presidente do próprio TRT, ao emitir juízo de admissibilidade sobre o recurso de revista, ou procedida pelo Ministro Relator do TST.

4.1. Uniformização de jurisprudência como mecanismo repressivo

Uma primeira questão que se coloca a respeito dos §§ 4º e 5º do art. 896 da CLT é que, doravante, a uniformização de jurisprudência torna-se também um mecanismo repressivo, na medida em que, em sede de recurso destinado ao TST⁽¹⁹⁾, as partes interessadas ou o MPT poderão suscitar a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto desse recurso.

Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto de recurso de revista, o Tribunal Superior do Trabalho determinará o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que proceda à uniformização da jurisprudência.” Já o § 5º do art. 896 da CLT dispõe que: “A providência a que se refere o § 4º deverá ser determinada pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, ao emitir juízo de admissibilidade sobre o recurso de revista, ou pelo Ministro Relator, mediante decisões irrecorríveis.”

- (18) Refere-se, aqui, tanto ao recurso de revista como ao recurso ordinário, neste caso, em processo de competência originária do TRT.
- (19) É válido observar que, nas contrarrazões a esse recurso, as partes interessadas ou o Ministério Público também poderá impugnar no sentido de que não há divergência atual de jurisprudência no âmbito de determinado TRT.

Até então, como se sabe, de acordo com o CPC, seria “*irrecorrível*”⁽²⁰⁾ a decisão do TRT que não reconhecesse a existência de decisões atuais e conflitantes no seu âmbito. Contudo, a partir da Lei n. 13.015/2014, as partes interessadas ou o MPT poderão suscitar a existência de divergência jurisprudencial atual via recursal (obviamente, em tópico próprio dentro do recurso ou em suas contrarrazões) para análise quer do Presidente do TRT, quer do Ministro Relator no TST.

Outro aspecto que deve ser salientado em relação aos §§ 4º e 5º do art. 896 da CLT trata-se da preclusão. Cabe aqui a indagação: se a parte interessada ou o Ministério Público do Trabalho, no âmbito do TRT (instância inferior), não houver suscitado a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito desse tribunal, apenas o fazendo quando da interposição de recurso para o TST, haverá preclusão? Entende-se que sim, ou seja, haverá preclusão, ainda que se trate de recurso destinado para o TST interposto na vigência da Lei n. 13.015/2014. Portanto, cabe à parte interessada ou ao MPT zelar pela provocação do incidente processual de uniformização de jurisprudência em tempo oportuno, sob pena de, em posterior análise, o Presidente do TRT ou o Ministro Relator do TST reputar como preclusa tal provocação na via recursal.

4.2. Possibilidade de reformatio in pejus

Por derradeiro, impende cogitar que, em sendo constatada (de ofício, por provocação das partes ou do MPT) divergência entre decisões atuais em determinado TRT, o retorno dos autos a esse TRT, nos termos do § 4º do

(20) Nesse sentido, é a doutrina de Alexandre Freitas Câmara (*in* CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. II, p.) e de Francisco Gérson Marques de Lima (*in* LIMA, Francisco Gérson Marques de. Uniformização de jurisprudência no âmbito dos TRTs. *Revista Justiça do Trabalho*, n. 186, p. 97. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/494.htm>> Acesso em: 8 jan. 2015).

art. 896 da CLT, poderá ensejar situação de *reformatio in pejus*⁽²¹⁾. Explica-se: quando do retorno dos autos ao TRT, a tese prevalecente no julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência poderá ser diversa da tese inicialmente adotada pelo órgão fracionário do TRT.

Para ilustrar tal possibilidade, cogite-se, por exemplo, a seguinte hipótese: uma reclamação trabalhista na qual um empregado postula contra seu empregador diferenças salariais por isonomia salarial. Na primeira instância, o empregado não tem êxito, por não desempenhar as mesmas atividades que outro empregado. Em sede de recurso ordinário, o TRT poderá ser provocado a se manifestar sobre: se a isonomia salarial depende, ou não, do desempenho de mesmas atividades pelo empregado reclamante em relação a outro empregado (paradigma). Pode ocorrer que uma

única turma do TRT (para a qual o recurso ordinário fora distribuído) acolha o pleito inicial, entendendo pela desnecessidade de desempenho das mesmas atividades para fins de isonomia salarial, enquanto que, à mesma época, outra ou outras turmas do mesmo TRT estejam julgando com o entendimento contrário, isto é, pela necessidade de desempenho de mesmas atividades.

Prosseguindo o raciocínio na hipótese ora cogitada, é possível que essa turma do TRT não suscite de ofício a existência de decisões atuais e conflitantes para com as decisões de outras turmas. Do mesmo modo é possível que essa turma também não acolha a provocação das partes (em recurso ordinário ou em contrarrazões a esse recurso) para fins de uniformização de jurisprudência, sob o argumento de que a matéria, por exemplo, não detém relevância jurídica.

Em sede de recurso de revista, a parte interessada (nesse caso, o empregador que foi condenado ao pagamento de diferenças salariais por isonomia salarial) provocaria o Presidente do TRT ou o Ministro Relator do TRT para fins de demonstrar o conflito atual entre a decisão da turma e a de outras turmas do mesmo TRT. Em sendo constatada a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo TRT sobre o tema objeto de recurso (recurso de revista, no caso), os autos retornariam a esse TRT para análise da necessidade ou não de desempenho de mesmas atividades em caso de isonomia salarial.

Analisando o incidente de uniformização de jurisprudência, o TRT poderia julgar pela necessidade de desempenho de mesmas atividades, isto é, prevaleceria a tese das outras turmas. Haveria, assim, a situação estranha de *reformatio in pejus* em desfavor do empregado reclamante.

Provavelmente, essa cogitação a respeito da uniformização de jurisprudência no âmbito do TRT deve ser a mais singular e instigante. A *reformatio in pejus* em caso de provocação das

(21) A *reformatio in pejus* consiste em um princípio de direito processual relativo a recursos. De acordo com a doutrina balizada de Nelson Nery Junior, esse princípio tem por objetivo “evitar que o tribunal destinatário do recurso possa decidir de modo a piorar a situação do recorrente” (in NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais — Teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 183), seja por extrapolar o âmbito da matéria impugnada e apresentada ao tribunal, seja pela inexistência de recurso da parte contrária. A doutrina também esclarece que, no entanto, há uma exceção em relação a esse princípio. Diz respeito àquelas matérias que os órgãos do Judiciário podem conhecer de ofício, em qualquer tempo ou instância, tais como as matérias enumeradas no art. 301 do CPC (salvo o seu inciso IX). Tais questões, porque independem de provocação para serem conhecidas, podem ser examinadas sempre, mesmo em sede de recurso, e ainda que em prejuízo de quem submeteu a controvérsia para apreciação do tribunal. Nesse sentido, cite-se a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (in MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 525) e de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini (in WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*: volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 524).

partes, certamente, não produz tantas discussões, na medida em que tal situação exsurge da autonomia das próprias partes (princípio do dispositivo — art. 2º do CPC⁽²²⁾). Por outro lado, o debate maior se restringirá à determinação de uniformização de jurisprudência de ofício pelo Presidente do TRT, pelo Ministro Relator do TST ou, ainda, a requerimento do MPT atuando, não como parte, mas como fiscal da lei.

5. Considerações finais

A partir da análise exposta, pode-se concluir que:

No que tange à uniformização de jurisprudência, a Lei n. 13.015/2014 faz referência expressa à Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil — CPC), muito embora seja válido ponderar que este Código está em vias de ser suplantado pelo Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado n. 166/2010).

O incidente processual de uniformização de jurisprudência tem sido pouco aplicado no âmbito dos vinte e quatro Tribunais Regionais do Trabalho atualmente existentes no Estado brasileiro, o que se constata, por exemplo, pelo levantamento do quantitativo de súmulas já editadas por esses tribunais regionais, desde suas respectivas criações.

Um dos motivos para pouca aplicação desse incidente processual, provavelmente, é que seu procedimento implica em cisão do julgamento de recursos, isto é, primeiramente, o tribunal deverá, por meio de determinado órgão, definir qual será a interpretação a ser dada a determinado dispositivo jurídico. Posteriormente, então, o órgão fracionário, incumbido de julgar o recurso, deverá proferir sua decisão, observando-se a decisão daquele outro órgão. Tal procedimento faz que a solução de divergências jurisprudenciais seja mais vagarosa.

(22) Art. 2º do CPC: Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

A novel redação do § 3º do art. 896 da CLT vem a reforçar o dever de uniformizar dos TRTs, com o intuito de ensejar maior previsibilidade das decisões judiciais na Justiça do Trabalho.

O § 3º do art. 896 da CLT faz menção expressa e específica no sentido de que deve ser aplicado o procedimento de uniformização de jurisprudência previsto em livro, título e capítulo específicos do CPC. Apesar disso, tendo em vista que a tônica é estabelecer a coerência das decisões judiciais, nada impede que, por meio de outros expedientes, os tribunais uniformizem sua jurisprudência, valendo-se, por exemplo, do mecanismo de prevenção ou composição de divergência previsto no art. 555, § 1º do CPC ou, ainda, da atuação das Comissões de Jurisprudência (tal denominação não é única) existentes em cada tribunal.

O trecho “*no que couber*” constante na novel redação do § 3º do art. 896 da CPC diz respeito à organização administrativa e à composição dos órgãos no âmbito de cada TRT, não significando que a uniformização de jurisprudência dependa de ato discricionário de cada TRT. Tal trecho significa também que o procedimento de uniformização de jurisprudência, tal como previsto no CPC, não poderá ser adaptado ou alterado em cada TRT. Afinal, se se pretende uniformizar as jurisprudências de cada TRT, também é lícito afirmar que o próprio procedimento para fazê-lo deva ser uniforme.

Tendo em conta a novel redação dos §§ 4º e 5º do art. 896 da CLT, pode-se afirmar que, doravante, a uniformização de jurisprudência torna-se também um mecanismo repressivo, na medida em que, em sede de recurso destinado ao TST, as partes interessadas ou o MPT poderão suscitar a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto desse recurso. Tal suscitação, obviamente, dar-se-á em tópico próprio dentro desse recurso para análise quer do Presidente do TRT quer do Ministro Relator no TST.

Cabe à parte interessada ou ao MPT zelar pela provocação do incidente processual de uniformização de jurisprudência em tempo oportuno perante o TRT, sob pena de, em posterior análise, o Presidente do TRT ou o Ministro Relator do TST reputar como preclusa tal provocação na via recursal.

Por derradeiro, em sendo determinado o retorno dos autos pelo Presidente do TRT ou pelo Ministro Relator do TST, depois de constatarem existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito de determinado TRT, isso poderá ensejar situação de *reformatio in pejus*, isto é, a tese prevalecente no julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência poderá ser diversa da tese inicialmente adotada pelo órgão fracionário do TRT.

A *reformatio in pejus* em caso de provocação das partes, certamente, não produz tantas discussões, na medida em que tal situação exsurge da autonomia das próprias partes (princípio do dispositivo — art. 2º do CPC). Por outro lado, o debate maior se restringirá na determinação de uniformização de jurisprudência de ofício pelo Presidente do TRT, pelo Ministro relator do TST ou, ainda, a requerimento do MPT atuando, não como parte, mas como fiscal da lei.

6. Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. téc. Claudio De Cicco. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Súmulas. Disponível em: <http://www.trt1.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=46569b43-7f20-4b6a-a257-b22afb0b728b&groupId=10157> Acesso em: 8 jan. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 02ª Região. Súmulas. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/juris-sumulas-trtsp>> Acesso em: 8 jan. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 03ª Região. Súmulas. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br/bases/sumulas/sumulas.htm>> Acesso em: 8 jan. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 04ª Região. Súmulas. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/sumula>>. Acesso em: 8 jan. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 05ª Região. Súmulas. Disponível em: <<http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=jurisprudencia>>. Acesso em: 8 jan. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 06ª Região. Súmulas. Disponível em: <<http://www.trt6.jus.br/portal/jurisprudencia/sumulas-trt6>> Acesso em: 8 jan. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 07ª Região. Súmulas. Disponível em: <<http://www.trt7.jus.br/files/jurisprudencia/sumulas/sumula-net1.pdf>> Acesso em: 8 jan. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 08ª Região. Súmulas. Disponível em: <http://www.trt8.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1017&Itemid=417> Acesso em: 8 jan. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 09ª Região. Súmulas. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/paginadownloadcon.do?evento=F9-Pesquisar&tipo=721> Acesso em: 8 jan. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Súmulas. Disponível em: <http://www.trt10.jus.br/?mod=ponte.php&ori=ini&pag=juris_segunda&path=servicos/escola_judicial/verbetes_pleno.htm> Acesso em: 8 jan. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. Súmulas. Disponível em: <<http://portal.trt11.jus.br/Portal/pages/publicacao/layout/layoutsumula.jsf>> Acesso em: 8 jan. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Súmulas. Disponível em: <<http://www.trt12.jus.br/portal/areas/consultas/extranet/Ementario/SUMULASDOTRT12.jsp>> Acesso em: 8 jan. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Súmulas. Disponível em: <<http://www.trt13.jus.br/servicos/jurisprudencia/sumulas>> Acesso em: 8 jan. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. Súmulas. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br/sumulas>> Acesso em: 8 jan. 2015.

- _____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Súmulas. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 8 jan. 2015.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Súmulas. Disponível em: <<http://www.trtes.jus.br/sic/sicdoc/classificacaoviewer.aspx?id=970&cn=752740383&cdp=351&cd=1253&sexp=NumOrdem&sord=desc>> Acesso em: 8 jan. 2015.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. Súmulas. Disponível em: <<http://www.trt18.jus.br/portal/bases-juridicas/sumulas/sumula-trt18/>>. Acesso em: 8 jan. 2015.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região. Súmulas. Disponível em: <<http://www.trt20.jus.br/publicacoes/sumulas-do-trt-20-regiao>>. Acesso em: 8 jan. 2015.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. Súmulas. Disponível em: <<http://www.trt22.jus.br/portal/consultas/sumulas-do-trt-22/>> Acesso em: 8 jan. 2015.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Súmulas. Disponível em: <<http://portal.trt23.jus.br/ecmdemo/public/trt23/jurisprudencia/sumulas>> Acesso em: 8 jan. 2015.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Súmulas. Disponível em: <<http://www.trt24.jus.br/>> Acesso em: 8 jan. 2015.
- _____. Escola Judicial TRT-3ª Região. Histórico da Justiça do Trabalho. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br/escola/memoria/historico.htm>> Acesso em: 6 jan. 2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Glossário Jurídico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>> Acesso em: 12 jan. 2015.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. II.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009. v. III.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. Uniformização de jurisprudência no âmbito dos TRTs. *Revista Justiça do Trabalho*, n. 186, p. 97. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/494.htm>> Acesso em: 8 jan. 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais — Teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Relação de emprego: da estrutura à função⁽¹⁾

Almiro Eduardo de Almeida^(*)

Resumo:

- ▶ O artigo destina-se a realizar uma reflexão crítica acerca do que a tradicional dogmática trabalhista vem entendendo sobre os elementos característicos da relação de emprego. Propõe, ainda, uma análise de tais elementos a partir das diferentes funções que exercem tanto no âmbito restrito da relação de emprego quanto no horizonte mais amplo da realização do Direito do Trabalho.

Palavras-chave:

- ▶ Relação de emprego — Pessoaalidade — Subordinação — Não eventualidade — Onerosidade.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Apresentação (crítica) da tradicional dogmática jurídica acerca da relação de emprego
- ▶ 3. Análise (funcional) dos elementos característicos da relação de emprego
 - a) Pessoaalidade — nota de humanidade presente em toda relação de trabalho
 - b) Subordinação — traço distintivo da relação de emprego
 - c) Não eventualidade — uma característica acidental
 - d) Onerosidade — uma decorrência necessária
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

Talvez a melhor forma de homenagear um doutrinador que, ao invés de simplesmente reproduzir o pensamento até então hegemônico, se preocupou em refletir criticamente e desenvolvê-lo, seja seguir os seus passos refletindo criticamente sobre a sua obra.

Nesse sentido, o presente artigo pretende render homenagem à *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, livro de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, cuja primeira edição foi publicada em 1975 e, ainda hoje, em sua terceira edição, continua sendo considerada a obra de maior relevância sobre o tema no Direito brasileiro. Advirta-se, entretanto, desde já, que a presente homenagem não se limita a reproduzir a obra do homenageado indo, inclusive, não poucas vezes, de encontro a algumas de suas ideias mais caras.

(*) Juiz do Trabalho do TRT da 4ª Região. Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professor do Centro Universitário Metodista – IPA.

(1) Trabalho inédito, redigido em 2013.

Filho de seu tempo, Ribeiro de Vilhena considerou a relação de emprego a partir de sua estrutura, buscando os elementos constitutivos que denominou supostos para definir o seu conceito⁽²⁾.

Hoje em dia, entretanto, alguns jusfilósofos, como Norberto Bobbio⁽³⁾, têm atribuído cada vez maior atenção às funções desempenhadas pelo direito — pensamento ao qual se atribuiu a denominação de teoria funcionalista —, colocando-se, assim, em franca oposição àqueles que dão ênfase à estrutura normativa tais como os juspositivistas Hans Kelsen e Herbert Hart.

Inserindo-nos nesse novo paradigma epistemológico, entendemos que também a relação de emprego deve ser examinada a partir da função que exerce no contexto de um sistema capitalista de produção, e não mais pelos elementos que pretensamente a estruturam. Não podemos conceituá-la sem atentar para a razão pela qual criamos e desenvolvemos historicamente a ideia mesma de relação jurídica de emprego.

2. Apresentação (crítica) da tradicional dogmática jurídica acerca da relação de emprego

A doutrina até hoje tem buscado conceituar a relação de emprego a partir de sua estrutura, lendo no art. 3º da CLT requisitos indispensáveis para a sua configuração⁽⁴⁾. Quando mudamos a perspectiva e passamos

a compreender que a linguagem não é um instrumento a ligar sujeito e objeto, mas sim condição de possibilidade da compreensão, temos condição de romper com o senso comum teórico (cientificismo moderno) que nos conduz, quase de forma inconsciente, a “encaixar”, não sem dificuldades, institutos jurídicos em modelos conceituais concebidos aprioristicamente. Transformamos realidades sociais em conceitos jurídicos e com isso acabamos desnaturando características, forçando definições que teimam em nos inquietar, porque não se enquadram, porque desafiam o que vemos acontecer ao nosso redor.

É o que ocorre com a relação de emprego.

O modelo “relação de emprego” é um fator socioeconômico externo ao Direito e anterior ao surgimento do Direito do Trabalho. Como costuma ocorrer com os mais variados institutos jurídicos, não é o Direito que cria a realidade social a que visa regular, mas, ao contrário, o conflito social se lhe impõe. É assim que o Direito do Trabalho e a noção (jurídica) de relação de emprego surgem das condições de vida social deflagradas na organização econômica conflituosa existente entre trabalhadores e capital entre o final do século XIX e a primeira metade do século XX. Pode-se mesmo sustentar, sem que com isso se queira provocar grandes controvérsias, que o próprio nascimento do Direito do Trabalho decorre da impossibilidade de o Ordenamento Jurídico até então vigente dar conta da nova realidade econômico-social representada pela relação de emprego.

Diante disso, não é de se espantar (ao menos não deveria ser para os operadores do Direito do Trabalho) que a forma de “ler” o Direito não corresponda à complexidade das relações que ele (o Direito) pretende regular. Novas leituras sempre se impõem. É mais do que razoável negar a existência de uma última, completa e insubstituível compreensão da realidade dos fenômenos sociais.

(2) “A conceituação de empregado, no Direito do Trabalho, assenta-se em determinados supostos, um agregado de suportes-de-fato (*tatbestandem*), que atraem a incidência da regra legal.” VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 383.

(3) BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

(4) Nesse sentido, Ribeiro de Vilhena fala em pressupostos de conceituação. In: VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005, *passim*. Delgado faz referência a elementos fático-jurídicos inarredáveis. In: DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 290 *et seq.*

Tradicionalmente, a doutrina identifica quatro elementos como sendo os requisitos necessários para a configuração do vínculo de emprego, no que é seguida de perto pela jurisprudência. São eles: pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade⁽⁵⁾. Parte da doutrina aponta, ainda, um quinto elemento, a prestação do serviço por pessoa física, desdobrando, assim, o primeiro (pessoalidade) em dois⁽⁶⁾.

A construção desses entendimentos é atribuída ao texto do *caput* do art. 3º da CLT, segundo o qual, “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

A proposta central do presente artigo, a ser desenvolvida na próxima seção, é a de uma reflexão crítica acerca de tais entendimentos a partir de uma releitura do dispositivo legal em questão sob uma perspectiva funcionalista da linguagem e do próprio Direito do Trabalho.

3. Análise (funcional) dos elementos característicos da relação de emprego

Compreendidos sob uma nova perspectiva epistemológica, os elementos característicos da relação de emprego podem ser considerados, não mais como requisitos necessários para a configuração estrutural do seu conceito, mas como características que merecem destaque, justamente por suas distintas funções, na configuração do que se deva entender como uma relação de emprego.

a) Pessoalidade — nota de humanidade presente em toda relação de trabalho

A pessoalidade caracteriza-se pelo fato de que o trabalho é humano, ou seja, prestado por um ser humano, e não por uma máquina ou um animal. Esse elemento característico,

embora não seja suficiente para caracterizar a relação de emprego, haja vista estar presente em toda e qualquer relação de trabalho, exerce uma função fundamental no Direito do Trabalho. É que esse ramo do Direito adquire notas de particularidade a ponto de se tornar uma disciplina própria, justamente em razão da proteção dispensada à pessoa humana que trabalha, preceito presente, por exemplo, na própria constituição da Organização Internacional do Trabalho⁽⁷⁾. É em razão da presença de um trabalho *humano*, e da admissão de que esse trabalho seja de algum modo “comercializado”, que se constrói a doutrina trabalhista. O princípio da proteção encontra aqui sua razão de ser. É um ser humano que trabalha e essa é a razão última da necessidade de tutela. A pessoa-lidade, portanto, está na raiz, no fundamento, da existência mesma do Direito do Trabalho.

O reconhecimento do trabalhador como pessoa dá origem ao Direito do Trabalho. À noção de defesa da propriedade, presente na relação entre o senhor e o escravo, a era contemporânea opõe a necessidade de proteção da pessoa que trabalha, reconhecendo-a como cidadã, destinatária das normas jurídicas. Imperioso reconhecer, assim, que é da noção de liberdade, pressuposta em um sistema liberal de produção capitalista, que decorre a necessidade de proteção ao sujeito que trabalha, justamente porque não mais o concebe como propriedade do tomador dos serviços (cuja proteção resumia-se à natural proteção à propriedade privada), mas sim como ser

(5) Por todos, ver VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2005. *passim*.

(6) DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7 ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 290 et seq.

(7) O texto em vigor da Constituição da Organização Internacional do Trabalho foi aprovado na 29ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Montreal, no ano de 1946, e tem, como anexo, a Declaração referente aos fins e objetivos da Organização, que fora aprovada na 26ª reunião da Conferência, na Filadélfia, no ano de 1944. Verifica-se desta última declaração, dentre os princípios fundamentais sobre os quais repousa a Organização o de que “o trabalho não é uma mercadoria”. Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf> Acesso em: 8 maio 2013.

humano, capaz de intervir econômica, cultural e politicamente na sociedade em que se insere, fazendo parte, assim, de sua própria constituição.

O reconhecimento de que o sujeito que presta serviços em uma relação de trabalho é um ser humano, ao que denominamos personalidade, enseja o reconhecimento de uma série de direitos e deveres, o que faz com que alguns autores cheguem a mencioná-lo como um princípio jurídico⁽⁸⁾. É que quando se reconhece ao trabalhador a sua dimensão humana, afastando-se a possibilidade de tratá-lo, por meio do trabalho que presta, como uma mera mercadoria, impõe-se o reconhecimento de sua dignidade.

Segundo Kant, filósofo moderno, ainda adotado pela doutrina jusfilosófica como parâmetro para a identificação da noção de dignidade, as coisas têm um preço, podendo, portanto, serem substituídas por seus equivalentes pecuniários, ao passo que o homem, seja individualmente considerado, ou em toda a coletividade, possui dignidade, o que faz com que seja insubstituível.

O reconhecimento da humanidade, presente em cada homem, é o que leva Kant a formular o imperativo categórico, marca de sua filosofia moral, que, em uma de suas possíveis formulações determina: “*Age de tal modo que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo e nunca apenas como um meio.*”

A aplicação de tal imperativo impõe que todo e qualquer trabalho seja dignificante para a pessoa que o presta e que o sujeito-trabalhador seja sempre tratado como um fim em si mesmo. Essa consideração impõe, certamente, várias consequências práticas, muitas delas simplesmente esquecidas na dinâmica

das relações de trabalho. Não é à toa, ou mera coincidência, que os exemplos trabalhistas figuram dentre os principais apresentados pelos jusfilósofos e doutrinadores que pensam e escrevem sobre direitos fundamentais e o respeito à dignidade humana.

Conforme bem adverte Ribeiro de Vilhena, “o trabalho em si não é objeto de proteção”⁽⁹⁾, o que se protege é o ser humano que trabalha, admitindo-se a ideia de “proteção ao trabalho” tão somente no sentido de que tal expressão compreende a condição de incindibilidade da pessoa do trabalhador com a sua atividade, o trabalho.

A natureza *intuitu personae* do contrato de trabalho, amplamente vinculada pela doutrina ao requisito da personalidade indica a impossibilidade de substituição da pessoa do trabalhador no âmbito de uma mesma relação de emprego. Alguns esclarecimentos se fazem necessários neste ponto.

Em primeiro lugar, o caráter *intuitu personae* não significa dizer que o trabalhador não possa ser auxiliado por outros trabalhadores no desempenho de suas atribuições. Em sentido distinto, essa característica da relação denota que, não apenas o trabalhador auxiliado, mas também os seus auxiliares, serão sujeitos (empregados) das relações de emprego mantidas com o tomador de suas atividades (empregador), ou seja, o caráter personalíssimo da relação de emprego faz com que tais sujeitos-trabalhadores se vinculem ao tomador através de distintas relações empregatícias.

Nesse sentido, adverte expressamente Ribeiro de Vilhena:

Outra consequência, e palmar, aflora aqui: não há empregado de empregado. O empregado deste é empregado de quem seja o primeiro e originário empregador. Fazendo-se a síntese, completa-se o teorema:

(8) Nesse sentido, Ribeiro de Vilhena fala no “princípio da personalidade”. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 404.

(9) VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 22.

o empregado do empregado é *ipso facto* empregado do empregador.⁽¹⁰⁾

Na mesma linha de raciocínio, o trabalhador que é substituído não perde, por essa circunstância, a sua condição de empregado. O que ocorre nesse caso é um fenômeno distinto e paralelo: o seu substituto — justamente pelo fato de que, quando substitui um empregado, tem a sua atividade laboral inserida na atividade econômica da empresa, integrando-a e passando a ser por ela “empregado” a partir daquele momento — passa a figurar também ele na condição de empregado. Desse modo, longe de descaracterizar o vínculo de emprego, o fenômeno da substituição de trabalhadores na dinâmica da empresa faz com que se formem novos vínculos dessa mesma natureza.

Por fim, fenômeno mais reconhecido na doutrina e na jurisprudência e ainda relacionado com o elemento personalidade é a tentativa de mascarar a relação empregatícia, com o intuito de fraude à legislação trabalhista, mediante a “pejotização”, ou seja, transformar uma pessoa natural, um ser humano, em uma pessoa jurídica, na tentativa de afastar o reconhecimento do vínculo de emprego pela ausência do requisito da personalidade. Por certo que, sempre que verificada, a tentativa de fraude deve ser apontada e o vínculo empregatício reconhecido⁽¹¹⁾.

(10) VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 397.

(11) Nesse sentido, inclusive, foi aprovada tese no XVI CONAMAT (Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, ocorrido em João Pessoa-PB, de 1º a 04 de maio de 2012, nos seguintes termos: “Empresa individual. Vínculo de emprego. Prevalência da primazia da realidade. O fenômeno da ‘pejotização’ em suas diferentes formas é uma espécie de precarização do trabalho. Haverá vínculo de emprego entre o trabalhador, que constituiu empresa individual de responsabilidade limitada nos termos da Lei n. 12.441/2011 e o tomador de seus serviços quando estiver configurada a subordinação jurídica. Aplica-se, no particular, o princípio da primazia da realidade em detrimento da formalidade da criação da pessoa jurídica.” Disponível em: <<http://www.conamat.com.br/tesesaprovadasconamat.asp>> Acesso em: 20 maio 2013.

b) Subordinação — traço distintivo da relação de emprego

Na relação de trabalho (seja ela subordinada ou não), o objeto é o trabalho humano, indissociável de quem o presta. Isso parece já ter sido suficientemente esclarecido. Por sua vez, quando o trabalho humano é colocado à disposição de outrem, cujo objetivo (como regra geral em nosso sistema) é a obtenção de lucro (apropriação da mais-valia), tem-se um trabalho subordinado. Por isso mesmo, na Espanha, a identificação do trabalho objeto do direito do trabalho se dá a partir da noção de “trabalho por conta própria” e “trabalho por conta alheia”, sendo esse último o trabalho de que cuida esse ramo especial do direito.

A subordinação como conceito jurídico que identifica a relação decorre do fato objetivo de que o homem não se separa do trabalho que realiza, vai com ele — expende horas de vida, gasta neurônios, envelhece, vive, enquanto trabalha. Por consequência, sua condição humana se subordina a uma finalidade menor (em termos de objetivo de existência humana) diretamente ligada ao lucro.

Em outras palavras, se enquanto trabalha o homem (em sua condição de ser humano) está submetido a uma estrutura de organização empresarial destinada a um objetivo, do qual o trabalho por ele prestado faz parte, juntamente com todos os outros elementos da empresa, estamos diante de uma relação de trabalho subordinado.

A doutrina clássica brasileira definia a subordinação a partir de critérios subjetivos, como a sujeição às ordens do empregador ou o cumprimento de horário, o que hoje ainda verifica-se com espantosa frequência na prática forense. Há algum tempo, entretanto, já é possível identificar a noção de subordinação objetiva que hoje vem adquirindo força na doutrina brasileira. A partir dessa concepção de subordinação, se percebe que a direção da atividade não implica dar ordens diretas ou controlar horários, mas informar ao empregado

o que se pretende com a sua mão de obra, inserindo-a em uma atividade empresarial⁽¹²⁾.

Mauricio Godinho Delgado identifica a subordinação objetiva (também conhecida como subordinação estrutural) como “inserção estrutural do obreiro na dinâmica do tomador de seus serviços”⁽¹³⁾. É subordinado, portanto, o trabalhador cuja mão de obra se insere na atividade no empreendimento, na finalidade empresarial. Sempre que presente a subordinação objetiva, estaremos diante de uma relação jurídica de emprego (espécie de relação de trabalho). A subordinação, desse modo, passa a constituir critério exclusivamente objetivo, relacionado ao objeto do contrato de trabalho: à mão de obra, e não à pessoa do contratante-empregado.

Também na Espanha, parte importante da doutrina propõe a expansão do conceito de subordinação a partir de uma nova visão do conceito de alienação. Assim, para Manuel Alonso Olea o que caracteriza o contrato de emprego é o “caráter alheio original dos frutos do trabalho”, ou seja, há subordinação sempre que os frutos do trabalho pertençam ao tomador dos serviços. É, em realidade, o conceito de alienação em Marx, a perda — operada pela era moderna e sofrida pelo trabalhador — dos meios de produção e dos frutos do trabalho.

A confusão verificada na doutrina, até data recente, entre o conceito de subordinação como característica de um contrato em que a troca é desigual (tempo de vida por dinheiro) e o conceito subjetivado de subordinação, em que se perquire a condição de assujeitamento do trabalhador, se deve, em grande medida, à verificação do poder privado que aí se inscreve.

Trata-se de um poder que não pode ser ignorado e que justificou, inclusive, teorias acerca dos deveres diretos de proteção de particulares, em relação aos direitos fundamentais. Esse poder, entretanto, não explica a subordinação. Ele existe em função dela. É exatamente porque admitimos e estimulamos uma relação jurídica fundada em troca materialmente desigual, na qual um dos “contratantes” “vai junto” com sua “prestação”, que o poder privado encontra aqui ambiente fértil para vicejar e se desenvolver. O fato de entregar dinheiro e receber a humanidade do trabalhador no ambiente de sua empresa, coloca o empregador em situação de vantagem objetiva. O poder privado, portanto, em certa medida, constitui a relação de trabalho, de sorte a não ser viável imaginar uma relação de trabalho subordinado, sem a presença desse poder invisível, mas assustadoramente forte⁽¹⁴⁾.

Daí a necessidade de superação do conceito de subordinação como algo ligado à pessoa do trabalhador e de reconhecimento de uma concepção jurídica de subordinação, que considere a inserção do trabalho na estrutura da empresa, desprezando a maior ou menor submissão do trabalhador ao empregador como critério para definição ou não de existência de vínculo.

Existem, pois, duas circunstâncias relevantes, quando se pretende investigar o que identifica, no mundo contemporâneo, uma relação jurídica de emprego. A primeira é justamente a caracterização da subordinação objetiva, como critério diferenciador que, entretanto, despreze circunstâncias pessoais, fixando-se tão somente na necessidade que a atividade realizada tem para que o empreendimento exista como tal. A

(12) Ribeiro de Vilhena acentua que “à atividade como objeto de uma relação jurídica, não pode ser assimilado o trabalhador como pessoa. Qualquer aceção em sentido diverso importará em coisificá-lo”. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 465.

(13) GODINHO DELGADO, Mauricio. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. In: *Revista Legislação do Trabalho*, LTr, São Paulo, ano 70, n. 6, p. 667, 2006.

(14) “A retirada desse ‘poder social’ destruiria a própria noção de contrato de trabalho, engendrada pelo sistema capitalista e liberal de produção. Disso se extrai que o poder presente na relação de trabalho e que justifica o ‘dever de proteção’, em nada se relaciona às qualidades pessoais de quem trabalha. Diz com as qualidades genéticas dessa relação privada.” SEVERO, Valdete Souto. *O Dever de Motivação da Despedida na Ordem Jurídico-constitucional brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 154.

segunda é a identificação desse poder privado que habita a relação de trabalho subordinado, seja para afastá-lo da caracterização de subordinação, seja para ressignificá-lo, na busca de sua máxima mitigação, a fim de emprestar algum crédito à concepção da relação de trabalho como contrato.

A disciplina no ambiente de trabalho, a submissão a ordens, a inconstitucional atribuição de punições ao empregado⁽¹⁵⁾ não constituem, pois, elementos que identificam a presença de subordinação. São, isso sim, distorções, abuso do poder social que germina em razão da troca desigual aqui admitida e estimulada pelo sistema econômico que adotamos. A doutrina que reconhece na subordinação a necessária sujeição do trabalhador é expressão dessa suposta necessidade de disciplina e submissão⁽¹⁶⁾, confundindo a distribuição de poder na relação de trabalho, com os elementos da relação em si.

A noção de subordinação objetiva, por outro lado, tem o mérito de reconhecer que não existe um poder inato de controle e sujeição do empregador sobre o empregado, nem é possível identificar aí uma das características da relação de trabalho. O que a caracteriza, segundo essa doutrina, não é a sujeição da pessoa do trabalhador, mas o fato de o trabalhador (que não se separa do trabalho que realiza) prestar

uma atividade necessariamente sujeita, isto é, subordinada à dinâmica da empresa.

Reconhecer essa circunstância, somada à noção de pessoalidade acima desenvolvida, importa rechaçar a ideia de punibilidade privada, de sujeição de um sujeito de direito a outro, de submissão. O conceito de subordinação objetiva caminha, assim, no sentido de desmistificar esse poder privado, limitando-o ao máximo. A subordinação, no patamar atual da civilização e, especialmente, no âmbito de um Estado constituído como democrático, social, solidário e justo, não pode mais servir para legitimar o exercício do poder privado pelo empregador.

c) Não eventualidade — uma característica acidental

A não eventualidade, nesse contexto, afigura-se característica acidental da relação de emprego, podendo estar presente ou não para a configuração do vínculo. É, portanto, irrelevante sua identificação, para que se conclua estar ou não diante de uma relação de emprego. Nesse sentido, já intui o próprio Ribeiro de Vilhena, como se extrai dessa passagem:

Observar-se-á que a eventualidade é um pressuposto que deve ser revisto, não só pela precariedade de contornos e pela mobilidade ou fluidez com que transita de caso para caso, como por não guardar qualquer relação com o objeto básico da tutela jurídica na prestação de serviços: o trabalho por conta alheia. Eventual ou não, o trabalho foi prestado, com um intensivo tônus de pessoalidade, integrou o patrimônio do credor e correspondeu a um desgaste psicofísico de seu prestador. Esses são os supostos fundamentais que dão nascimento à tutela jurídica no Direito do Trabalho.⁽¹⁷⁾

O problema de se enquadrar a dinâmica realidade social em uma categoria jurídica

(15) Nosso Ordenamento Jurídico em momento algum autoriza a aplicação de penas ao empregado. Não há previsão da possibilidade de advertir ou suspender. O único artigo da CLT que se refere à suspensão por mais de trinta dias, está no capítulo das hipóteses de suspensão ou interrupção do contrato (nenhuma delas de caráter disciplinar) e constitui direito do trabalhador.

(16) Aldacy Rachid Coutinho refere que “mediante o exercício do poder diretivo materializa-se a subordinação, elemento caracterizador da própria relação de emprego, traduzindo-se na indicação e detalhamento das modalidades técnicas de execução da obrigação principal de prestar trabalho em face da existência de um contrato de trabalho. O empregador dá ordens sobre o modo, tempo e lugar da prestação de trabalho”. COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder Punitivo Trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999. p. 52.

(17) VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 414-415.

apriorística fez com que os doutrinadores debatessem ao longo da evolução do pensamento juslaboralista sobre diferentes teorias acerca do que deveria ser compreendido pelo requisito da não eventualidade.

Délio Maranhão considera não eventual “a utilização da força de trabalho, como fator de produção [correspondendo] às necessidades normais da atividade econômica em que é empregada”⁽¹⁸⁾. Em contraposição, considera trabalhador eventual, o “biscateiro”, aquele admitido “por circunstâncias excepcionais ou transitórias do estabelecimento”⁽¹⁹⁾.

Contrariamente a tal limitação, há de se considerar, entretanto, que, tratando-se ou não de “necessidades normais da atividade econômica explorada pela empresa”, o trabalhador disponibilizou a sua força de trabalho e, portanto, uma dimensão de sua pessoa (pessoalidade); sua atividade participou integralmente da atividade da empresa (subordinação); sendo, no plano fático, portanto, sua força de trabalho, “empregada” pela empresa durante o período em que prestou serviços. Nesse ponto, destacamos que o próprio Délio Maranhão sustenta ser irrelevante o tempo de duração da prestação do serviço⁽²⁰⁾. Não é razoável, portanto, o entendimento de que, simplesmente por não se tratar de uma necessidade normal da atividade empreendedora, esse trabalhador que foi, *de fato*, empregado pela empresa seja excluído da proteção decorrente do reconhecimento *jurídico* desse emprego.

Sob o ponto de vista do trabalhador, e mesmo do tomador do serviço, no momento em que o serviço lhe está sendo prestado, o fato de ser uma necessidade excepcional, transitória ou normal da atividade explorada pela empresa, não parece ser um elemento substancialmente capaz de afastar o reconhecimento

de uma típica relação de emprego, tendo em vista que o tomador do trabalho está efetivamente “empregando” o sujeito que trabalha na dinâmica de sua atividade econômica.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado à teoria defendida por Mozart Victor Russo-mano, segundo a qual “eventual é o trabalho que depende de acontecimento incerto, causal, fortuito”⁽²¹⁾. Para esse doutrinador, a ideia de eventualidade (contraposta ao elemento em questão) corresponde ao seu exato “conceito gramatical”, sendo que os fatos é que deverão revelar “se a tarefa do trabalhador na empresa é eventual ou permanente”.

Para Amauri Mascaro Nascimento:

Eventual é o trabalho que, embora exercitado continuamente e em caráter profissional, o é para destinatários que variam no tempo, de tal modo que se torna impossível a fixação jurídica do trabalhador em relação a qualquer um deles.

Assim, trabalhador eventual é o mesmo que profissional sem patrão, sem empregador, porque o seu serviço é aproveitado por inúmeros beneficiários e cada um destes se beneficia com as atividades do trabalhador em frações de tempo relativamente curtas, sem nenhum caráter de permanência ou de continuidade. Trabalho transitório, portanto caracterizado por tarefas ocasionais de índole passageira.

[...]

Se o eventual passa a exercer continuamente a sua atividade em relação permanente quanto a um dos destinatários, deixa de ser eventual, passa a ser empregado.⁽²²⁾

Não se pode deixar de notar uma (sutil) petição de princípio na tentativa de explicação

(18) SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 22 ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 311.

(19) *Idem*.

(20) *Idem*.

(21) RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. v. I. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 12.

(22) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 320.

elaborada pelo professor ao sustentar que “trabalhador eventual é o mesmo que profissional sem patrão, sem empregador”.

A par disso, a teoria de Nascimento inova ao apresentar alguns elementos tais como a fixação jurídica do trabalhador em relação ao tomador do trabalho em contraposição ao “aproveitamento” do trabalhador por inúmeros beneficiários, “em frações de tempo relativamente curtas”, o que caracterizaria o trabalho eventual.

Nesse passo, parece-nos que Nascimento acaba por confundir as noções de não eventualidade — ainda considerada pela doutrina majoritária como requisito necessário para a configuração da relação de emprego — e exclusividade — característica possivelmente existente no contrato de trabalho, seja por força de lei, seja pela vontade das partes, mas que a doutrina, em sua esmagadora maioria considera dispensável para a formação do vínculo empregatício. Com efeito, não é o tempo que o empregado leva prestando seus serviços ou o número de empregadores que tomam o seu trabalho, o que fará com que a relação mantida entre as partes seja considerada como um vínculo de emprego. Repita-se, mais uma vez, o que caracteriza a relação socioeconômica de emprego e que justifica a sua proteção pelo Ordenamento Jurídico é o fato de a força de trabalho de um ser humano (pessoalidade) ser “empregada” em um empreendimento, de forma que a sua atividade laboral passe a integrar a atividade econômica empreendida (subordinação), independentemente do lapso temporal em que tal emprego se dê e do número de sujeitos que se beneficiem dos serviços prestados pelo trabalhador.

Observe-se, a propósito, que o próprio Nascimento reconhece ser o trabalho subordinado o “objeto do direito individual do trabalho” e o que identifica a figura do empregado, sendo, pois, “a nota que o caracteriza”, muito embora logo em seguida acrescente:

Mas não só o trabalho do empregado é subordinado. Também o é o trabalho do

eventual, assim considerado aquele que descontinuadamente presta serviços para outrem. Por esse motivo é que não pode ser beneficiado com os mesmos direitos previstos para o empregado, sendo essa a principal causa da marginalização do eventual e da falta de proteção jurídica que não recebe, mas que deveria receber, pautada em critérios próprios.⁽²³⁾

Uma aparente evolução pode ser percebida na teoria apresentada por Ribeiro de Vilhena que busca desvincular a ideia de eventualidade de uma noção estreitamente ligada ao tempo. Recorrendo às lições de Barassi e de Mario de La Cueva, Vilhena entende por eventual o trabalho “prestado em caráter transitório, acidental, isto é, o que não seja necessário como serviço por uma exigência permanente do tomador”⁽²⁴⁾.

Assim, não seria mais o fator tempo que deslocaria a prestação de trabalho de eventual para não eventual, mas sim o próprio nexos relacional que a prestação desenvolvida pelo trabalhador guarda com a atividade da empresa. Em substituição à caracterização temporal da prestação do trabalho, Vilhena propõe um conjunto de elementos que, segundo o autor, devem ser harmonicamente considerados, atribuindo-se maior relevância aos elementos objetivos do liame:

a) função desempenhada pelo prestador na empresa, se necessária e permanente ou não; b) forma subordinativa ou não da prestação; c) condição social de biscateiro do prestador, que denuncia autonomia negocial; d) ajuste prévio ou não da natureza da prestação; e) serviços estranhos, não só ao curso da atividade empresária como à própria expectativa do credor do trabalho;

(23) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 323.

(24) VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2005. p. 406.

f) predominância ou não do resultado a ser alcançado pelo trabalho e não deste como pura atividade.⁽²⁵⁾

A consideração conjunta desses fatores denota, entretanto, a similitude que o autor atribui aos conceitos de não eventualidade e subordinação. Isso porque a resposta à pergunta acerca da “necessidade permanente” dos serviços prestados pelo trabalhador, deve levar em consideração necessariamente a sua contextualização na atividade desenvolvida pela empresa, ou seja, a “participação integrativa” de sua atividade na atividade do credor do trabalho. Dito de outra forma, excluída a consideração do tempo e a intenção das partes (que o próprio Vilhena assevera não possuir a mínima força vinculativa para a caracterização da relação de emprego⁽²⁶⁾) para a caracterização da não eventualidade, todo o trabalho subordinado se mostra necessariamente não eventual: a consideração de que os serviços são permanentemente necessários para a dinâmica operacional da empresa decorre do fato de estarem acoplados (participativamente) em sua dinâmica e, reciprocamente, a inserção de tais serviços na atividade empresarial faz com que sejam permanentemente necessários para o seu contínuo desenvolvimento.

É possível concluir, pois, que a fórmula adotada por Vilhena “salva o fenômeno”, mas não consegue, ainda, justificar a não eventualidade como um requisito ou pressuposto necessário à configuração do vínculo de emprego *per se*, ou seja, sem recorrer à ideia de subordinação objetiva, esta, sim, o único elemento distintivo e necessário para configurar essa relação jurídica típica.

Melhor seria, então, atribuir maior atenção a uma conclusão já expressada pelo próprio Ribeiro de Vilhena para identificar de forma mais precisa a função exercida pelo elemento

(25) VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 418.

(26) *Ibidem*, p. 407-408.

não eventualidade na conformação do vínculo empregatício:

Eventual ou não, o trabalho foi prestado, com um intensivo tónus de pessoalidade, integrou o patrimônio jurídico do credor e correspondeu a um desgaste psicofísico de seu prestador. Esses são os supostos fundamentais que dão nascimento à tutela jurídica no Direito do Trabalho.⁽²⁷⁾

Repita-se, uma vez mais, a não eventualidade não é um requisito indispensável para a configuração do vínculo de emprego. Quando considerada como uma necessidade da empresa, assemelha-se à subordinação (em sua dimensão objetiva, a única ainda admissível no atual estágio de evolução civilizatório); quando considerada sob o seu aspecto temporal, revela-se como uma característica acidental que pode, ou não, estar presente na relação de emprego, determinando-lhe os contornos jurídicos específicos e as normas possivelmente aplicáveis, mas nunca a sua efetiva existência.

d) Onerosidade — uma decorrência necessária

Inserido em um sistema capitalista de geração de riquezas, o trabalho objeto do Direito do Trabalho é essencialmente econômico. Sendo assim, a onerosidade não deve ser compreendida como um requisito ou um pressuposto para a configuração da relação de emprego, como a doutrina tradicional a tem entendido, ou seja, não se trata de uma condição necessária para a configuração deste vínculo jurídico.

Tampouco se apresenta como uma mera característica, que possa ser reconhecida ou afastada. Diferentemente do que ocorre com a não eventualidade, a onerosidade não pode ser considerada uma característica acidental do vínculo empregatício porque sua presença é indispensável. Características acidentais, como vimos, podem estar presentes ou não, e

(27) *Ibidem*, p. 415.

a onerosidade definitivamente não é algo que possa se compreender dispensável ou mesmo irrelevante em uma relação de emprego. Tampouco é uma característica necessária, tendo em vista que não se perquire, ou ao menos não se deveria perquirir, sobre o efetivo pagamento de salários para se constatar a efetiva existência ou não de um vínculo de emprego.

Adotados os pressupostos que orientam o presente artigo e considerados os argumentos até aqui expostos, é possível perceber que, presentes as condições necessárias e suficientes para a configuração da relação de emprego (pessoalidade e subordinação), o trabalho prestado deverá necessariamente se revestir de onerosidade. Trata-se, portanto, não de um pressuposto ou de uma característica, mas de uma decorrência dessa espécie de vínculo.

Tal consideração — assim como a irrelevância da não eventualidade para a configuração da relação empregatícia — também pode ser intuída de uma leitura atenta do livro de Ribeiro de Vilhena que, ao tratar do assunto, lhe atribui o sugestivo título de “O SALÁRIO. A PRESUNÇÃO”, denotando a ideia de que se trata de um “pressuposto” a ser presumido.

Nesse sentido, Barassi já sustentava que o trabalhador empenha-se para conseguir uma retribuição e, para Mazzoni, deve-se admitir subsistente a característica da onerosidade, insita na relação de trabalho⁽²⁸⁾.

De forma ainda mais clara e expressiva, Ribeiro de Vilhena cita ampla doutrina que afasta a onerosidade como requisito necessário para a configuração da relação de emprego. Transcrevemos aqui os ensinamentos de Maus, para quem “a remunerabilidade (*die Entgeltlichkeit*) não pertence ao conceito de empregado”, e Schaub, segundo o qual “não é essencial ao conceito de empregado seja o trabalho prestado contra pagamento (*gegen*

Entgelt) ou exercido em caráter profissional (*berufsmässig ausgeübt wird*)”⁽²⁹⁾.

Vilhena cita, ainda, a seguinte jurisprudência no mesmo sentido:

Segundo o doutrinador Ernesto Krotoschin (*in Instituciones del derecho del trabajo*) são quatro os requisitos que compõem o conceito de trabalhador — prestação de serviços, existência de um patrão, relação de coordenação com este mesmo patrão e dependência. Do exame dos autos, constata-se que apenas o primeiro elemento restou caracterizado. Ademais, não foram comprovadas a pessoalidade e a subordinação na prestação de serviços. Recurso a que se nega provimento. TRT 10^a Reg., 2^a T., rel. juiz Miguel Setembrino.⁽³⁰⁾

Depreende-se, de tudo o que se disse até aqui, que a configuração da relação de emprego depende tão somente de dois requisitos, ou pressupostos: a pessoalidade (que deve estar presente em toda relação de trabalho e na relação de emprego adquire uma dimensão especial, justamente pelo fato de essa relação ser o modelo de exploração de trabalho humano no sistema capitalista) e a subordinação (que em sua dimensão objetiva, única atualmente aceitável, pressupõe a inserção da atividade do trabalhador na atividade econômica explorada pela empresa).

É justamente essa inserção, que na dinâmica econômico-social se apresenta duplicada (inserção da atividade do trabalhador na atividade da empresa, e desta na dinâmica do sistema econômico-social) que faz com que a exploração do trabalho “empregado” tenha de se dar, necessariamente, mediante retribuição pecuniária, ou seja, deva ser onerosa. É a prática capitalista que impõe a troca de força de trabalho por dinheiro e impede que o trabalho, prestado e inserido nessa prática social, seja gratuito.

Presentes, pois, as características necessárias e suficientes para a configuração da relação

(28) VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2005. p. 740.

(29) *Ibidem*, p. 746.

(30) *Ibidem*, p. 746-747.

de emprego, impõe-se o reconhecimento da onerosidade do trabalho prestado — o dever de pagar salário. Trata-se, portanto, de uma decorrência do vínculo, e não de um pressuposto ou uma condição.

Tanto é verdade que a ausência do pagamento, ou mesmo do ajuste, de salários, não é suficiente para afastar o reconhecimento de uma relação de emprego quando o trabalho prestado se insere no âmbito da produção de riquezas do sistema capitalista. A primeira situação (ausência de pagamento) é considerada como um gravíssimo inadimplemento por parte do empregador, a justificar, inclusive a rescisão indireta do contrato de trabalho (art. 483, alínea “d”, da CLT); a segunda (ausência de ajuste de salário) poderia configurar, inclusive, redução à situação análoga à de escravo (art. 149 do Código Penal, acrescido pela Lei n. 10.803/2003).

Diante disso, apenas nos raríssimos casos em que se verifique efetivamente afastado o pressuposto da utilização (emprego) do trabalho alheio em um contexto capitalista é que se pode cogitar de trabalho voluntário. Trata-se das hipóteses em que entidades atuam fora da racionalidade capitalista, o que significa dizer, não tenham fins lucrativos e prestem serviços com finalidades tipicamente altruístas, com objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos, de assistência social ou mutualidade, conforme, inclusive, dispõe a Lei n. 9.608, de 1998. Somente quando verificados esses dois pressupostos: trabalho para entidade sem fins lucrativos e atividade tipicamente altruísta, é que se pode questionar acerca da vontade das partes, ou seja, se a relação efetivamente foi realizada sem a intenção contraprestativa — aspecto que a doutrina costuma denominar de dimensão subjetiva da ausência de onerosidade.

4. Considerações finais

Partindo das lições de Ribeiro de Vilhena e buscando refletir criticamente sobre os

elementos que a tradicional doutrina tem considerado como requisitos, ou pressupostos para a configuração da relação de emprego, apresentamos, no presente trabalho, uma tentativa de reclassificação de tais elementos — pessoalidade, subordinação, não eventualidade e onerosidade — sob a perspectiva da função que cada um deles exerce na relação em que são verificados (relação de emprego) e, de forma mais ampla, na função que deve desempenhar o próprio Direito do Trabalho.

Tal esforço reflexivo nos levou a considerar que tais elementos não podem mais ser considerados (em seu conjunto estrutural) como condições necessárias para a configuração de uma relação de emprego, passando a assumir funções distintas não só na caracterização desse específico vínculo jurídico, mas também na própria forma de aplicar o Direito.

Nesse passo, na pessoalidade foi identificado o relevante papel de destacar a importância do homem-que-trabalha, superando, inclusive, tradicionais formas de pensamento que, em tempo não muito distante, reconhecia o trabalho (e o próprio homem, que dele não se desprende enquanto realiza o ato de trabalhar) como mercadoria a ser utilizada e explorada pelo sistema capitalista de produção.

A subordinação perde o seu viés subjetivo-sujeitador e adquire uma nova compreensão sob o ponto de vista objetivo/estrutural, que retira do trabalhador a carga de sujeição que lhe era imposta e faz com que o homem seja compreendido como pessoa que presta sua força ao capital e, justamente por isso, tem de ser respeitado e valorizado.

A não eventualidade perde a sua nota de essencialidade para a configuração do vínculo e passa a ser considerada como uma característica contingente e, até certo ponto, irrelevante. Limita-se a potencial função de elemento identificador de distintas formas de prestação de serviço, sem contudo retirar a proteção que merece o vínculo empregatício, quando não se verificar presente.

A onerosidade, por fim, se apresenta como uma decorrência necessária da exploração de trabalho alheio no contexto capitalista de produção, fazendo com que o trabalhador seja pecuniariamente recompensado pela utilização (emprego) de sua força de trabalho. Revela, por outro lado, o caráter imperfeito do sinalagma existente nessa relação jurídica que permite que o homem troque a sua força, o seu intelecto, o seu tempo, enfim, parte do seu *ser* por dinheiro.

Somente quando superarmos uma percepção meramente estrutural do vínculo de emprego é que conseguiremos perceber que a função dos elementos aqui estudados se confunde com a própria função do Direito do Trabalho: garantir de forma integral o respeito à dignidade do homem-trabalhador.

5. Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. de Daniela Baccacia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>.

BRASIL. Teses aprovadas no XVI CONAMAT. Disponível em: <<http://www.conamat.com.br/tesesaprovadasconamat.asp>>.

COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder Punitivo Trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999.

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

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SEVERO, Valdete Souto. *O Dever de Motivação da Despedida na Ordem Jurídico-constitucional brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 22 ed. São Paulo: LTr, 2005.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

Crítica ao contrato de aprendizagem como forma de promoção do trabalho decente do adolescente

Patrícia Maeda^(*)

Resumo:

- ▶ O trabalho decente é uma expressão bastante invocada ultimamente, em especial para nortear políticas públicas. Com relação à proteção do trabalho do adolescente ('trabalho decente e juventude'), dentre as várias estratégias conhecidas, uma das mais defendidas no Brasil é a aprendizagem. Este artigo questiona a adequação desse contrato de trabalho como instrumento do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, confrontando-o com os princípios informadores do trabalho decente na Organização Internacional do Trabalho.

Palavras-chave:

- ▶ Trabalho decente e contrato de aprendizagem — Proteção integral — Liberdade — Igualdade — Segurança — Direitos Humanos.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Trabalho decente e aprendizagem na OIT e no Brasil
- ▶ 3. Aprendizagem e aprender
- ▶ 4. Contrato de aprendizagem e liberdade
- ▶ 5. Contrato de aprendizagem e igualdade
- ▶ 6. Contrato de aprendizagem, segurança e direitos humanos
- ▶ 7. Considerações finais
- ▶ 8. Referências bibliográficas

(*) Mestranda em Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bolsista do *Programme des futurs leaders dans les Amériques (PFLA)*, sob a co-orientação do Professor Titular Angelo Soares, da *Université du Québec à Montréal (UQAM)*. Juíza do Trabalho Substituta do Tribunal Regional

do Trabalho da 15ª Região. Membro da Comissão de Direitos Humanos da Associação dos Magistrados do Trabalho do TRT 15ª Região (Amatra XV). Ex-representante dos Juizes do Trabalho Substitutos no Conselho Consultivo e de Programas da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

“Se queres colher em um ano,
deves plantar cereais.
Se queres colher em uma década,
deves plantar árvores;
Mas se queres colher a vida inteira,
deves educar e capacitar o ser humano.”
Provérbio chinês⁽¹⁾

1. Introdução

Em sua primeira sessão, em 1919, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou duas Convenções relativas ao trabalho da criança e à jornada de trabalho. O trabalho infantil era, sem dúvidas, uma das questões mais urgentes a serem enfrentadas. Quase um século depois, a erradicação do trabalho infantil ainda é uma das metas da OIT e um compromisso do Brasil⁽²⁾. Há menos tempo, tem-se discutido também no âmbito nacional e internacional a promoção de trabalho decente para o adolescente.

No entanto, há uma certa dificuldade na obtenção de dados estatísticos sobre os adolescentes entre 14 e 17 anos, pois a maior parte dos resultados da PNAD — Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, promovida pelo IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, acerca do trabalho, contempla “trabalhadores de 15 anos ou mais”. Apesar disso, pode-se afirmar que, em 2013, havia cerca de 2,7 milhões de adolescentes de 14 a 17 anos trabalhando (84,1% do total de trabalhadores com menos de 18 anos)⁽³⁾. Certo é que grande parte desses trabalhadores se encontra no mercado informal, mas a formalização do

contrato de trabalho, ainda que nos moldes do contrato de aprendizagem, seria suficiente para garantir a proteção integral ou, ainda, a promoção de trabalho decente a esses jovens? Sem a pretensão de esgotar as questões sobre o tema, nosso objetivo é o de analisar o contrato de aprendizagem em cotejo com o paradigma do trabalho decente e trazer outros elementos para essa reflexão, sem nos restringir ao âmbito normativo.

2. Trabalho decente e aprendizagem na OIT e no Brasil

Desde sua fundação, a OIT adotou 189 Convenções e 203 Recomendações⁽⁴⁾, além de diversos protocolos. Atualmente, a meta principal da OIT é “promover oportunidades para que mulheres e homens obtenham trabalho produtivo e decente, em condições de liberdade, igualdade, segurança e direitos humanos”⁽⁵⁾. Vários documentos da OIT se referem à expressão “trabalho decente” e diversas metas e estratégias são traçadas com base nessa ideia. Contudo, não há uma definição muito precisa sobre o que seja decente em termos de trabalho para OIT, pois há apenas referências a *dimensões e princípios*.

A Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais do trabalho foi adotada em 1998 para promover direitos básicos, tais como: liberdade de associação e negociação coletiva, proibição do trabalho forçado e infantil e da discriminação no trabalho. Esses direitos básicos são considerados pré-requisitos para se tornar estado-membro da OIT⁽⁶⁾ e servem

(1) BAUMAN, Zygmund. *Sobre Educação e Juventude*. São Paulo: Zahar, 2013. p. 22.

(2) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração de Brasília*: Documento final da III Conferência Global sobre Trabalho Infantil. Brasília, 8-10 out. 2013. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ipeinfo/product/download.do?type=document&id=23483>> Acesso em: 11 dez. 2014.

(3) Conforme divulgação do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Disponível em: <<http://sala-deimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2722>> Acesso em: 14 dez. 2014.

(4) Dados atualizados até 30.9.2014 pelos sítios eletrônicos da Organização Internacional do Trabalho: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12000:968379034323042:::P12000_INSTRUMENT_SORT:4> e <<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12010:0::NO:::>>.

(5) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Un travail décent: Rapport du Directeur Général*. Conférence Internationale du Travail. Genebra: OIT, 1999. p. 3.

(6) GHAJ, Dharam. *Decent work: Universality and diversity*. In: *Decent work: objectives and strategies*. Genebra: International Institute for Labour Studies, Organização Internacional do Trabalho, 2006. p. 10.

como parâmetro sobre o patamar mínimo de direitos e garantias para o trabalho no cenário mundial.

Nesse sentido, DERANTY e MACMILLAN⁽⁷⁾ explicam que, ao representar as principais formas sistêmicas de desrespeito à moral do indivíduo como trabalhador e a importância da negociação coletiva, os quatro princípios da Declaração de 1998 têm uma razão de ser: as variações no cenário mundial entre as expectativas culturais e os níveis de desenvolvimento econômico simplesmente inviabilizam qualquer tentativa de definir substancialmente as dimensões concretas de um trabalho decente. Portanto, a enunciação de princípios teria a maleabilidade necessária para contemplar as diversas realidades sociais no mundo.

No Brasil, depois da assinatura de Memorando de Entendimento com a OIT e a subsequente consulta às organizações de empregadores e trabalhadores em 2006, adotou-se a Agenda Nacional de Trabalho Decente (ANTD)⁽⁸⁾, com o estabelecimento de três grandes prioridades: gerar mais e melhores empregos, com igualdade de oportunidades e de tratamento; erradicar o trabalho escravo e eliminar o trabalho infantil, em especial em suas piores formas⁽⁹⁾; e fortalecer os atores tripartites e o diálogo social como um instrumento de governabilidade democrática⁽¹⁰⁾.

Especificamente com relação aos jovens, há programas da OIT Brasil⁽¹¹⁾ e do próprio governo brasileiro⁽¹²⁾ que traçam políticas, metas e estratégias de promoção de trabalho decente. Nesse artigo, limitaremos a discussão sobre o trabalho decente do adolescente ao contrato de aprendizagem, sob os aspectos da liberdade, igualdade, segurança e direitos humanos.

3. Aprendizagem e aprender

Para as psicólogas MORIN e AUBÉ, a aprendizagem é o processo psicológico responsável pela modificação das atitudes e das condutas do indivíduo. *Aprender*, por sua vez, pode ter três significações: “aprender que” (*apprendre que*) teria o sentido mais passivo de adquirir informação, sem necessariamente se perquirir sobre sua utilização na vida; “aprender a” (*apprendre à*) significaria adquirir uma habilidade, um *savoir-faire*, com uma experiência concreta e, por que não, com riscos de erros e de fracasso; e, por fim, “aprender” (*apprendre*), verbo intransitivo, compreenderia a experiência de fazer todas as coisas pensando em suas consequências e imaginando seus resultados (como poder corrigir seus erros, mudar seus hábitos, aproveitar seus sucessos, adaptar suas condutas às novas situações, conseguir imaginar soluções originais aos problemas cotidianos, criar ferramentas que melhorem a eficácia de seu trabalho etc.)⁽¹³⁾. Acreditamos que essas significações do “aprender” podem nos auxiliar na reflexão sobre o contrato de aprendizagem.

(7) DERANTY, Jean-Philippe; MACMILLAN, Craig. The ILOs Decent Work Initiative: Suggestions for an Extension of the Notion of “Decent Work”. In: *Journal of Social Philosophy*, vol. 43, n. 4, p. 386-405. Wiley Periodicals, Inc., 2012. p. 392.

(8) BRASIL. Agenda Nacional do Trabalho Decente. Brasília: 2006. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A2E7311D1012EFD9027785D9E/Agenda%20Nacional%20do%20Trabalho%20Decente%20em%20Portugu%eas.pdf>> Acesso em: 13 dez. 2014.

(9) Lista TIP, conforme Decreto n. 6.481/2008.

(10) Essas prioridades foram ratificadas, conforme: BRASIL. Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente. Brasília: 2010. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A2E7311D1012EEE99A2C81F75/Plano%20Nacional%20de%20Emprego%20e%20Trabalho%20Decente%20em%20Portugu%eas.pdf>> Acesso em: 13 dez. 2014.

(11) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho Decente e Juventude*. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/youth_employment/pub/trabalho_decente_juventude_brasil_252.pdf> Acesso em: 13 dez. 2014.

(12) BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Agenda Nacional do Trabalho Decente e Juventude no Brasil*. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D2E7318C8012FE53F261E58FB/Agenda%20Nacional%20do%20Trabalho%20Decente%20para%20a%20Juventude.pdf>> Acesso em: 13 dez. 2014.

(13) MORIN, Estelle; AUBÉ, Caroline. *Psychologie et management*. 2. ed. Montreal: Chenelière Éducation, 2007. p. 191-194.

4. Contrato de aprendizagem e liberdade

No plano normativo, segundo o Ministério do Trabalho e Emprego, a aprendizagem é o “instituto destinado à formação técnico-profissional metódica de adolescentes e jovens, desenvolvida por meio de atividades teóricas e práticas e que são organizadas em tarefas de complexidade progressiva”⁽¹⁴⁾. Nos termos do art. 428, da CLT, a aprendizagem se formaliza mediante “contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação”. Assim, quer nos parecer que, para o Estado (Ministério do Trabalho e Emprego) e para a “lei” (CLT), o aprender perseguido pela aprendizagem seria mais instrumental como o de adquirir uma habilidade, um *savoir-faire* (*apprendre à*), e não necessariamente abarcaria a reflexão emancipadora nem a formação de um pensar crítico (*apprendre*).

Por outro lado, a aprendizagem de que ora tratamos se formaliza por meio de contrato de trabalho específico. Este possui uma série de regras específicas, aparentemente com o fim de garantir a proteção do adolescente no trabalho, bem como sua formação profissional.

Entretanto, é importante lembrar que a aprendizagem é a exceção constitucional ao limite mínimo de idade para o trabalho, reduzindo-a para 14 anos. Esse detalhe talvez já fosse suficiente para a crítica, pois, por que devemos prover contrato de trabalho de aprendizagem aos adolescentes

de 14 a 17 anos? Por que achamos que eles têm “direito” a isso? Não seria antes uma violação do direito à formação educacional livre e plena do adolescente? Como a *Novlangue* de Oceania, no romance 1984 de George Orwell, a linguagem contemporânea parecer-nos inverter o senso do real (“A liberdade é a escravidão”; “A ignorância é a força”)⁽¹⁵⁾. Se, para ter acesso a uma formação profissional, o adolescente deve firmar contrato de trabalho, onde está a liberdade?

A educação é direito social previsto expressamente na Constituição Federal de 1988 no mesmo capítulo dos direitos dos trabalhadores. Seria esta a razão de associarmos tão naturalmente a educação profissionalizante ao contrato de aprendizagem? De todo modo, a educação é direito de todos e dever do Estado e da família (art. 205, CF) e, dentre seus princípios, destacam-se a igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola; liberdade de aprender; e garantia de padrão de qualidade (art. 206, CF). O art. 208 da Constituição Federal, por sua vez, prevê o dever do Estado em fornecer a educação básica e gratuita a todos entre 4 e 17 anos. Assim como OLIVA⁽¹⁶⁾, acreditamos que a idade mínima para o trabalho deve ser progressivamente elevada, *inclusive* para o contrato de aprendizagem⁽¹⁷⁾. Além dos diversos motivos bem pontuados por OLIVA, em nossa opinião, não é possível falarmos em liberdade de contratação para menores de 18 anos. Se eles não são civilmente capazes para negociar, contratar e contrair obrigações, como

(14) BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Manual da Aprendizagem*. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A454D74C101459564521D7BED/manual_aprendizagem_miolo.pdf> Acesso em: 3 dez. 2014.

(15) BIHR, Alain. *La Novlangue Néolibérale: La rhétorique du fétichisme capitaliste*. Suíça: Page Deux, 2007. p. 10.

(16) OLIVA, José Roberto Dantas. Elevação progressiva da idade mínima para o trabalho e educação de qualidade: alicerces de um novo porvir. Artigo que tem por base palestra proferida no 5º Seminário Nacional sobre Trabalho Infantojuvenil promovido pela Amatra 15 no dia 7.6.2013, em São José do Rio Preto-SP. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/3284284/0/“Elevação+progressiva+da+idade+m%C3%ADnima+para+o+trabalho”>> Acesso em: 14 dez. 2014.

(17) Como não há ressalva sobre o contrato de aprendizagem no artigo citado, aparentemente o ilustre doutrinador defende a elevação da idade mínima para qualquer tipo de contrato de trabalho.

admitir que vendam sua força de trabalho, ainda que com expressa anuência dos pais?

Além disso, o princípio da proteção integral, que a doutrina vislumbra no próprio art. 227 da Constituição Federal, abarca a educação, o lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, o respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária. Portanto, não seria possível pensarmos em acesso para todos os adolescentes à educação de qualidade, ao lazer e à cultura, sem a imposição da condição de aprendiz, sob a égide de um contrato? Defendemos que a educação garantida na Constituição seja não apenas aprender a executar uma tarefa (*apprendre à*), mas também desenvolver outras competências, como a da reflexão e a do senso crítico (*apprendre*).

O discurso de inserir o adolescente o quanto antes no mercado de trabalho a fim de retirá-lo das ruas, como forma de prevenção ao uso de drogas, ao envolvimento com o crime organizado etc., é contestável. Obviamente, para quem não tem o mínimo existencial, o contrato de aprendizagem pode parecer um “benefício”. Mas isso não equivale à proteção integral. Mais uma vez, não há exatamente a liberdade de contratar por parte do adolescente, que é empurrado para o mercado de trabalho precocemente em razão de fatores socioeconômicos (pouca qualidade do ensino público, concentração de renda, alto índice de desemprego), situação que se torna aceitável diante do discurso ideológico que invoca a dignidade e a cidadania, como relata SILVA FILHO⁽¹⁸⁾.

Não é de se ignorar que o rendimento mensal domiciliar *per capita* real dos trabalhadores de 5 a 17 anos de idade (R\$ 554,00) era menor que o daqueles que não trabalhavam

(18) SILVA FILHO, Ivon Rodrigues. “Bom para o Jovem, Melhor para a Empresa”: o trabalho juvenil no Programa Aprendiz Legal no Estado de Pernambuco. Disponível em: <http://www.ifch.unicamp.br/formulario_cemarx/selecao/2012/trabalhos/6387_Silva%20Filho_Ivon.pdf> Acesso em: 12 nov. 2014.

(R\$ 610,00) em 2013⁽¹⁹⁾. Todavia, adolescentes começam a trabalhar precocemente não apenas pela subsistência, mas também para se tornarem consumidores. A cultura do consumo também corrobora à (não) liberdade no contrato de aprendizagem, como constata a pesquisadora PFAFFENSELLER, segundo a qual, para aprendizes adolescentes, a ideia de trabalho está relacionada predominantemente com a noção de meio de sobrevivência aliada à de consumo⁽²⁰⁾ e menos com a de desenvolvimento pessoal. O “direito ao consumo” é dado como fundamental, mas apenas espelha uma hegemonia cultural, sobre a qual pouco se reflete. Ademais, sobre a inserção do adolescente no mercado de trabalho por meio do contrato de aprendizagem, ela nos sugere que:

Compreendendo que há um discurso operante sobre globalização mundial, na qual rapidez e agilidade estão incorporadas ao mundo do trabalho produtivo, nos parece que determinadas condições as quais os trabalhadores são sujeitados acabam sendo naturalizadas ao processo e a própria formação deste. Assim, confunde-se ou cria-se uma ideia de que a formação deve passar por este tipo de experiência, fruto do capitalismo, como se não houvesse meios de trabalhar e se constituir enquanto ser humano sem se submeter às exigências do capital.⁽²¹⁾

Dizer que o adolescente tem o direito ao contrato de aprendizagem para se tornar consumidor ou para ajudar nas despesas domésticas desvirtua, por si só, a ideia de aprendizagem.

(19) Conforme divulgação do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2722>> Acesso em: 14 dez. 2014.

(20) Sobre o tema: BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

(21) PFAFFENSELLER, Carina. *A formação de jovens para o mundo do trabalho a partir da Lei da Aprendizagem*. Dissertação (mestrado). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2014. p. 78.

Direito à educação não se confunde com contrato de trabalho, ainda que se defenda que *o trabalho enobrece o homem*. A realidade histórico-social do trabalho se confunde com a ideia de trabalho no discurso ideológico, sobretudo “quando se diz que o trabalho dignifica o homem e não se analisam as condições reais de trabalho, que brutalizam, entorpecem, exploram certos homens em benefício de uns poucos”⁽²²⁾, ou ainda, parafraseando LEMOS ao tratar do discurso sobre a empregabilidade, tendo como referências as categorias de Foucault (controle, poder e disciplina), *o discurso que valoriza o contrato de aprendizagem não pode ser entendido como verdade, mas como um discurso vitorioso em sua estratégia de tornar-se verdade*⁽²³⁾.

5. Contrato de aprendizagem e igualdade

O discurso sobre o contrato de aprendizagem enfatiza ainda a oportunidade concedida ao aprendiz para obter formação profissionalizante. Assim, o contrato de trabalho especial nos induz à ideia de um contrato de trabalho mais benéfico, mais coerente com a condição do adolescente de pessoa em desenvolvimento e com a igualdade material (“tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade”).

Todavia, há que se analisar o referido tipo de contrato de trabalho cuidadosamente, pois, por exemplo, à guisa de incentivar a contratação de aprendizes, a Lei n. 10.097/2000, conhecida como lei da aprendizagem, prevê o depósito no FGTS sobre a remuneração dos aprendizes com a alíquota de apenas 2% (apenas 25% do depósito ordinário); a dispensa de

aviso-prévio remunerado e da indenização de 40% sobre os depósitos no FGTS na rescisão contratual; além de possibilitar a contratação de aprendizes como terceirizados *sui generis*, que são contratados pelas próprias instituições de ensino, sem o reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador de serviços. Na realidade, a própria norma jurídica, que deveria proteger o adolescente aprendiz, precariza sua condição, transformando-o em um empregado de segunda classe de direitos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) também nos traz algumas normas sobre a aprendizagem, que é considerada “a formação técnico-profissional ministrada segundo as diretrizes e bases da legislação de educação em vigor” (art. 62). Interessante notar que, em princípio, a formação profissional não está condicionada ao trabalho do aprendiz, mencionado apenas no art. 68, que explicita a noção de trabalho produtivo, como sendo “trabalho educativo a atividade laboral em que as exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando prevalecem sobre o aspecto produtivo” (art. 68, I).

Em seguida, no inciso II, compreende-se que se o contrato de aprendizagem observar as formalidades impostas pela “lei”, estará afastado o reconhecimento do contrato de trabalho, digamos, ordinário, pois “a remuneração que o adolescente recebe pelo trabalho efetuado ou a participação na venda dos produtos de seu trabalho não desfigura o caráter educativo”. Por que há essa norma expressa afastando eventual discussão sobre a natureza do contrato de aprendizagem no próprio ECA? Ao contrário, não seria importante frisar que qualquer situação que desvirtuasse o caráter educativo da aprendizagem importaria em reconhecimento de todos os direitos trabalhistas em sua plenitude? Pensamos que isso faria mais sentido, sobretudo ao considerar a condição do adolescente de pessoa em formação e a sua proteção integral. O aprendiz adolescente é, na realidade, duplamente hipossuficiente,

(22) CHAÚÍ, Marilena. *O que é ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 2006. p. 81.

(23) LEMOS, A.; RODRIGUEZ, D.; MONTEIRO, V. Empregabilidade e Sociedade Disciplinar: uma análise do discurso do trabalho contemporâneo à luz de categorias foucaultianas. *Organizações & Sociedade*, América do Norte, 18, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.portalseer.ufba.br/index.php/revistaoes/article/view/11170/8082>> Acesso em: 10 dez. 2014..

seja como pessoa em formação, seja como um empregado com *capitis diminutio*, pois, embora produtivo, presta serviços com redução de direitos para “compensar” o investimento que o Estado ou a iniciativa privada faz com sua formação profissional.

Não desconhecemos as exigências legais quanto ao “respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” e à “capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho” (art. 69), porém, como veremos em seguida, *na prática, a realidade é outra*⁽²⁴⁾.

Não se ignora também a previsão da remuneração das horas dispensadas à formação teórica, o que, em geral, é muito elogiada. Apesar disso, é de se questionar se, ao remunerar o tempo dedicado às aulas, não contribuiríamos com a responsabilização do adolescente, até mesmo como arrimo de família. Pode colaborar para nossa reflexão, a constatação de PFAFFENSELLER nas conversas com os aprendizes de que “permanecer no curso, muitas vezes, condizia muito mais com a necessidade da remuneração mensal do que a formação profissional disponibilizada, o que acarretava aulas exaustivas e polêmicas”⁽²⁵⁾.

Outro ponto a se destacar é a jornada do aprendiz, que é, em regra, de seis horas (art. 432, CLT). Não obstante, para os aprendizes que já possuem o ensino fundamental a jornada pode ser de oito horas (art. 432, § 1º, CLT), incluindo as horas destinadas à formação teórica. Há a interpretação do MTE de que, se o aprendiz ainda não possui o ensino médio, sua matrícula e frequência na escola sejam obrigatórias⁽²⁶⁾. Essa interpretação condiz com o dever do

Estado de oferecer educação básica e gratuita a todos entre 4 e 17 anos, idade com a qual se finaliza o ensino médio sem que tenha havido qualquer percalço. Todavia, não há norma expressa acerca do ensino médio, mas somente quanto ao ensino fundamental (art. 428, § 1º, CLT; art. 7º, II, Decreto n. 5.598/05). Isso significaria que o aprendiz não precisa fazer o ensino médio? Ou espera-se que o aprendiz de 14 anos com o ensino fundamental concluído regularmente cumpra a jornada de oito horas, depois vá ao colégio para assistir às aulas e quando chegar em casa estude tudo o que aprendeu durante sua “jornada” de 12 horas?

Quanto à finalidade de formação técnico-profissional, releva acrescer que o contrato de aprendizagem, nos moldes legais, exige tão somente a matrícula e a frequência do aprendiz na escola. Não há qualquer referência à qualidade do ensino ou ao desempenho escolar. O que a pesquisadora PFAFFENSELLER nos relata esclarece essa omissão:

Segundo eles, o horário de entrada/saída e o deslocamento necessário entre estes diferentes espaços muitas vezes geravam atrasos. Nem empresa, nem escola estavam dispostas a gerenciar este tempo, sendo que cada local priorizava o seu serviço como mais importante do que o outro. Na condição de aprendiz, o jovem necessita estar frequentando a escola ou estar formado no Ensino Médio⁽²⁷⁾. Como grande parcela dos aprendizes ainda não havia finalizado este último, as dificuldades iniciavam neste ponto. Não poderiam abandonar a escola, visto que necessitavam atestar a frequência para continuarem matriculados no Programa de Aprendizagem. Porém, alguns precisavam do emprego para o próprio sustento ou auxílio no sustento da família. Não podendo se desfazer de qualquer uma

(24) No tocante aos portadores de deficiência, a situação é ainda pior, pois sua contratação pode superar o prazo de dois anos, perpetuando sua exploração de forma mais precarizada (e, portanto, menos benéfica), sob a escusa de uma pretensa benevolência de inserção de uma minoria no mercado de trabalho. Por extrapolar o objetivo de nosso trabalho, deixaremos essa discussão para o momento oportuno.

(25) PFAFFENSELLER, Carina. Ob. cit., p. 91.

(26) BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Manual da Aprendizagem*, p. 15.

(27) Note-se que o programa de aprendizagem objeto da pesquisa exigia a conclusão ou a matrícula no ensino médio, muito embora não seja a exigência legal.

das ocupações, a qualidade do seu trabalho começava a ficar comprometida, seja como estudante ou jovem trabalhador.⁽²⁸⁾

A formação teórico-profissional não equivale ao ensino médio. Assim, o certificado de qualificação profissional não permite ao aprendiz, por exemplo, prestar vestibular ou prestar concurso público para cargo que exija o ensino médio completo. Cria-se, então, uma desigualdade de oportunidades educacionais ao impedir o acesso do adolescente ao ensino médio ou ao transformar o ensino médio em mera aquisição de uma credencial e não um *aprender*, caso ele trabalhe e estude simultaneamente nessas condições.

6. Contrato de aprendizagem, segurança e direitos humanos

Ao abordar o tratamento jurídico dispensado aos imigrantes na Europa, BAUMAN questiona: “Como deveres e direitos dos cidadãos vêm no mesmo pacote, uma vez mais, em princípio, será possível esperar que os recém-chegados abracem, respeitem, sustentem e defendam esses “princípios subjacentes ao contrato social europeu?”⁽²⁹⁾ Essa reflexão pode ser, por analogia, feita aos adolescentes. Se o que temos para lhes oferecer é menos do que regime ordinário do contrato de trabalho, como podemos esperar que eles se tornem cidadãos plenos ou que respeitem e defendam os princípios constitucionais?

Por exemplo, como se forma a consciência de pertencimento a uma categoria profissional ou sobre a importância da negociação coletiva? Ao contrato de aprendizagem não se aplicam as normas coletivas da categoria, a menos que haja expressa previsão na convenção coletiva ou no acordo coletivo (art. 26 do Decreto n. 5.598/05), muito embora a contribuição sindical deva ser descontada da remuneração do aprendiz, no entendimento do Ministério do

Trabalho⁽³⁰⁾. Ademais, seu salário garantido é o mínimo por hora, a menos que a norma coletiva preveja expressamente outro piso salarial. Com essa experiência no contrato de aprendizagem, o adolescente simplesmente não vai compreender as noções de categoria e de negociação coletiva, esta tão cara ao paradigma do trabalho decente da OIT.

Além de ter direitos trabalhistas reduzidos durante o contrato de aprendizagem, o adolescente pode sofrer consequências desse trabalho precoce por toda sua vida, perpetuando inclusive sua condição social desfavorável. Conforme SILVEIRA, “embora certos segmentos da sociedade brasileira considerem o trabalho uma fonte de benefícios para o jovem, através da elevação da autoestima, autonomia, responsabilidade pessoal e preparação para a vida adulta”, certo é que o trabalho precoce traz consequências como fadiga, redução da capacidade de concentração e até mesmo o uso de substâncias psicoativas. O trabalho de adolescentes pode ter como sequelas o aparecimento de doenças do trabalho na fase adulta. Além disso, relaciona o trabalho precoce a baixos índices de frequência escolar, altos índices de repetência e distúrbios de comportamento⁽³¹⁾.

Assim, a par de toda ideologia sobre os benefícios do trabalho precoce (antes dos 18 anos), dificilmente o contrato de aprendizagem, em que pese todo seu regramento, pode dar ao adolescente a oportunidade de estudar e de se preparar para uma carreira em condições adequadas para seu desenvolvimento. Não obstante os argumentos já expostos, salienta-se que a aprendizagem apenas o qualifica para

(28) PFAFFENSELLER, Carina, ob. cit., p. 66-67.

(29) BAUMAN, Zygmud, ob. cit., p. 10.

(30) BRASIL, Ministério do Trabalho. *Manual da Aprendizagem*. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A454D74C101459564521D7BED/manual_aprendizagem_miolo.pdf> Acesso em: 10 dez. 2014, p. 30.

(31) SILVEIRA, Renata Cristina da Penha. *Repercussões do Trabalho no Aproveitamento Escolar de Crianças e Adolescentes: Retrato de Uma Realidade*. Tese (Doutorado). Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2008. p. 74.

trabalhos em áreas com maior incidência de condições precarizantes, como observa, SILVA FILHO, ao analisar o Programa Aprendiz Legal:

Esse Programa parte do pressuposto de que a entrada do jovem no mercado de trabalho é a melhor solução para diminuir a evasão escolar e afastar os jovens do ócio, das drogas e da criminalidade. Analisando-se os cursos de qualificação oferecidos pelo Aprendiz Legal e os setores que mais contratam aprendizes, percebe-se uma concentração nos setores de Serviços e Comércio. Como já destacado, são áreas de trabalho bastante precarizadas. Se o princípio do Programa é oferecer melhores condições de entrada dos jovens no mercado de trabalho, sua concentração no setor terciário pode se tornar um obstáculo para atingir tal objetivo.⁽³²⁾

A legislação que regula o contrato de aprendizagem, assim como o próprio Estado, fomenta sua implementação como se em consonância com o princípio da proteção integral. Pensamos que, na base, partimos de diferentes premissas, o que talvez explique nosso ceticismo em relação ao contrato de aprendizagem como forma de se instrumentalizar a proteção integral. Proteção integral haveria se a família pudesse prover ao adolescente a oportunidade de estudar e de se desenvolver ao seu tempo e não o empurrasse para o mercado de trabalho mais cedo. Nesse sentido, a própria Declaração de Brasília preconiza, dentre outras resoluções:

Reconhecemos, ademais, que medidas para promover o trabalho decente e o emprego pleno e produtivo para adultos são essenciais, a fim de capacitar famílias a eliminar sua dependência dos rendimentos provenientes do trabalho infantil. Além disso, são necessárias medidas para ampliar e melhorar o acesso à

(32) SILVA FILHO, Ivon Rodrigues. “Bom para o Jovem, Melhor para a Empresa”: O Trabalho Juvenil no Programa Aprendiz Legal no Estado de Pernambuco. Disponível em: <http://www.ifch.unicamp.br/formulario_cemarx/selecao/2012/trabalhos/6387_Silva%20Filho_Ivon.pdf> Acesso em: 12 nov. 2014.

educação gratuita, obrigatória e de qualidade para todas as crianças, bem como para a universalização progressiva da proteção social, em consonância com a Convenção 102 da OIT, que estabelece padrões mínimos de segurança social, e a Recomendação 202 da OIT, relativa a pisos nacionais de proteção social.⁽³³⁾

Ressaltamos que não há qualquer previsão sobre o contrato de aprendizagem no documento da OIT supracitado. Talvez no âmbito internacional seja menos defensável a ideia de que trabalhar para estudar possa levar a alguma forma de “libertação” ou “dignidade”, especialmente porque há estudos estrangeiros que comprovam que o trabalho, ainda que em tempo parcial, gera condições estressantes que reduzem o compromisso do jovem na escola⁽³⁴⁾; ou, ainda, que há uma grande incidência de acidentes de trabalho dentre os trabalhadores adolescentes⁽³⁵⁾.

Se o adolescente (ou sua família) não firma o contrato de aprendizagem livremente; se o contrato de aprendizagem reduz seus direitos trabalhistas; se, para receber a formação profissional, o trabalho precoce do aprendiz pode colocar em risco sua saúde, prejudicar o rendimento escolar e determinar sua (não) carreira profissional, talvez seja o momento de repensarmos o papel do Estado na proteção do trabalho adolescente, pois o modelo do contrato de aprendizagem pode representar uma (re)produção das desigualdades sociais.

(33) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração de Brasília*: Documento final da III Conferência Global sobre Trabalho Infantil, Brasília, 8-10 out. 2013.

(34) Sobre o assunto, ver por exemplo PAPALIA, D. E. *et al. Desenvolvimento humano*. 8. ed. Trad. Daniel Bueno. Porto Alegre: Artmed, 2006.

(35) Sobre o assunto ver MUNSCHI, K. *et al. Causes, nature, and outcomes of work-related injuries to adolescents working at farm and non-farm jobs in rural Minnesota*. *Am. J. Ind. Med.*, v. 42, n. 2, p. 142-149, Aug. 2002; LANDRIGAN, P. J. *et al. Occupational Injuries: epidemiology, prevention, treatment*. In: CHRISTOPFFEL, K. K.; RUNYAN, C. W. *Adolescent Medicine. Occupational Injuries: epidemiology and prevention*, v. 6, n. 2, p. 207-14, 1995.

Para corresponder efetivamente ao princípio da proteção integral, para além de promover o contrato de aprendizagem, o Estado deveria prover o adolescente de condições materiais para estudar. Além disso, deveria oferecer um ensino de melhor qualidade, não apenas quanto à técnica, mas também quanto à possibilidade de um pensamento livre e crítico, o que destoa em absoluto do modelo atual.

7. Considerações finais

Entre os juristas, existe um certo consenso sobre os benefícios do contrato de aprendizagem, um discurso antigo e reproduzido. De fato, no caso concreto, ele pode representar uma conquista para o adolescente individualmente. Entretanto, os estudos psicossociais sobre grupos de aprendizes nos levam a uma inevitável reflexão.

A transferência dos deveres do Estado e da família para o adolescente, que trabalha e estuda para ter, supostamente, uma formação técnico-profissional; a precarização velada dos direitos trabalhistas, pois a especialidade do contrato de aprendizagem é prover menos direitos que um contrato ordinário; e o impacto do trabalho precoce na educação, na saúde e na inserção no mercado de trabalho; todos esses fatores nos levam a pensar que o contrato de aprendizagem possa ser qualquer coisa, menos decente.

8. Referências bibliográficas

AMAZARRAY, Mayte Raya *et al.* Aprendiz versus trabalhador: adolescentes em processo de aprendizagem. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, Brasília, v. 25, n. 3, set. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722009000300006&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 12 nov. 2014.

BAUMAN, Zygmund. *Sobre Educação e Juventude*. São Paulo: Zahar, 2013.

BIHR, Alain. *La Novlangue Néolibérale: la rhétorique du fétichisme capitaliste*. Suíça: Page Deux, 2007.

BRASIL. *Agenda Nacional do Trabalho Decente*. Brasília: 2006. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A2E7311D1012EFD9027785D9E/Agenda%20Nacional%20do%20Trabalho%20Decente%20em%20Português.pdf>> Acesso em: 13 dez. 2014.

_____. Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente. Brasília: 2010. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A2E7311D1012E7311D1012EEE99A2C81F75/Plano%20Nacional%20de%20Emprego%20e%20Trabalho%20Decente%20em%20Português.pdf>> Acesso em: 13 dez. 2014.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. *Manual da Aprendizagem*. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A454D74C101459564521D7BED/manual_aprendizagem_miolo.pdf> Acesso em: 3 dez. 2014).

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. *Agenda Nacional do Trabalho Decente e Juventude no Brasil*. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D2E7318C8012FE53F261E58FB/Agenda%20Nacional%20do%20Trabalho%20Decente%20para%20a%20Juventude.pdf>> Acesso em: 13 dez. 2014.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 2006.

DERANTY, Jean-Philippe; MACMILLAN, Craig. The ILOs Decent Work Initiative: Suggestions for an Extension of the Notion of “Decent Work”. In: *Journal of Social Philosophy*, vol. 43, n. 4, p. 386-405. Wiley Periodicals, Inc., 2012, p. 392.

GHAJ, Dharam. Decent work: Universality and diversity. In: *Decent work: objectives and strategies*. Genebra: International Institute for Labour Studies, Organização Internacional do Trabalho, 2006.

LEMOS, A.; RODRIGUEZ, D.; MONTEIRO, V. Empregabilidade e Sociedade Disciplinar: uma análise do discurso do trabalho contemporâneo à luz de categorias foucaultianas. *Organizações & Sociedade*, América do Norte, 18 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.portalseer.ufba.br/index.php/revistaoes/article/view/11170/8082>> Acesso em: 10 dez. 2014.

MORIN, Estelle e AUBÉ, Caroline. *Psychologie et management*. 2. ed. Montreal: Chenelière Éducation, 2007.

MUNSCHI, K. *et al.* Causes, nature, and outcomes of work-related injuries to adolescents working at farm and non-farm jobs in rural Minnesota.

Am. J. Ind. Med., v. 42, n. 2, p. 142-149, Aug. 2002; LANDRIGAN, P. J. *et al.* Occupational Injuries: epidemiology, prevention, treatment. In: CHRIS- TOPFFEL, K. K.; RUNYAN, C. W. *Adolescent Medicine. Occupational Injuries: epidemiology and prevention*, v. 6, n. 2, p. 207-14, 1995.

OLIVA, José Roberto Dantas. Elevação progressiva da idade mínima para o trabalho e educação de qualidade: alicerces de um novo porvir. Artigo que tem por base palestra proferida no 5º Seminário Nacional sobre Trabalho Infantojuvenil promovido pela Amatra 15 no dia 7.6.2013, em São José do Rio Preto-SP. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documentos/3284284/0/Elevação+progressiva+da+idade+m%C3%ADnima+para+o+trabalho>> Acesso em: 14 dez. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Un travail decent: Rapport du Directeur Général. Conférence Internationale du Travail*. Genebra: OIT, 1999.

_____. *Trabalho Decente e Juventude*. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/youth_employment/pub/trabalho_decente_juventude_brasil_252.pdf> Acesso em: 13 dez. 2014.

_____. *Declaração de Brasília: Documento final da III Conferência Global sobre Trabalho Infantil, Brasília, 8-10 out. 2013*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ipecinfor/product/download.do?type=document&id=23483>> Acesso em: 11 dez. 2014.

<<http://www.ilo.org/ipecinfor/product/download.do?type=document&id=23483>> Acesso em: 11 dez. 2014.

PAPALIA, D. E. *et al.* *Desenvolvimento humano*. Trad. Daniel Bueno. 8. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.

PAFFENSELLER, Carina. *A formação de jovens para o mundo do trabalho a partir da Lei da Aprendizagem*. Dissertação (mestrado). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2014.

SILVA FILHO, Ivon Rodrigues. Bom para o Jovem, Melhor para a Empresa: O Trabalho Juvenil no Programa Aprendiz Legal no Estado de Pernambuco. Disponível em: <http://www.ifch.unicamp.br/formulario_cemarx/selecao/2012/trabalhos/6387_Silva%20Filho_Ivon.pdf> Acesso em: 12 nov. 2014.

SILVEIRA, Renata Cristina da Penha. *Repercussões do Trabalho no Aproveitamento Escolar de Crianças e Adolescentes: Retrato de uma Realidade*. Tese (Doutorado). Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2008.

Outros sítios mencionados

<<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2722>> Acesso em: 14 dez. 2014.

<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12000:968379034323042:::P12000_INSTRUMENT_SORT:4>.

<<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12010:0::NO>> Acesso em: 30 set. 2014.

O desmanche do Direito do Trabalho e a recente decisão do STF sobre a prescrição

Valdete Souto Severo^(*)

Resumo:

- ▶ Este artigo discute a precarização das normas trabalhistas, à luz da recente decisão do STF acerca do prazo de prescrição para cobrança dos créditos relativos ao FGTS. A análise enfrenta a questão da função que o juiz exerce neste início de século e na postura que vem sendo adotada, sob a denominação de ativismo judicial, de completa dissociação entre a normas e o que os tribunais decidem, comprometendo o projeto de sociedade instituído na Constituição.

Palavras-chave:

- ▶ Prescrição — FGTS — STF – Ativismo judicial.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Os caminhos e os limites do Direito: do positivismo ao neoconstitucionalismo, variações de um mesmo tema
- ▶ 3. A decisão do STF quanto à prescrição aplicável à pretensão dos recolhimentos do FGTS
- ▶ 4. Para além do Direito: o desvelamento das verdadeiras razões que produzem decisões de desmanche das normas sociais fundamentais
- ▶ 5. Algumas reflexões finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

(*) Juíza do Trabalho. Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital. Especialista em processo civil pela UNISINOS/RS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNISC/RS. Master em Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale presso la Universidad Europea di Roma/IT. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidad de la Republica do Uruguai. Mestre em Direitos Fundamentais pela PUC/RS. Doutoranda em Direito do Trabalho pela USP/SP. Professora, Coordenadora da Especialização e Diretora da FEMARGS – Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do RS.

1. Introdução

A recente decisão do STF acerca da prescrição do FGTS será o ponto de partida para a análise de um fenômeno de desmanche do Direito do Trabalho, que vem sendo realizado de forma sistemática pelo Estado, notadamente — para o que aqui analisarei — pelo Poder Judiciário.

Na Justiça do Trabalho, existem mais súmulas e orientações jurisprudenciais do que artigos na CLT, e a grande maioria delas mitiga ou retira direitos trabalhistas. Disciplinando a terceirização (Súmula n. 331), alterando regras processuais (Súmula n. 338), ultrapassando os limites constitucionais (OJ n. 388), o TST tem contribuído fortemente para a flexibilização do Direito do Trabalho.

No que concerne especificamente ao FGTS, o TST já vem precarizando o direito ao exercício dessa pretensão há algum tempo. Em sua Súmula n. 98, cuja redação proveniente de orientação jurisprudencial data de 1980, já referia uma “equivalência” meramente jurídica, entre a indenização relativa ao tempo de serviço e a indenização prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (a chamada “multa de 40% sobre o FGTS”)⁽¹⁾.

Na Súmula n. 206, com redação original de 1985, o TST limita a exigibilidade do FGTS não recolhido durante o vínculo ao período em que exigíveis as verbas trabalhistas que lhe servem como base para o cálculo, ou seja, já em 1985 a prescrição de 30 anos relativa ao FGTS foi em parte anulada, por um entendimento completamente insustentável da perspectiva jurídica, porque confunde verbas diferentes, partindo do pressuposto equivocado de que o FGTS seria um acessório das verbas devidas durante a relação de trabalho⁽²⁾. Por fim, na

Súmula n. 362, com redação original de 1999, o TST reduz o prazo prescricional do FGTS para dois anos, quando extinta a relação jurídica de emprego⁽³⁾.

Esse movimento de precarização que o órgão de cúpula do Poder Judiciário trabalhista já vem realizando há décadas agora foi *incorporado* pelo STF⁽⁴⁾. Na decisão que será objeto de análise neste artigo, o prazo de 30 anos previsto para o exercício da pretensão em relação ao FGTS foi declarado incompatível com uma ordem constitucional que preconiza a melhoria constante das condições sociais dos trabalhadores.

Neste artigo, discutirei — ainda que sem o aprofundamento necessário — porque o Direito não consegue dar conta desse estado de coisas, no qual o Poder Judiciário, em lugar de ser o garante da ordem constitucional, apresenta-se como um agente de precarização social.

No campo jurídico, a questão passa necessariamente pela análise da discricionariedade judicial, que permite que, sob o argumento de instaurar uma nova ordem, justa e solidária, promova-se um significativo retrocesso em termos de proteção aos direitos sociais.

A crítica se dará, portanto, em dois níveis. No âmbito do Direito, trata-se de reconhecer de um lado a impossibilidade de “controlar” a atuação judicial e, de outro, o caráter conservador e negador dos *direitos sociais*, que essa atuação acaba por desempenhar, em razão de sua ligação metabólica com o capital. Para além do Direito, a crítica é o desvelamento das verdadeiras razões que produzem decisões

(1) Súmula n. 98, em seu item I: “A equivalência entre os regimes do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e da estabilidade prevista na CLT é meramente jurídica e não econômica, sendo indevidos valores a título de reposição de diferenças.”

(2) Súmula n. 206: “A prescrição da pretensão relativa às parcelas remuneratórias alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS.”

(3) Súmula n. 362: “É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.”

(4) Recentemente, o STF proferiu decisão em que reconheceu um dever de demonstração de culpa da administração pública quando terceiriza, apesar da clara dicção do art. 37 da Constituição. Do mesmo modo, em outro processo, reconheceu repercussão geral em relação a recurso extraordinário que pretende conferir autorização irrestrita para a terceirização de atividade-fim.

como aquela proferida pelo STF no caso do prazo para a prescrição da pretensão relativa ao FGTS.

2. Os caminhos e os limites do Direito: do positivismo ao neoconstitucionalismo, variações de um mesmo tema

No campo do discurso jurídico, decisões que extrapolam as determinações legais, criam direitos ou os retiram, sem o necessário filtro democrático, recebem o epíteto de “ativismo judicial”⁽⁵⁾. Decisões como a recentemente proferida pelo STF são geralmente examinadas sob essa perspectiva. Para o que importa neste artigo e em razão de suas limitações, o ativismo judicial será compreendido como a atuação **para além de sua função**, que o Poder Judiciário tem assumido, sobretudo em decisões mais recentes do STF.

Curiosamente, essa atuação parte do pressuposto de que a Constituição tem força normativa e de que é preciso inaugurar uma nova teoria do Direito e, portanto, do próprio Estado. Em lugar da autonomia do legislador, a potencialização da atividade judicial, que passa a exercer a função política de transformar em realidade o projeto social contido na Constituição⁽⁶⁾.

- (5) Existem sete tipos de ativismo, segundo Wilian Marshall, citado por André Karam Trindade: o contramajoritário, quando os tribunais discordam de decisões tomadas por órgãos democraticamente eleitos; o não originalista, quando os tribunais negam o originalismo na interpretação judicial, desconsiderando o texto legal ou a intenção dos autores da Constituição; o ativismo de precedentes, quando os tribunais rejeitam a aplicação de precedentes; jurisdicional, quando os tribunais não obedecem os limites formais para a sua atuação, violando competências; o criativo, quando os tribunais criam novos direitos; o remediador, quando os tribunais impõem obrigações positivas aos outros poderes e o *partisan*, quando os tribunais decidem para atingir objetivos partidários ou de determinado segmento social. STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi. TRINDADE, André Karam. *Garantismo, Hermenêutica e Neoconstitucionalismo*. Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 111.
- (6) “A Constituição, como referencial das demais normas, possibilita que “se trave uma luta ideológica pelo direito

Portanto, o que precisamos compreender é que a análise crítica de decisões acerca de direitos fundamentais trabalhistas, mesmo quando formulada nos estreitos limites do Direito, demanda a análise da função política que os juízes desempenham (ou deveriam desempenhar) na contemporaneidade.

A teoria dos direitos fundamentais, disseminada especialmente no segundo pós-guerra, promoveu uma mudança histórica na concepção da função do Direito e, por consequência, da função do Estado⁽⁷⁾. O horror nazista, revelador da incapacidade do Direito para responder às demandas do capital, é o fato histórico que simboliza a percepção da incapacidade do Estado para enfrentar questões sociais cada vez mais urgentes. É evidente que esse é apenas o “pano de fundo”.

A viabilidade dos governos totalitários erigidos na mais estreita conformidade com a “ordem jurídica” é consequência de algo maior. Por isso, um olhar mais atento fará perceber que a mudança no que se reconhece como a função dos juízes é também uma tentativa de lidar com o esgotamento do sistema. Guarda menos relação com o nazismo/fascismo do que com o capitalismo em si.

O fato é que o modelo jurídico construído para servir a uma forma específica de organização

dentro do próprio direito, ou seja, sem se valer, propriamente, de noções metajurídicas como o direito natural”. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 245.

- (7) “O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, seu conteúdo ultrapassa ao aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica. E mais, a ideia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 93.

social não consegue dar conta das complexidades, dos limites e das impossibilidades da sociedade para a qual foi pensado.

De qualquer modo, importa reconhecer que este cenário de esgotamento do sistema e de manifesta crise das instituições, é o ambiente em que — notadamente a partir da segunda metade do Século XX no Brasil — o Poder Judiciário desponta como o “guardião das promessas da Constituição”⁽⁸⁾.

A nova concepção acerca do papel que a Constituição deve desempenhar, como *constituidora* de um novo projeto de sociedade, tem o mérito de evidenciar a necessidade de enfrentamento dos pressupostos jurídicos da modernidade (a relação entre moral e direito e a função da discricionariedade no discurso jurídico). Porém, não enfrenta as causas do problema, relacionadas ao próprio modo de produção. Talvez em razão disso, mesmo sob a perspectiva do Direito, essa *nova função* acaba construindo o seu oposto. Em lugar de *fazer valer* o projeto constitucional, o ativismo “pós-positivista” revela-se por meio do boicote sistemático das conquistas obtidas em 1988⁽⁹⁾.

O intuito positivo da perspectiva proativa da função judiciária esbarra em seus próprios limites. O novo constitucionalismo declara-se titular da nobre missão de realizar um capitalismo solidário e inclusivo, nos termos propostos na Constituição de 1988. Entretanto, justamente aí se encontra a impossibilidade de sucesso desse propósito. O capitalismo é geneticamente contrário à solidariedade e à inclusão. É sua antítese: alimenta-se da exclusão social e do individualismo. Por sua vez, o Direito é fruto dessa forma de organização social, nasce com ela e destina-se a mantê-la e reproduzi-la, nem que para isso precise constantemente alterar suas próprias premissas.

Exatamente por isso, os caminhos que o novo constitucionalismo vem percorrendo conduzem ao contrário daquilo que supostamente pretende. O ativismo judicial que vem sendo praticado em nome da Constituição fragiliza a ordem constitucional, negando-a de forma sistemática, a tal ponto de torná-la irreconhecível⁽¹⁰⁾. Então, todo o discurso de que a função proativa do Poder Judiciário serve à realização de uma sociedade justa, fraterna e solidária se perde.

(8) “A emancipação do Juiz tem sua origem, antes de tudo, no colapso da lei que garantiu, na visão clássica, a subordinação do juiz, e na nova possibilidade de julgar a lei oferecida pelos textos que contêm princípios superiores, como a Constituição”. Na medida em que a lei perde coerência e objetividade (seja pelo fenômeno da inflação legislativa, seja por constituir resultado de “jogo de alianças e coalisões”), o sistema jurídico passa a exigir uma nova configuração, ditada pela noção de princípios e pela proliferação de conceitos abertos. Nesse novo ambiente, a “missão” do Juiz deixa de ser a de aplicar a lei ao caso concreto, porque a própria lei “torna-se um produto semi-acabado que deve ser terminado pelo juiz”. GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia*. O Guardião das Promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 40-1.

(9) A expressão “pós-positivista” está colocada propositalmente entre aspas, porque o novo constitucionalismo, em grande parte de suas expressões, embora se autoproclame pós-positivista, não consegue superar o que identifica o positivismo jurídico: a “moralização” do Direito, a aposta na discricionariedade judicial e, sobretudo, a compreensão cientificista das normas de conduta social.

(10) A base teórica mais utilizada nas decisões proferidas pelas cortes superiores ultimamente é Robert Alexy, embora sua técnica da proporcionalidade adquira — notadamente no Brasil — a forma de “*princípio da proporcionalidade*”, desvinculando-se do que refere o próprio autor alemão, quando a define como um critério para a solução dos conflitos entre princípios. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90. A forma como a doutrina de Alexy é trazida para o Brasil torna-a extremamente perniciosa. Humberto Ávila, por exemplo, admite até mesmo a ponderação de regras, ao referir que também elas “podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias, mediante um processo de ponderação de razões”, que resultará sua ampliação ou restrição. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 59. Luís Roberto Barroso observa que a ponderação é uma técnica que deve ser aplicada aos “casos difíceis”, nas hipóteses em que “uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas”. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 358.

A facilidade com que a doutrina neoconstitucionalista, imbuída de um ideal aparentemente tão nobre quanto aquele de tornar realidade o projeto social contido na Constituição, acaba por escorregar para esse ativismo destrutivo — sobretudo dos direitos sociais trabalhistas — é compreendida apenas se tivermos em mente duas circunstâncias distintas, mas complementares.

Em primeiro lugar, é preciso compreender a necessidade metabólica do capital de burlar seus próprios objetivos sociais e, por consequência, a facilidade do Direito em transitar por argumentos contraditórios ou mesmo insustentáveis, sempre que houver interesse em defender a posição político-econômica desse mesmo capital.

A pista para a compreensão desse “estado da arte” passa pela constatação de que o Direito forja-se na modernidade como um instrumento de consolidação da sociedade de trocas. A identificação do Direito com o que está previsto em um texto de lei foi um postulado construído historicamente, em razão da necessidade de ruptura com o “Antigo Regime”⁽¹¹⁾. A proposta de isolar o elemento normativo do Direito em uma teoria pura, não contaminada por fatores ideológicos, que o revelasse mediante um procedimento puramente cognitivo, serviu na fase inicial de consolidação da nova forma de organização social.

Tão logo firmaram-se as bases da nova sociedade, esse purismo cientificista já não era mais necessário. Por isso, foi relativamente fácil para o Direito transitar, por exemplo, para uma noção de realismo jurídico, para o qual o Juiz primeiro conclui e depois procura os fundamentos da sua decisão⁽¹²⁾. Por igual motivo, a crítica

ao realismo jurídico, conduzida especialmente por Hart, partiu do idêntico pressuposto de que é preciso “purificar o Direito”, descolando-o de sua função prática⁽¹³⁾. São variações de um mesmo tema, cuja compreensão depende do reconhecimento do forte caráter ideológico do Direito⁽¹⁴⁾, que é desde sempre comprometido com a reprodução do metabolismo do capital⁽¹⁵⁾.

A linha condutora de todo o pensamento jurídico sempre foi a ideia de discricionariedade, ou seja, a existência de um espaço “não tomado pela razão”, em que é possível dizer *qualquer coisa sobre qualquer coisa*⁽¹⁶⁾.

(11) KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 7. ed. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 390-5.

(12) Jerome Frank chega a referir que a discricionariedade do juiz é o núcleo do aspecto orientador do direito e que a certeza atribuída ao direito não passa de um mito, uma ilusão. COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 278.

(13) HART, Herbert. O conceito de direito. 5. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 160-1.

(14) WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. v. I. Interpretação da Lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

(15) Adoto, portanto, a perspectiva de Marx, de que o Direito nada mais é do que a forma jurídica do capital. Uma perspectiva desenvolvida em várias de suas obras e que pode ser evidenciada na seguinte passagem, em que Marx refere-se aos pressupostos do Direito moderno, demonstrando como a circulação (troca de mercadorias) é um verdadeiro “Éden dos direitos inatos do homem”: “Liberdade, pois os compradores e vendedores de uma mercadoria, por exemplo, da força de trabalho, são movidos apenas por seu livre-arbítrio. Eles contratam pessoas livres, dotadas dos mesmos direitos. O contrato é o resultado, em que suas vontades recebem uma expressão legal comum a ambas as partes. Igualdade, pois eles se relacionam um com o outro apenas como possuidores de mercadorias e trocam equivalente por equivalente. Propriedade, pois cada um dispõe apenas do que é seu”. MARX, Karl. *O Capital*. Livro I. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 251. O Direito moderno serve, portanto, à perpetuação da sociedade do capital e, por isso mesmo, metaboliza-se e transforma-se na mesma velocidade e com a mesma eficiência que o próprio capital, para tentar lidar com suas incapacidades e seus limites.

(16) A discricionariedade já foi denunciada por Kelsen, quando escreveu que a norma superior (Constituição) determina o processo em que a norma inferior e o ato de execução são postos e o seu conteúdo, mas essa determinação nunca é completa, fica sempre uma margem de livre apreciação; por isso a norma superior tem caráter de “um quadro ou moldura a preencher por este ato”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 7. ed. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 364. Dworkin também denuncia o ativismo como “uma forma virulenta de

Para o que aqui interessa, é preciso reconhecer que essa discricionariedade não constitui uma novidade e talvez sequer possa ser realmente superada. É um traço do positivismo⁽¹⁷⁾ que atende ao propósito do Direito de adaptar-se e reproduzir a sociedade do capital. A vinculação da aplicação da norma à vontade do intérprete representa, como regra, a sujeição dessa vontade às condições políticas

pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história da sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. (...) O direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição". DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 451-2. No mesmo sentido, Streck observa que a ponderação, e a discricionariedade que a justifica, forma um círculo vicioso: admite-se a prática de arbitrariedades, em nome da ideologia do caso concreto, com uma multiplicidade de respostas que fragmentam e fragilizam o sistema jurídico, em sua proposta de consolidação de uma sociedade melhor. Em seguida, "para controlar esse caos, busca-se construir conceitos abstratos com pretensões de universalização", como se fosse possível "uma norma jurídica abarcar todas as hipóteses (futuras) de aplicação". STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 127-142. O que nenhum deles questiona, porém, é a relação visceral da discricionariedade com a própria função política do Direito, com sua condição de forma jurídica necessária e atrelada à forma capital.

(17) Não em sua versão clássica, do positivismo exegético-primitivo (juiz boca da lei), mas certamente sob nova roupagem. No lugar do juiz boca-da-lei, o juiz dos princípios, encarregado de buscar os valores desprezados pelo positivismo clássico. Mantém-se o "mito do dado" do paradigma objetivista, que parte da leitura sintática do texto legal. Mantém-se o compromisso com a Filosofia da consciência e com o sujeito solipsista do esquema sujeito-objeto. É exatamente por esse compromisso com a discricionariedade que ao longo do tempo, tanto a jurisprudência teleológica (Jhering), quanto a doutrina alemã da jurisprudência dos interesses (Heck), acabaram também resvalando para o ativismo judicial, na medida em que reconheceram ao aplicador a função de criar o direito para o caso concreto.

e econômicas, de modo a nunca colocar em xeque o próprio sistema. Esse é o traço comum.

Tal constatação revela uma impossibilidade: o limite do Direito é seu atrelamento à forma capital. Trata-se de afirmação que conduz a duas outras conclusões. Mesmo a superação filosófica das bases em que os diferentes positivismos se sustentam será insuficiente para conferir ao Direito uma autonomia capaz de torná-lo *instrumento de transformação social*. Isso porque os elementos que tornam o Direito uma *arma do capital* não são acidentais.

É essa a razão pela qual o que se tem denominado pós-positivismo apresenta-se e comporta-se como uma espécie de retorno ao positivismo clássico, em que ao juiz incumbia simplesmente aplicar a lei. Agora, o juiz aplica a súmula ou a sua exclusiva vontade. A discricionariedade, conteúdo fundamental do Direito como elemento da forma capitalista de sociedade, continua presente.

Esse atrelamento do Direito ao metabolismo do capital, cuja fase atual — denominada *neoliberal* — é de retrocesso social ostensivo, é o que permite decisões nas quais as "questões jurídicas" sequer são debatidas com profundidade.

É o que ocorre na recente decisão do STF sobre a prescrição aplicável à pretensão do FGTS.

3. A decisão do STF quanto à prescrição aplicável à pretensão dos recolhimentos do FGTS

No ARE n. 709.212, julgado no último dia 13 de novembro, o STF reconheceu a inconstitucionalidade do artigo da lei do FGTS que garante prazo de 30 anos para a discussão desses créditos em juízo. Tal prazo, flagrantemente melhor para o trabalhador, está fixado na Lei 8.036, posterior à Constituição, e foi consolidado por uma compreensão que vem desde a década de 1960, quando criado o instituto.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, faz um resgate histórico do FGTS. Menciona o fato

de que a Lei de 1966 buscava uma alternativa à estabilidade decenal, em razão do argumento de que esse direito estaria engessando as relações de trabalho⁽¹⁸⁾. E, inclusive, conclui a partir disso:

Trata-se, como se vê, de *direito de natureza complexa e multifacetada*, haja vista demandar a edição de normas de organização e procedimento que têm o escopo de viabilizar a sua fruição, por intermédio, inclusive, da definição de órgãos e entidades competentes para a sua gestão e da imposição de deveres, obrigações e prerrogativas não apenas aos particulares, mas também ao Poder Público. (sem grifo no original)

O projeto de lei da lavra de Roberto Campos, durante o governo do general Castelo Branco, dava ao empregado a opção de aderir ao sistema do fundo de garantia em lugar de adquirir estabilidade depois de dez anos de trabalho para a mesma empresa. Uma opção que logo se revelou falaciosa: os empregados eram constrangidos a fazer a *falsa escolha*.

O novo instituto jurídico suscitou realmente, como escreve o Relator, discussão jurisprudencial e doutrinária, acerca de sua *natureza jurídica*. Entretanto, além de já superada há

algum tempo, essa discussão revela-se uma armadilha.

Os institutos jurídicos não têm *natureza*. Ao contrário, são construídos culturalmente. O FGTS, quando “inventado” como fórmula para o esvaziamento da estabilidade, se estabeleceu como um direito do trabalhador e da sociedade, cuja função era a de desmotivar a despedida; formar um fundo capaz de garantir a subsistência em caso de perda involuntária do emprego e, ao mesmo tempo, permitir ao governo a promoção de programas sociais. Não era e não é, pois, um “crédito trabalhista”. Sequer é possível reduzi-lo à condição de crédito. Basta lembrar das hipóteses de saque dos valores depositados pelo empregador na conta vinculada ao nome do trabalhador. A restrição às possibilidades de disposição dos valores versados ao fundo dão a medida do caráter social desse direito.

Essa discussão jurídica acerca da *natureza* do FGTS tem um propósito bem evidente, já utilizado em decisões pretéritas, de que é exemplo a declaração da inconstitucionalidade da lei previdenciária que garantia prazo de dez anos para o exercício da pretensão daqueles direitos. A discussão jurídica serve apenas como uma cortina de fumaça, que esconde e disfarça os verdadeiros elementos em jogo.

A armadilha da *natureza jurídica* está justamente no fato de que esse conceito serve como *capa de sentido*, que nega qualquer possibilidade de discussão dos elementos de que efetivamente se reveste determinada norma de conduta social⁽¹⁹⁾. Ao invocar a *natureza*

(18) Transcreve, inclusive, trecho de obra de Roberto Campos, em que ele menciona: “A criação do FGTS foi uma das reformas sociais mais importantes, e mais controversas, do governo Castello Branco. Havia o ‘mito da estabilidade’, tido como a grande ‘conquista social’ do governo Vargas. Mito, porque a estabilidade, após dez anos de serviço era em grande parte uma ficção. Os empregados eram demitidos antes de completado o período de carência, pelo receio dos empresários de indisciplina e desídia funcional dos trabalhadores, quando alcançavam a estabilidade. Os trabalhadores, de seu lado, ficavam escravizados à empresa, sacrificando a oportunidade de emigrar para ocupações mais dinâmicas e melhor remuneradas. Os empresários perdiam o investimento no treinamento; as empresas mais antigas, que tinham grupos maiores de empregados estáveis, eram literalmente incompráveis ou invendáveis por causa do ‘passivo trabalhista’” (CAMPOS, Roberto. *Lanterna na Popa*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994. p. 713). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 26 nov. 2014.

(19) Nesse aspecto, é possível dizer que a decisão do STF incorre naquilo que Dworkin denomina “agulhão semântico”. DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 55-75. É indispensável que existam critérios comuns acerca da função e das características de determinada norma social de conduta, para que seja possível discutir, por exemplo, o prazo de prescrição para ela previsto e sua conformidade com a ordem constitucional. Se a decisão simplesmente descarta a “natureza complexa e multifacetada” que ela mesma reconhece ao FGTS, reduzindo-o à condição de crédito trabalhista, não há

jurídica, encerra-se a discussão, cristalizando o conceito e, nesse sentido, ontologizando-o⁽²⁰⁾.

O FGTS não tem uma *natureza jurídica*, nem precisa necessariamente ser “enquadrado”. É um direito complexo, que desafia a classificação tradicional. Como, aliás, ocorre com certa frequência em relação aos direitos sociais, o FGTS serve tanto ao trabalhador (indivíduo que “contrata” a venda da sua força de trabalho), quanto ao conjunto de trabalhadores e à própria sociedade⁽²¹⁾. Mas nada disso foi

sequer como seguir a discussão acerca do prazo de prescrição. É como se o STF, de um lado, e a integralidade da doutrina e da jurisprudência trabalhistas, de outro, estivessem tratando de coisas absolutamente diversas.

(20) É nesse aspecto que a hermenêutica filosófica contribui decisivamente para a melhor compreensão das “armadilhas” do Direito. Ontológico é aquilo que pertence à essência do ser e, exatamente por isso, é indene de discussões, não pode ser problematizado. A noção de que o Direito lida com conceitos ontológicos, dotados de “natureza jurídica”, é comprometida com a chamada Filosofia da Consciência, que se desenvolve exatamente no mesmo momento histórico em que o Direito moderno está formando suas bases de sustentação e que a sociedade capitalista está sendo engendrada. Não há espaço para maior digressão a esse respeito, mas importa ressaltar que a hermenêutica, que ganha nova dimensão em Heidegger, reconhece a compreensão como um movimento constante e situado historicamente: só compreendo a mim, quando compreendo o ser e só compreendo o ser quando compreendo a mim. Nesse sentido, supera a Filosofia da Consciência, sobretudo, no que interessa ao Direito, porque reconhece nova função para a linguagem (que passa, de instrumento, à condição de possibilidade da compreensão). Então, no âmbito jurídico, a consequência disso é o entendimento de que é preciso investigar o sentido do ser: deixar ver algo a partir de si mesmo é compreender, pois o ser se mostra “ocultando-se nos entes”. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. 12. ed. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. Não há, portanto, um ser em si, hermético, cujo conteúdo está em sua “natureza”.

(21) Então, se tivéssemos realmente de classificá-lo, teríamos de reconhecê-lo como direito individual trabalhista (adquirido no momento em que o trabalhador se insere em um vínculo de emprego); direito social (constitui medida de inibição da despedida e de acesso a bens básicos para a sobrevivência digna); direito previdenciário (assegura a manutenção da subsistência quando da perda do vínculo) e direito tributário (os recursos do fundo são utilizados pelo

enfrentado com profundidade nos debates que culminaram na declaração de inconstitucionalidade do art. 23 da Lei n. 8.036.

À primeira vista, portanto, parece tratar-se de uma questão jurídico-filosófica. A compreensão de que o Direito não tem uma *natureza em si*, mas uma função, que precisa ser compreendida e expressada pelo intérprete, com observância do que dispõe a tradição e com coerência em relação às decisões já proferidas sobre a mesma matéria, é o que está ausente.

Então, mesmo sob a perspectiva estritamente jurídica, é possível: a) demonstrar que os institutos jurídicos não possuem uma *natureza*, porque não são entes que existem independentemente de seu propósito, nem se prestam a uma classificação científica com pretensão de exatidão terminológica; b) demonstrar que a análise da regra de prescrição aplicável não guarda relação com a “natureza” do instituto, mesmo que queiramos insistir na existência mesma de uma *natureza jurídica*.

Em outras palavras, mesmo concordando com a equivocada premissa utilizada no ARE 709212, de que a *natureza jurídica* do FGTS é a de crédito trabalhista, teríamos de examinar a questão a partir dos critérios que justificam a declaração de inconstitucionalidade de uma norma.

Seria indispensável, então, discutir o significado e a função que os prazos de prescrição exercem na aplicação/efetividade dos direitos sociais fundamentais. Declarar um crédito trabalhista, previdenciário ou tributário não constitui um *salvo-conduto* para afastar as regras que o disciplinam, nem mesmo sob a estrita perspectiva da dogmática jurídica.

Nesse aspecto, vale notar que o voto relator elenca precedentes do STF, todos no sentido da perfeita compatibilidade do prazo prescricional previsto na Lei 8.036 com as disposições constitucionais, a despeito de sua *natureza jurídica* e, inclusive, em razão dela. Ainda assim,

governo para a realização de projetos sociais como a construção de casa própria).

ao argumento de que o princípio da proteção pode ser afastado em nome da “necessidade de certeza e estabilidade nas relações jurídicas”, declara a inconstitucionalidade da regra.

Eis um segundo aspecto fundamental do voto relator, que tem em realidade a mesma origem e fundamento. A certeza é o argumento utilizado para *afastar a certeza*, forjada por mais de cinco décadas de pacífica doutrina e jurisprudência.

É o milagre da linguagem: invocando a certeza e a estabilidade nas relações, retira-se exatamente a certeza e a estabilidade das relações. Os precedentes jurisprudenciais e praticamente toda a doutrina trabalhista são substituídos por um entendimento que, nas palavras do próprio relator, altera jurisprudência “há muito consolidada no âmbito dessa corte”.

A possibilidade de que a compreensão jurisprudencial sobre determinado conteúdo jurídico se altere é exatamente a forma como o Direito evolui. Portanto, não é disso que trata a crítica que aqui se formula. Aliás, é emblemático o caso da alteração da Súmula n. 244 do TST. Depois de confrontar-se com uma mutação da jurisprudência de base, promovida ao longo das últimas décadas, em razão do estudo do conteúdo fundamental da norma de proteção à gestante em caso de licença-maternidade, o TST alterou seu entendimento, reconhecendo à gestante em contrato a prazo certo a proteção de que cogita a regra do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Não se tratou, portanto, de entendimento de um ou alguns Ministros que acreditavam no equívoco da jurisprudência consolidada, mas de um número expressivo de decisões judiciais fundamentadas que não puderam mais ser ignoradas pelo tribunal superior.

Não é o que ocorre em relação ao FGTS. Nesse caso, não houve tal alteração na compreensão jurisprudencial ou doutrinária. Antes da análise do caso concreto vertido no ARE n. 709.212, sequer se discutia de forma significativa a constitucionalidade do prazo

de prescrição fixado em lei própria. O voto refere uma única doutrina trabalhista, isolada na compreensão da suposta *natureza de crédito* trabalhista que atribui ao FGTS e em seus efeitos para o cômputo do prazo prescricional. A própria decisão admite tratar-se de jurisprudência consolidada e pacífica, a reconhecer a compatibilidade do art. 23 da Lei n. 8.036 com a norma constitucional.

A invocação de certeza e da estabilidade das relações, conceitos vagos cujo conteúdo é atribuído pelo aplicador, é a melhor demonstração da ausência de argumento histórico ou institucional capaz de legitimar a declaração de inconstitucionalidade. Por sua vez, a afirmação de que determinado entendimento deve prevalecer por ser esta a compreensão de quem está decidindo⁽²²⁾ restaura a noção de decisão como “ato de vontade”, ou seja, como fruto da discricionariedade do Juiz⁽²³⁾.

A mudança na perspectiva filosófica, ocorrida durante o Século XX, implicou mudança na finalidade que se reconhece ao Direito e ao próprio Estado. Se a efetividade da Constituição

(22) É sintomático o fato de o voto fazer constar: “Por essa razão, nos autos do RE n. 522.897, **defendi** a tese de inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto n. 99.684/1990, na parte em que ressalvam o “privilégio do FGTS à prescrição trintenária”, haja vista violarem o disposto no art. 7º, XXIX, da Carta de 1988. Pelas mesmas razões esposadas no referido recurso extraordinário, é que **considerarei** existente a repercussão geral do presente apelo, que necessita de decisão definitiva desta Corte para sedimentar sua orientação quanto ao tema à luz da sistemática da repercussão geral. Conforme já dito, e por todas as razões já levantadas, **entendo** que esta Corte deve, agora, revisar o seu posicionamento anterior para consignar, à luz da diretriz constitucional encartada no inciso XXIX do art. 7º da CF, que o prazo prescricional aplicável à cobrança de valores não depositados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) é quinquenal.”

(23) Para Kelsen, existem duas espécies de interpretação. A realizada pelos órgãos aplicadores do direito (ato de vontade) e a realizada pela ciência jurídica, considerada “pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas” (ato de conhecimento). KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 7. ed. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 391.

é “agenda obrigatória de todos os juristas preocupados com a transformação de uma sociedade como a brasileira”⁽²⁴⁾, a função do Estado como Poder Judiciário deve ser a de maximizar a efetividade das normas sociais de proteção.

Então, sob essa perspectiva, não se trata de examinar se há regra sobre prescrição no art. 7º, mas de compreender porque uma regra sobre prescrição está ali inserida, qual a sua finalidade e, por consequência, seus limites. Compreendendo-a como restrição ao direito fundamental de ação, pode-se então perceber porque o prazo para o exercício da pretensão, ali previsto, é mínimo.

No voto em análise, o Relator observa que até a Constituição de 1988, o STF “adotou a tese sustentada à época pelo Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de que o prazo seria trintenário, em virtude do disposto no art. 20 da Lei n. 5.107/1966 c/c art. 144 da Lei n. 3.807/1960” e que, **depois da nova ordem constitucional**, o STF “continuou a perflhar, em ambas as Turmas, a tese da prescrição trintenária”.

Nas três decisões transcritas no voto, sobre a matéria, a primeira fundamenta-se no “fim estritamente social” do FGTS como razão para a aplicação do prazo de prescrição contido na lei previdenciária; a segunda repete o mesmo argumento e a terceira afasta a “natureza” tributária do FGTS, ao fundamento de que se trata de instituto com *natureza trabalhista e social*. Daí é extraída a conclusão de que o FGTS tem “natureza jurídica trabalhista” e, como consequência, de que deve ser aplicada a prescrição prevista no inciso XXIX do art. 7º.

Ora, as decisões que servem de fundamento não comportam a essa conclusão. O “hiato” argumentativo é revelador da *vontade* que preexiste à decisão: a vontade de reduzir o prazo prescricional relativo ao FGTS para cinco anos.

(24) STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 90.

A prescrição não é o direito fundamental dos trabalhadores de serem impedidos de discutir em juízo seus créditos. É uma restrição ao direito fundamental de ação⁽²⁵⁾. Tratando-se de restrição ao direito de acesso à justiça, só se justifica na medida em que não vede esse mesmo acesso, nem comprometa o próprio direito fundamental que pretende limitar⁽²⁶⁾. Por isso mesmo, a restrição constitucionalmente

(25) A prescrição é instituto jurídico criado em nome de uma suposta segurança, como sanção que se aplica ao titular do direito que permaneceu *inerte* diante de sua violação por outrem. A existência do direito subjetivo não implica necessariamente a ideia de seu exercício. Pode até mesmo haver direito subjetivo sem que haja ou quando não mais exista a faculdade de exigir sua observância. O conceito de prescrição do artigo 189 do Código Civil é “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição”. Alberga o conceito de Pontes de Miranda: “com a lesão, nasce a pretensão, que se extingue com a prescrição.” (teoria da *actio nata*) PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998. Pois bem, se a prescrição é a limitação temporal que o Estado, detentor do monopólio de jurisdição, impõe ao credor *inerte*, sua aplicação depende de pelo menos duas condições: a verificação de que haja real inércia do credor e a interpretação e aplicação restrita do instituto. Afinal de contas, trata-se de circunstância excepcional, em que o Estado reconhece o direito (ao crédito), veda a tutela de mão própria e, ao mesmo tempo, nega-se a agir junto ao devedor. Compreensão diversa implicaria transformar a prescrição em prerrogativa do devedor inadimplente, em completa subversão do ordenamento jurídico.

(26) A teoria dos direitos fundamentais que orienta o constitucionalismo em tempos atuais reconhece a necessidade, que aqui não se questiona apenas em razão dos limites deste artigo, de fixação de limites e restrições a esses direitos. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 384 e seguintes. Mesmo sob a perspectiva liberal que anima essa tese, tais limites e restrições precisam ser compreendidos e aplicados restritivamente, apenas na medida da necessidade para a preservação de outros direitos e garantias fundamentais. A prescrição é uma restrição ao direito de acesso à justiça que, portanto, justifica-se apenas na medida em que não dificulte ou impeça o exercício desse direito fundamental. Exatamente por isso, a previsão da norma constitucional do inciso XXIX do art. 7º contém o mínimo de proteção indispensável à preservação do acesso à justiça, quando o assunto é a efetividade dos direitos fundamentais sociais de caráter “trabalhista”.

prevista é o mínimo, que não impede a adoção de outros parâmetros, desde que promovam a *melhoria da condição social* dos trabalhadores. Esse é o critério adotado no *caput* do art. 7º da Constituição⁽²⁷⁾. Daí a plena compatibilidade da Lei n. 8.036 com a Constituição de 1988.

Ao tratar do FGTS, reconhecendo seu âmbito social, a lei específica — posterior à Constituição — outorga prazo de trinta anos para o exercício da pretensão em juízo, não apenas em razão do princípio da proteção, que justifica a existência do Direito do Trabalho.

A previsão de prazo distinto e dilatado em relação à pretensão de recolhimento do FGTS se dá exatamente porque se reconhece aqui uma peculiaridade: a convivência de interesses de ordem tributária, previdenciária e social que somam e mesmo prevalecem em relação ao interesse individual do trabalhador⁽²⁸⁾.

Ainda assim, o voto relator desloca a discussão para o velho discurso do (falso) protecionismo estatal em relação aos direitos dos trabalhadores. Menciona que “o princípio da proteção do trabalhador, não obstante a posição central que ocupa no Direito do Trabalho”, não autoriza a interpretação de que “o art. 7º, XXIX, da Constituição, estabeleceria apenas o

prazo prescricional mínimo a ser observado pela legislação ordinária”.

Há certa razão nessa afirmação. O princípio da proteção não tem mesmo tal aptidão, nem serve para isso. A noção de que o prazo prescricional do inciso XXIX é o prazo mínimo não decorre desse preceito, mas de regra expressa (*caput* do art. 7º), essa sim “contaminada” pelo conteúdo de proteção que a justifica e que, portanto, está em seu princípio⁽²⁹⁾.

Compreendendo-se a Lei n. 8.036 a partir de sua finalidade dentro de um projeto de sociedade (inclusiva e solidária), é possível entender a razão pela qual o prazo para exercer a pretensão em relação aos recolhimentos do FGTS é de trinta anos.

O FGTS — exatamente por não ser *apenas* um direito fundamental do trabalhador — tem norma própria, que se reveste de condição de possibilidade da própria realização do Estado Democrático de Direito. É mais, portanto, do que um direito fundamental do trabalhador.

O raciocínio é simples: se o fundamento da ordem constitucional é a dignidade humana (art. 1º) e seus objetivos principais são: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos (art. 3º), a persecução — pelo Estado — dos valores que deveriam ser

(27) Cujo texto nunca é demais transcrever: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.”

(28) O Relatório de gestão dos recursos do FGTS, relativo a 2012, dá conta, por exemplo, de que os depósitos versados ao fundo naquele ano permitiram: descontos para “adequação da capacidade de pagamento do mutuário frente ao valor financiado e à sua renda, ampliando-se o acesso da população de baixa renda aos financiamentos de habitação popular com recursos do FGTS”; financiamentos de saneamento básico “por meio do Programa Saneamento para Todos”, no qual foi aplicado o valor de “R\$ 546 milhões, em 2012”; aplicação de R\$ 693 milhões de recursos do FGTS no Programa Pró-Transporte, em projetos de pavimentação e qualificação de vias urbanas; “R\$ 27 milhões, sendo 63,77% de aquisição de imóveis usados e 36,23% de imóveis novos” em financiamento habitacional, além da aplicação no mercado de capitais. Disponível em: <http://downloads.caixa.gov.br/_arquivos/fgts/relatoriogestao/Relatorio_Gestao_FGTS_2012.pdf> Acesso em: 26 nov. 2014.

(29) A compreensão do que estou afirmando pressupõe o entendimento de que regra e princípio não constituem espécies de um gênero, mas elementos da normatividade. Uma norma, portanto, será sempre uma regra inspirada em um princípio instituidor. A função do princípio será justamente a de viabilizar a demonstração da legitimidade da decisão adotada, quando aplica ou afasta uma regra no caso concreto. Essa legitimidade se afere “no momento em que se demonstra que a regra/norma por ela concretizada é instituída por um princípio”. Então, como ensina Streck: “não há regra sem um princípio instituidor. Sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter de legitimidade democrática”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 546.

vertidos ao fundo e não foram tem de sofrer a *menor limitação possível*, sob pena de boicote ao projeto social insculpido na Constituição.

Aqui é preciso retomar a premissa antes fixada, para insistir que os argumentos jurídicos podem ser conduzidos com tal facilidade a conclusões absolutamente conflitantes acerca da compreensão jurídica de determinada matéria, porque dois projetos de sociedade estão em luta.

O projeto liberal que atualmente, sob o prisma das relações de trabalho, tem sido denominado de *flexibilização*, é avesso aos direitos sociais. Preconiza um Estado mínimo, no qual o Direito deve resignar-se à condição de garantidor da propriedade privada. Nenhuma novidade, se considerarmos que o Direito é a forma jurídica que corresponde ao capital.

Essa é a razão *escondida* (que precisa ser desvelada) do hiato profundo entre os fundamentos apontados na decisão recentemente proferida pelo guardião da Constituição e tudo que a teoria, a história e a função do FGTS significam na construção de uma sociedade melhor, nos moldes propostos na Constituição de 1988.

4. Para além do Direito: o desvelamento das verdadeiras razões que produzem decisões de desmanche das normas sociais fundamentais

O descolamento entre o que o TST ou o STF muitas vezes decidem e aquilo que o ordenamento jurídico e a doutrina trabalhista preveem, e a facilidade com que se pode demonstrar a insustentabilidade de decisões como aquela aqui examinada, inclusive sob a perspectiva estritamente jurídica, é revelador de um problema mais profundo.

A supressão de direitos trabalhistas faz parte de um movimento que iniciou no Brasil ainda na década de 1990. Em realidade, tem raízes na década de 1960, justamente com a lei do FGTS, objeto da precarização operada pelo STF na decisão aqui analisada. Entretanto, foi justamente a partir da Constituição de 1988 (e

apesar dela) que um movimento de retração dos direitos sociais revelou-se de forma mais nítida e perversa.

Quando Fernando Collor de Mello assumiu a Presidência, em março de 1990, propondo um novo plano para conter uma grave crise do capital, o que ocorreu foi o confisco do dinheiro da poupança de milhões de brasileiros. Os salários dos trabalhadores foram congelados, adotou-se integralmente o plano do FMI, baseado no Consenso de Washington: privatizações, retirada de direitos trabalhistas e abertura para o capital estrangeiro⁽³⁰⁾. Em moldes que poderiam ser equiparados ao do estado absolutista francês pré-revolução burguesa, o Estado se apossou do patrimônio dos indivíduos para repassá-lo ao capital.

Mesmo com a saída de Collor, seguiu-se o projeto de privatização do Estado, sem que a recessão fosse contida⁽³¹⁾. O governo de Fernando Henrique Cardoso, a partir de 1995, em nada alterou a estratégia neoliberal. Ao contrário, já em seu discurso de posse, o novo presidente referiu a necessidade de “enterrar a era Vargas”, privatizando e retirando direitos trabalhistas⁽³²⁾.

(30) A consequência mais imediata foi uma forte diminuição da atividade produtiva, recessão econômica e queda do PIB, além da elevação significativa do número de desempregados. A FIESP, no final do ano de 1990, anunciava a demissão de 110 mil trabalhadores da indústria paulista. COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *O Direito do Trabalho flexibilizado por FHC e Lula*. São Paulo: LTr, 2009. p. 56.

(31) Um relatório oficial do IBGE daquele ano refere que havia “mais de 35 milhões de crianças e adolescentes, abaixo dos 17 anos de idade” vivendo em famílias com renda inferior a um salário mínimo. GIANNOTTI, Vito. *História das lutas dos trabalhadores no Brasil*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007. p. 284-5.

(32) Ocorre uma greve dos petroleiros, que dura 25 dias e conta com uma dura reação: a Justiça do Trabalho aplica multas pesadas aos sindicatos, o exército ocupa as refinarias e 85 empregados, a maior parte líderes grevistas, são despedidos. Os trabalhadores, assustados com a recessão econômica, iniciam uma fase de negociações em que pela primeira vez aparecem acordos de participação nos lucros e resultados. Diminuem ano a ano o número de greves e o DIEESE aponta como fatores disso: a ilusão dos trabalhado-

O Direito do Trabalho, no discurso da flexibilização, aparece como vilão do capital, que precisa ser combatido para que a economia se desenvolva. Por isso, a cartilha neoliberal consolidada no governo FHC promoveu mais privatizações, perdas salariais (especialmente, por parte do funcionalismo público) e acirramento no modo de produção, com técnicas identificadas pela cobrança de metas, cujo resultado foi o aumento significativo do número de doenças relacionadas ao trabalho e a denúncia de assédio moral no ambiente laboral⁽³³⁾.

O projeto neoliberal de flexibilização seguiu determinando a política e o papel do Estado nas duas primeiras décadas do Século XXI. A eleição de Luiz Inácio Lula da Silva, ativo militante do Partido dos Trabalhadores, em 2002, não alterou essa lógica.

O projeto de Estado “justo, livre e solidário” foi, portanto, anulado por um outro propósito, que se apresenta como a antítese daquele previsto na Carta Política de 1988. Enquanto a Constituição de 1988 instaura uma nova racionalidade, coletiva e não mais individualista, cujos elementos primários para a sua construção foram encontrados justamente na realidade das relações de trabalho⁽³⁴⁾, o discurso neoliberal pretende a

res com a nova moeda, a diminuição da inflação e o aumento do desemprego, desestimulando qualquer reação. Em 1997, ocorre a primeira grande manifestação popular contra o governo FHC, conhecida como A Marcha dos 100 mil. Várias outras empresas estatais são privatizadas neste ano, como a Companhia Vale do Rio Doce, por valores irrisórios. Em 1998, a CUT convoca uma greve geral contra o governo reeleito de FHC e mesmo a Força Sindical adere ao movimento. Privatizam-se empresas do setor de telecomunicações e acirram-se as perdas do funcionalismo público, que não tem mais reajustes em seus salários. GIANNOTTI, Vito. *História das lutas dos trabalhadores no Brasil*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007. p. 286-293.

(33) COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *O Direito do Trabalho flexibilizado por FHC e Lula*. São Paulo: LTR, 2009. p. 28.

(34) A classificação do Estado em Liberal ou Social, Constitucional ou Democrático de Direito, não interessa a este estudo e o aprofundamento da questão é mesmo inviável diante dos limites da investigação a que se propõe. Para Sarlet, o Estado Constitucional nasceu da luta contra o absolutismo, instituindo

supressão dos direitos sociais e a liberação das “forças do mercado”.

Em todo esse movimento de precarização, a prescrição, justamente o tempo que o Estado impõe ao cidadão para que exerça seus direitos em juízo e, portanto, a limitação das possibilidades de realização dos direitos sociais, tem sido o *instituto* jurídico mais atacado. A possibilidade de pronúncia de prescrição de ofício, a volta da discussão acerca da prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho e a redução de prazos prescricionais são reveladores desse *moto contínuo* que mal disfarça o projeto de sociedade que pretende implementar.

Esse movimento é conduzido por fios não tão invisíveis. Os preceitos do Consenso de Washington, de 1989, o documento 319 do Banco Mundial, de 1996⁽³⁵⁾, os três Pactos Republicanos por um Poder Judiciário Célere e Eficaz, editados a partir de 2004⁽³⁶⁾, são *cartilhas* que determinam, passo a passo, um caminho a ser trilhado pelos poderes de Estado, notadamente pelas cortes superiores.

Portanto, não se trata de coincidência que, repentinamente, demandas trabalhistas despertem o interesse dos Ministros do STF e sejam premiadas com a “repercussão geral”. Nem é um caso que todas elas, uma a uma, estejam sendo julgadas de modo a mitigar e mesmo suprimir direitos trabalhistas duramente conquistados.

Também não deve causar estranheza a apatia com que tais decisões são recebidas.

constituições cujo objetivo principal era o de limitar e instrumentalizar o poder político. Por sua vez, o Estado Social se consolidou no século XIX em razão dos “movimentos reivindicatórios” decorrentes do “impacto da industrialização e dos graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam”. SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 73 e 261.

(35) Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/documentos-historicos/documento-319-do-banco-mundial/documento-319-do-banco-mundial>> Acesso em: 4 dez. 2014.

(36) Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=173547> Acesso em: 4 dez. 2014.

Os juízes estão por demais envolvidos com o cumprimento de metas que intensificam o trabalho, instituindo uma verdadeira “linha de produção eletrônica” com o “novíssimo” PJE.

Como um agente desse roubo do tempo e da capacidade de indignação, o Conselho Nacional de Justiça vem estimulando o aniquilamento forçado das subjetividades, propiciando a transformação da função judiciária numa questão empresarial (de resultados)⁽³⁷⁾, que anestesia qualquer capacidade de resistência.

Todas essas medidas estão direcionadas ao mesmo objetivo, para o qual os direitos sociais são um mal a ser eliminado do sistema. A insistência do STF, nas suas últimas decisões sobre questões trabalhistas, em referir a impossibilidade de que o TST garanta direitos por meio de súmulas é um discurso revelador. O mesmo compromisso ideológico que mantém o Direito refém da discricionariedade condena a discricionariedade que promove direitos.

O problema, portanto, não está no ativismo judicial em si, mas na função que o Direito deve e pode exercer, e na confrontação dos projetos sociais que disputam o cenário das relações sociais e políticas no Brasil.

5. Algumas reflexões finais

O enfrentamento crítico de decisões como a que aqui se discute, para que seja profícuo, deve enfrentar ao menos as duas perspectivas, que de certo modo conduzem o pensamento jurídico à sua própria negação.

De um lado, é preciso revelar que sob a perspectiva estritamente jurídica, o voto relator que fundamenta a decisão proferida no ARE n. 709.212 é falho, comprometido com

(37) Trata-se de algo tão assustadoramente presente na lógica atual, que o projeto de CPC em tramitação no Congresso Nacional faz constar: Art. 12. Os órgãos jurisdicionais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. § 2º Estão excluídos da regra do *caput*: VII — as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça.

um paradigma filosófico que a própria dogmática jurídica já se propôs a superar e, desse modo, dissociado do propósito institucional atribuído ao STF, de guardião e realizador das promessas da Constituição.

De outro, é urgente demonstrar que essa resistência à superação da discricionariedade não se deve apenas a uma ausência de filosofia no Direito, nem à falta de compromisso com o caráter transformador que esse mesmo Direito se outorga, sobretudo a partir de 1988 no Brasil.

A decisão do STF sobre a prescrição do FGTS, cujo voto relator é produzido por um dos mais importantes constitucionalistas do nosso país, conclui que a introdução do FGTS no rol de direitos fundamentais dos trabalhadores, no art. 7º da Constituição, é o fundamento para a redução do prazo para o exercício da pretensão desse direito.

Talvez essa seja a questão mais emblemática, da perspectiva jurídica, para que se compreenda o retrocesso havido no ARE n. 709.212: a conquista obtida em 1988, ao transformar o FGTS em direito fundamental de todos os trabalhadores, desatrelando-o das garantias contra a despedida, é convertida na razão da perda histórica que o STF promove por essa decisão!

Essa conclusão revela que o compromisso do Direito com o capital é bem mais visceral do que se pode pensar e que pretender construir uma sociedade capitalista que, ao mesmo tempo, seja inclusiva e solidária, é em alguma medida subverter o conteúdo e a função que Estado e Direito originalmente possuem. Daí a dificuldade em fazer prevalecer critérios para a decisão judicial, que comprometam o juiz com a Constituição, exatamente porque as “promessas não cumpridas da modernidade” nunca foram promessas cujo cumprimento tenha sido desejado pelo capital.

Tais promessas, que podem ser traduzidas na realização dos direitos sociais, são o que temos de mais importante, imediato e real em termos de *melhoria* das condições de vida na realidade brasileira.

Portanto, o comprometimento com o projeto social instituído em 1988 é uma aposta necessária, até mesmo urgente, que se qualifica necessariamente como uma rejeição do projeto neoliberal delineado nos documentos antes mencionados.

6. Referências bibliográficas

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

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

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

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia. O Guardião das Promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GIANNOTTI, Vito. *História das lutas dos trabalhadores no Brasil*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007.

HART, Herbert. *O conceito de Direito*. 5. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. 12. ed. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 7. ed. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARX, Karl. *O Capital*. Livro I. São Paulo: Boitempo, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social*. São Paulo: LTr, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, Hermenêutica e Neoconstitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao Direito*. v. I. Interpretação da Lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

<http://downloads.caixa.gov.br/_arquivos/fgts/relatoriogestao/Relatorio_Gestao_FGTS_2012.pdf>.

<<http://www.anamatra.org.br/documentos-historicos/documento-319-do-banco-mundial/documento-319-do-banco-mundial>>.

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>.

<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=173547>.

Jurisprudência

**Acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho
Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho**

Tribunal Superior do Trabalho

Processo: TST-AIRR-242-98.2011.5.01.0040

Agravante: Cassio Roberto da Silva

Agravado: Redivix Transportes Ltda.

(2ª Turma)

Acórdão:

- ▶ **AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. MOVIMENTAÇÃO DE CARGAS COM PESO ALÉM DO LIMITE PREVISTO NO ART. 198, DA CLT. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** Ante a razoabilidade da tese de violação ao art. 5º, X, da Constituição Federal, recomendável o processamento do recurso de revista para melhor exame das razões recursais. **Agravo de instrumento provido.**

RECURSO DE REVISTA. TAREFAS DO TRABALHADOR RELACIONADAS À CARGA E DESCARGA DE MERCADORIAS. MOVIMENTAÇÃO DE CARGAS COM PESO ALÉM DO LIMITE PREVISTO NO ART. 198, DA CLT. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. A Constituição Federal fixa a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III) como fundamento da República e ao mesmo tempo proclama que são “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (art. 5º, X). Já o art. 198, da CLT, prevê limite de peso que pode ser movimentado por um trabalhador, com objetivo de “evitar que sejam exigidos do empregado serviços superiores às suas forças”. Logo, a conduta da Reclamada em exigir que o autor, no exercício da função de ajudante de cargas, manuseasse cargas com peso de sessenta a cem quilos, e, portanto, além do limite estabelecido no art. 198, da CLT, viola de forma literal e direta o art. 5º, X, da Constituição Federal, o que enseja a indenização por danos morais, já que importa em ofensa a princípios de ordem constitucional, tais como o da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, do direito à saúde e ao bem-estar, da garantia aos trabalhadores da redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (arts. 1º, III, 3º, IV, 5º, X, 6º e 196 da Constituição Federal); além de violar o disposto no art. 186, do Código Civil. **Recurso de revista conhecido e provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. TST-AIRR-242-98.2011.5.01.0040, em que é Agravante CASSIO ROBERTO DA SILVA e Agravado REDIVIX TRANSPORTES LTDA.

Agravo de instrumento interposto pelo Reclamante (numeração eletrônica n. 113/115) com o fim de reformar a decisão que denegou seguimento ao recurso de revista (documento eletrônico n. 109/110), ante o teor da Súmula n. 126, do C. TST.

Contraminuta apresentada pelo Reclamado (documento eletrônico n. 125/127).

Não houve manifestação do Ministério Público do Trabalho, em face do teor do Regimento Interno do C. TST.

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

Conheço do agravo de instrumento, por presentes os pressupostos para a sua admissibilidade.

II – MÉRITO

O Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região denegou seguimento ao recurso de revista, consignando os seguintes fundamentos, *verbis*:

“PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Tempestivo o recurso (decisão publicada em 22.1.2013 – fls. 69; recurso apresentado em 30.1.2013 – fls. 70).

Regular a representação processual (fls. 09).

Desnecessário o preparo.

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

Responsabilidade Civil do Empregador/Empregado / Indenização por Dano Moral.

Alegação(ões):

— violação ao(s) artigo(s) 5º, X da Constituição Federal.

Do quanto se observa do v. acórdão, o contorno do tema passou à seara fático-probatória, insuscetível de revolvimento na atual fase processual, a teor da Súmula 126 do C. TST.

Dessa forma, nos termos em que prolatada a decisão, não se verifica a violação constitucional apontada, o que reforça a inviabilidade do apelo.

CONCLUSÃO

NEGO seguimento ao recurso de revista.” (numeração eletrônica n. 109/110)

Em suas razões de agravo, o agravante sustenta que, no exercício de suas funções, restou inequívoco que levantava e carregava mais de

70 (setenta) quilos de peso, chegando até a 100 (cem) quilos).

Afirma que o julgado regional está equivocado, posto que este sofrimento atentou contra a dignidade humana e a sua honra.

Aponta violação ao art. 5º, X, da Constituição Federal.

Requer, assim, seja reformada a decisão proferida pelo Tribunal Regional para condenar a Reclamada ao pagamento de indenização por danos morais.

Eis o teor do v. acórdão objurgado, *verbis*:

“Não merece provimento o recurso.

“Levantar e carregar peso”, ainda que além do limite previsto no art. 198 da CLT, não importa em “dano moral”.

Pode-se definir o “dano moral” como “todo sofrimento humano que não resulta de uma perda pecuniária”, isto é, sofrimentos humanos que decorreriam de lesões a direitos estranhos à área patrimonial e de difícil mensuração pecuniária.

Por isso, também se diz que o “dano moral” é o prejuízo que resulta de uma lesão a direito inerente à personalidade do indivíduo (sendo que os direitos inerentes à personalidade incluem a honra, a imagem, o conceito de que a pessoa desfrute em seu grupo familiar ou em seu ambiente profissional, dentre outros).

“Dano moral é aquele que atinge os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)” (Carlos Alberto Bittar, *in* Reparação Civil por Danos Morais, Ed. Revista dos Tribunais, 3. ed., p. 45).

“À luz da Constituição vigente, podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos. Em sentido estrito, dano moral é violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral.

Este é, pois, o novo enfoque constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral ...” “os direitos da personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos da personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada” (Sérgio Cavalieri Filho, *in* Programa de Responsabilidade Civil, Editora Atlas, 8. ed, p. 80-81).

“A honra, a imagem, o nome e a identidade pessoal constituem, pois, objeto de um direito independente, da personalidade. (José Afonso da Silva, *in* Curso de Direito Constitucional Positivo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 212.)

Humberto Theodoro Júnior ensina que “em direito civil há um dever legal amplo de não lesar a que corresponde a obrigação de indenizar, configurável sempre que, de um comportamento contrário àquele dever de indenidade, surta algum prejuízo injusto para outrem (CC, art. 159) “no convívio social, o homem conquista bens e valores que formam o acervo tutelado pela ordem jurídica. Alguns deles se referem ao patrimônio e outros à própria personalidade humana, como atributos essenciais e indisponíveis da pessoa. É direito seu, portanto, manter livre de ataques ou moléstias de outrem os bens que constituem seu patrimônio, assim como preservar a incolumidade de sua personalidade “é ato ilícito, por conseguinte, todo ato praticado por terceiro que venha a refletir, danosamente, sobre o patrimônio da vítima ou sobre o aspecto peculiar do homem como ser moral. Materiais, em suma, são os prejuízos de natureza econômica, e, morais,

os danos de natureza não econômica e que ‘se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado’ (Carlos Alberto Bittar, *Reparação Civil por Danos Morais*, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, n. 5, p. 31). Assim, há dano moral quando a vítima suporta, por exemplo, a desonra e a dor provocadas por atitudes injuriosas de terceiro, configurando lesões nas esferas interna e valorativa do ser como entidade individualizada (*idem*, n. 6, p. 34) “de maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (‘o da intimidade e da consideração pessoal’), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (‘o da reputação ou da consideração social’) (*idem*, n. 7, p. 41). Derivam, portanto, de ‘práticas atentatórias à personalidade humana’ (STJ, 3ª T., voto do Relator Eduardo Ribeiro, no REsp 4.236 ...). Traduzem-se em ‘um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida’ (STF, RE n. 69.754/SP, RT 485/230) capaz de gerar ‘alterações psíquicas’ ou ‘prejuízo à parte social ou afetiva do patrimônio moral’ do ofendido (STF, RE 116.381-RJ ...)” (*in* Dano Moral, Editora Juarez de Oliveira, 3. edição, págs. 1/2).

O dever de indenizar que se impõe ao ofensor decorre do nexo de causalidade entre o ato — ilícito — praticado por ele e o prejuízo imaterial que veio a ser suportado pelo ofendido (que se vê atingindo em sua imagem, em sua honra, em seu conceito profissional, ou em qualquer outro aspecto de ordem subjetiva).

Não se imagina qual o prejuízo de ordem “subjetiva” sofrido pelo reclamante simplesmente porque ele “no exercício de suas funções” teria que “transportar de um local para outro materiais cujo peso era, em média, de 100 kg”.

De se notar que o reclamante, ao expor a sua causa de pedir, em momento algum alega que era obrigado a “levantar e carregar” os “materiais cujo peso era, em média, de 100 kg”, de maneira que nem é possível presumir que o

simples “transporte” desses mesmos “materiais” lhe causaria algum prejuízo à saúde.

Aliás, nem se sabe como era feito esse “transporte”.

Testemunha ouvida por requerimento do reclamante diz apenas que “como ajudante de caminhão o autor fazia carga e descarga e a média de peso das mercadorias girava em torno de 60 a 100 quilos” (v. fls. 50), sem esclarecer como se “fazia a carga e descarga”.

Difícil acreditar que o reclamante, sozinho, fosse capaz de “levantar e carregar” peso de “100 kg”.

De qualquer sorte, apenas a atividade de “transportar de um local para outro materiais cujo peso era, em média, de 100 kg” não traduz “dano moral”.

O art. 5º, X, da Constituição Federal dispõe que “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O art. 186, do Código Civil, prevê que:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Já a CLT, em seu capítulo V, intitulado “DA SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO”, na seção XIV (PREVENÇÃO DA FADIGA), estabelece que:

“É de 60 Kg (sessenta quilogramas) o peso máximo que um empregado pode remover individualmente, ressalvadas as disposições especiais relativas ao trabalho do menor e da mulher.

O v. acórdão objurgado consignou, expressamente, que: “Levantar e carregar peso”, ainda que além do limite previsto no art. 198 da CLT, não importa em “dano moral”. Mais adiante, transcreve teor do depoimento da testemunha arrolada pelo Reclamante que informou que “como ajudante de caminhão o autor fazia carga e descarga e a média de peso das mercadorias girava em torno de 60 a 100 quilos” (v. fls. 50)...”.

Considerando o teor do art. 198, da CLT, acima transcrito, quanto ao limite de peso que pode ser movimentado por um trabalhador, da *mens legis* deste dispositivo celetário que é “evitar que sejam exigidos do empregado serviços superiores às suas forças” e do conteúdo probatório que restou consignado no v. acórdão impugnado, conforme parágrafo anterior, é possível vislumbrar possível afronta ao art. 5º, X, da Constituição Federal, de forma literal e direta, e, portanto, é possível antever ofensa à literalidade da Constituição Federal, como exige o art. 896, “c”, da CLT, para o processamento do recurso de revista.

Do exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista.

Assim, dou provimento ao agravo de instrumento para, convertendo-o em recurso de revista, determinar a reautuação do feito e a publicação de certidão de julgamento para ciência e intimação das partes e dos interessados de que o julgamento do recurso de revista dar-se-á na primeira sessão ordinária deste Relator subsequente à data da referida publicação, nos termos do art. 229 do Regimento Interno desta Corte.

Com fulcro, então, no art. 897, § 7º, da CLT, passo ao exame do recurso de revista destrancado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n. TST-RR-242-98.2011.5.01.0040, em que é Recorrente CASSIO ROBERTO DA SILVA e Recorrido REDIVIX TRANSPORTES LTDA.

Trata-se de recurso de revista interposto pelo Reclamante contra o v. acórdão oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, que apreciando o recurso ordinário interposto pelo próprio trabalhador, deu-lhe parcial provimento, para deferir o pagamento do intervalo intrajornada parcialmente concedido (Súmula n. 437, do TST), julgando improcedente o pedido de indenização por dano moral.

Razões recursais, postulando a reforma da decisão Regional e o processamento do recurso de revista quanto à indenização por danos morais, por violação ao art. 5º, X, da Constituição Federal bem como ao princípio constitucional de proteção à saúde e dignidade humana.

Contrarrrazões, pugnando pelo desprovemento do apelo.

Não houve manifestação do Ministério Público do Trabalho, em face do teor do Regimento Interno do C. TST.

É o relatório.

VOTO

CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso de revista, passe-se ao exame dos pressupostos intrínsecos definidos pelo art. 896, da CLT.

2. DANO MORAL. REMOÇÃO INDIVIDUAL DE PESO ALÉM DO LIMITE PREVISTO NO ART. 198, DA CLT

Sustenta o recorrente que o v. acórdão deve ser reformado por violação ao art. 5º, X, da Constituição Federal, pois, conforme se depreende dos autos e também do julgado atacado, levantava e carregava mais de setenta (70) quilos de peso, chegando até a cem (100) quilos, no exercício de suas funções.

Afirma que tal fato lhe causou sofrimento e atentou contra sua saúde e dignidade humana, violando norma constitucional.

Requer que a Reclamada seja condenada a reparar o dano moral por ele sofrido, nos moldes pleiteados na exordial.

Vejamos o teor do v. acórdão oriundo do TRT da 1ª Região, no tópico relativo ao dano moral, *verbis*:

“Não merece provimento o recurso.

“Levantar e carregar peso”, ainda que além do limite previsto no art. 198 da CLT, não importa em “dano moral”.

Pode-se definir o “dano moral” como “todo sofrimento humano que não resulta de uma perda pecuniária”, isto é, sofrimentos humanos que decorreriam de lesões a direitos estranhos à área patrimonial e de difícil mensuração pecuniária.

Por isso, também se diz que o “dano moral” é o prejuízo que resulta de uma lesão a direito inerente à personalidade do indivíduo (sendo que os direitos inerentes à personalidade incluem a honra, a imagem, o conceito de que a pessoa desfrute em seu grupo familiar ou em seu ambiente profissional, dentre outros).

“Dano moral é aquele que atinge os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)” (Carlos Alberto Bittar, *in* Reparação Civil por Danos Morais, Ed. Revista dos Tribunais, 3. ed., p. 45).

“À luz da Constituição vigente, podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos. Em sentido estrito, dano moral é violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral.

Este é, pois, o novo enfoque constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral...” “os direitos da personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos da personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada” (Sérgio Cavalieri Filho,

in Programa de Responsabilidade Civil, Editora Atlas, 8. ed, p. 80-81).

“A honra, a imagem, o nome e a identidade pessoal constituem, pois, objeto de um direito independente, da personalidade. (José Afonso da Silva, in Curso de Direito Constitucional Positivo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 212.)

Humberto Theodoro Júnior ensina que “em direito civil há um dever legal amplo de não lesar a que corresponde a obrigação de indenizar, configurável sempre que, de um comportamento contrário àquele dever de indenidade, surta algum prejuízo injusto para outrem (CC, art. 159) “no convívio social, o homem conquista bens e valores que formam o acervo tutelado pela ordem jurídica. Alguns deles se referem ao patrimônio e outros à própria personalidade humana, como atributos essenciais e indisponíveis da pessoa. É direito seu, portanto, manter livre de ataques ou moléstias de outrem os bens que constituem seu patrimônio, assim como preservar a incolumidade de sua personalidade “é ato ilícito, por conseguinte, todo ato praticado por terceiro que venha a refletir, danosamente, sobre o patrimônio da vítima ou sobre o aspecto peculiar do homem como ser moral. Materiais, em suma, são os prejuízos de natureza econômica, e, morais, os danos de natureza não econômica e que se traduzem em turbacões de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado” (Carlos Alberto Bittar, Reparação Civil por Danos Morais, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, n. 5, p. 31). Assim, há dano moral quando a vítima suporta, por exemplo, a desonra e a dor provocadas por atitudes injuriosas de terceiro, configurando lesões nas esferas interna e valorativa do ser como entidade individualizada (*idem*, n. 6, p. 34) “de maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (‘o da intimidade e da consideração pessoal’), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (‘o da reputação ou da consideração social’) (*idem*, n. 7, p. 41).

Derivam, portanto, de ‘práticas atentatórias à personalidade humana’ (STJ, 3ª T., voto do Relator Eduardo Ribeiro, no REsp 4.236 ...). Traduzem-se em ‘um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida’ (STF, RE n. 69.754/SP, RT 485/230) capaz de gerar ‘alterações psíquicas’ ou ‘prejuízo à parte social ou afetiva do patrimônio moral’ do ofendido (STF, RE n. 116.381-RJ ...)” (in Dano Moral, Editora Juarez de Oliveira, 3. edição, págs. 1/2).

O dever de indenizar que se impõe ao ofensor decorre do nexo de causalidade entre o ato — ilícito — praticado por ele e o prejuízo imaterial que veio a ser suportado pelo ofendido (que se vê atingido em sua imagem, em sua honra, em seu conceito profissional, ou em qualquer outro aspecto de ordem subjetiva).

Não se imagina qual o prejuízo de ordem “subjetiva” sofrido pelo reclamante simplesmente porque ele “no exercício de suas funções” teria que “transportar de um local para outro materiais cujo peso era, em média, de 100 kg”.

De se notar que o reclamante, ao expor a sua causa de pedir, em momento algum alega que era obrigado a “levantar e carregar” os “materiais cujo peso era, em média, de 100 kg”, de maneira que nem é possível presumir que o simples “transporte” desses mesmos “materiais” lhe causaria algum prejuízo à saúde. Aliás, nem se sabe como era feito esse “transporte”.

Testemunha ouvida por requerimento do reclamante diz apenas que “como ajudante de caminhão o autor fazia carga e descarga e a média de peso das mercadorias girava em torno de 60 a 100 quilos” (v. fls. 50), sem esclarecer como se “fazia a carga e descarga”. Difícil acreditar que o reclamante, sozinho, fosse capaz de “levantar e carregar” peso de “100 kg”.

De qualquer sorte, apenas a atividade de “transportar de um local para outro materiais cujo peso era, em média, de 100 kg” não traduz “dano moral”.

O art. 5º, X, da Constituição Federal dispõe que “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado

o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

O art. 186, do Código Civil, assevera que:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Já a CLT, em seu capítulo V, intitulado “DA SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO”, na seção XIV (PREVENÇÃO DA FADIGA), estabelece que:

“É de 60 Kg (sessenta quilogramas) o peso máximo que um empregado pode remover individualmente, ressalvadas as disposições especiais relativas ao trabalho do menor e da mulher.

Mas, o que é a fadiga? Dher, citado por Sintés, define a fadiga como “*diminuição do poder funcional consecutivo ao trabalho, acarretando uma sensação característica de mal-estar e uma diminuição da capacidade de trabalho (in Seguridad, Higiene e Medicina del Trabajo, Bosch, Barcelona, 1968, p. 33)*”. Afirma ainda que é “*um complexo em que intervêm todos os sistemas orgânicos, nervoso central, nervoso periférico, muscular, cardiovascular*”, sendo um fenômeno de índole muscular e nervosa, que diminui o rendimento do trabalho, a memória, a concentração, a percepção sensorial e outras funções psicológicas. Kaplan afirma ainda “*estar comprovado que a fadiga diminui os mecanismos automáticos, assim como a disposição volitiva para a defesa contra os acidentes*” (in Medicina del Trabajo, 3. ed, 1976, p. 28).

A CLT, ao dispor sobre o peso máximo que pode ser transportado manualmente por um trabalhador, está ocupando-se do que podemos chamar de fadiga somática, ainda que de maneira limitada. Não se pode olvidar que o manejo de cargas com peso superior a 60 quilos, e, portanto, além do limite previsto no art. 198, da CLT, é apontado como concausa para o desenvolvimento de várias moléstias, podendo, inclusive, estabelecer nexos causais entre o dano à saúde do empregado e as condições de trabalho.

O art. 7º, XXII, da Constituição Federal garante aos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, como, por exemplo, a que está prevista no art. 198, da CLT. Já o art. 6º, da Carta Magna prevê a saúde é um direito social e o art. 1º, da Constituição da República prevê que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil.

A Convenção n. 137, da OIT, que entrou em vigor no Brasil, em 1971, através do Decreto 67.339, dispõe que o transporte manual, por um trabalhador, de cargas que possam comprometer sua saúde ou sua segurança não será exigido ou admitido. A Convenção não fixa peso máximo, deixando a critério de cada país a sua fixação.

Já a NR-17 da Portaria 3.214/78 estabelece regras para as condições de trabalho relacionadas com levantamento, transporte e descarga de materiais.

Nos últimos anos, cada vez mais os justabalhistas têm se preocupado com a ergonomia, ciência que estuda as relações do homem com seu trabalho sob o aspecto psicofisiológico, em razão do aumento considerável das doenças relacionadas com o trabalho e com os danos que estas podem trazer a saúde do trabalhador, podendo causar, inclusive, a invalidez permanente para o trabalho.

Tal preocupação, inclusive, foi alçada ao nível protetivo máximo do ordenamento jurídico, quando a Constituição Federal, no art. 196, alçou o direito à saúde ao nível de direito constitucionalmente garantido (art. 6º c/c 3º, IV, da CF/88) e estabeleceu que “*a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”.

O quadro fático que restou consignado no julgado atacado pelo Regional Trabalhista, soberano na análise de fatos e provas, insuscetível de revisão, em sede extraordinária, demonstra

que o Recorrente manejava cargas além do limite estabelecido no art. 198, da CLT, pois a testemunha arrolada pelo autor afirmou em depoimento que “*como ajudante de caminhão o autor fazia carga e descarga e a média de peso das mercadorias girava em torno de 60 a 100 quilos*” (v. fls. 50), sem esclarecer como se “*fazia a carga e descarga*”.

Desta forma, a conduta da Reclamada em exigir que o autor, no exercício da função de ajudantes de cargas, fizesse carga e descarga e manejasse cargas com peso de sessenta a cem quilos, e, portanto, além do limite estabelecido no art. 198, da CLT, viola de forma literal e direta o art. 5º, X, da Constituição Federal, o que viabiliza o processamento do recurso de revista, com fundamento no art. 896, “c”, da CLT.

Logo, conheço do recurso de revista, por violação ao art. 5º, X, da Constituição Federal.

3. MÉRITO

A conduta da Reclamada em exigir que o autor, no exercício da função de ajudantes de cargas, fizesse carga e descarga de mercadorias e manejasse cargas com peso de sessenta a cem quilos, e, portanto, além do limite estabelecido no art. 198, da CLT, viola de forma literal e direta o art. 5º, X, da Constituição Federal.

E tal conduta do empregador é apta a ensejar indenização por danos morais, já que importa em ofensa a princípios de ordem constitucional, tais como o da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, do direito à saúde e ao bem-estar, da garantia aos trabalhadores da redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (arts. 1º, III, 3º, IV, 5º, X, 6º e 196 da Constituição Federal), além de violar o disposto no art. 186, do Código Civil.

A Constituição Federal fixa a “*dignidade da pessoa humana*” (Art. 1º, III) como fundamento da República e ao mesmo tempo proclama que são “*invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado*

o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, X).

Já o art. 186, do Código Civil, dispõe que “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”.

A conduta da Reclamada, ao exigir do trabalhador o manejo de carga acima do limite previsto no art. 198, da CLT, viola direito do trabalhador assegurado pelo Texto Celetário, de não lhe ser exigido serviço superior às suas forças, configurando ato ilícito indenizável a teor dos dispositivos citados (art. 5º, X, da CR/88 e 186, do Código Civil).

Assim, não tendo sido observadas as normas de segurança do trabalho que visam à prevenção da fadiga do trabalhador (art. 198, da CLT e NR-17), tem o Reclamante direito à percepção de indenização por danos morais, decorrente da prática abusiva e ilícita do empregador.

Destaco que a ilicitude do comportamento dispensa prova de dano, que é presumido, estabelecendo-se pronto nexos de causalidade.

Conhecido o recurso de revista por violação ao art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988, corolário lógico é o seu provimento para condenar a Reclamada ao pagamento de indenização por danos morais.

Assim, observando-se a intensidade do sofrimento e a gravidade do dano, o grau de culpa do ofensor e a sua condição econômica, o não enriquecimento indevido da vítima e o caráter pedagógico da medida, considera-se razoável fixar o valor da indenização em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de revista para, reformando o acórdão regional, condenar a Reclamada ao pagamento de indenização a título de danos morais no montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) em observância ao princípio da restauração justa e proporcional, nos exatos limites da existência e da extensão do dano sofrido e do

grau de culpa, sem abandono da perspectiva econômica de ambas as partes. Saliente-se que a reclamada pagará esta parcela ao autor com juros (CLT, art. 883) e correção monetária (Súmula n. 439/TST).

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento e dar-lhe provimento para determinar o regular processamento do recurso de revista. Por maioria, conhecer do recurso de revista, por violação ao art. 5º, X, da Constituição Federal, quanto ao

tema “DANO MORAL” e condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), com juros (art. 883, CLT) e correção monetária, na forma da Súmula 439/TST. Custas, pela reclamada, no importe de R\$ 600,00 (seiscentos reais), calculadas sobre o valor arbitrado para a condenação de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). Vencido o Exmo. Ministro Renato de Lacerda Paiva.

Brasília, 19 de novembro de 2014.

CLÁUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES
Desembargador Convocado Relator

Tribunal Superior do Trabalho

Processo: TST-RR-1765-34.2010.5.18.0000

Recorrente: Divino da Silva

Recorrido: Saneamento de Goiás S.A. — SANEAGO

Competência: 3ª Turma

Acórdão:

- ▶ **AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-B, § 3º, CPC. EMPREGADO PÚBLICO CONCURSADO DE EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE DE DESPEDIDA IMOTIVADA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NECESSÁRIA MOTIVAÇÃO DOS ATOS DAS ENTIDADES ESTATAIS, MESMO QUANDO REGIDAS PELO ART. 173, § 1º, II, DA CF.** Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento para melhor análise da arguição de violação do art. 37, *caput*, da CF. **Agravo de instrumento provido.**
- RECURSO DE REVISTA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-B, § 3º, CPC. EMPREGADO PÚBLICO CONCURSADO DE EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE DE DESPEDIDA IMOTIVADA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NECESSÁRIA MOTIVAÇÃO DOS ATOS DAS ENTIDADES ESTATAIS, MESMO QUANDO REGIDAS PELO ART. 173, § 1º, II, DA CF.** O Supremo Tribunal Federal, em composição plenária, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 589.998/PI, ocorrido em 20.03.2013, decidiu que a validade do ato de despedida de empregado das entidades estatais organizadas como empresas públicas, sociedades de economia mista e congêneres depende da existência de consistente motivação, não prevalecendo a simples despedida arbitrária, desmotivada, ainda que as relações trabalhistas sejam regidas pelo art. 173, § 1º, II, da CF. É que, na área estatal, em decorrência do princípio da motivação dos atos administrativos, decorrente dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, também manifestamente incorporados pela Constituição de 1988 (art. 37, *caput*), não há espaço para semelhante ato arbitrário e desfundamentado. Nesses termos, foi afastado o entendimento consubstanciado na OJ n. 247/I/SBDI-1 desta Corte. Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer a necessidade de motivação para a prática legítima da rescisão do contrato por ato empresarial, pautou-se no fundamento de que, para o ingresso de empregado na área pública, é necessária previamente a aprovação em concurso público — como decorrência dos princípios da impessoalidade, isonomia e moralidade —, postulado que também orienta a

dispensa desses empregados que, via de consequência, deve ser motivada. A esse respeito, enfatize-se que o imperativo do concurso público para o ingresso de empregados nas entidades estatais lança inegável influência jurídica sobre os requisitos constitucionais impostos a essas entidades no tocante à dispensa de seus empregados concursados, ainda que regidos genericamente pela Consolidação das Leis do Trabalho (celetistas). É que o elevado rigor imposto para a admissão de servidores públicos e empregados públicos — em harmonia ao princípio constitucional democrático — torna contraditória a permissão para a ruptura contratual meramente arbitrária desse mesmo empregado, por ato discricionário do empregador público. O rigor formal, procedimental e substantivo imposto para o momento de ingresso no serviço público não poderia permitir, por coerência e racionalidade, tamanha arbitrariedade e singeleza no instante de terminação do vínculo anteriormente celebrado. **No caso concreto**, incontroverso que o Autor se submeteu a concurso público. Nada obstante, observa-se que o reconhecimento da nulidade da dispensa resulta na necessidade de abatimento dos valores adimplidos por ocasião da rescisão contratual, sob pena de “bis in idem” e de enriquecimento sem causa do empregado. **Recurso de revista conhecido e provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-1765-34.2010.5.18.0000, em que é Agravante **DIVINO DA SILVA** e Agravada **SANEAMENTO DE GOIÁS S.A. - SANEAGO**.

O STF concluiu pela existência de repercussão geral (despedida imotivada de empregados de Empresa Pública) - da questão constitucional, nos autos do RE 589.998 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 28/11/08). Reconhecida a referida repercussão, procedeu-se ao julgamento de mérito, decidindo a excelsa Corte pela necessidade de motivação da dispensa de empregados de empresas estatais que prestam serviços públicos.

A Vice-Presidência do TST determinou o retorno dos autos a este Relator, a fim de que, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC, julgue prejudicado ou promova retratação em relação ao presente feito.

PROCESSO ELETRÔNICO.

É o relatório.

VOTO

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO

I) CONHECIMENTO

Em razão do retorno dos autos a este Relator, promovido por determinação da Vice-

-Presidência desta Corte, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC, promove-se retratação em relação ao presente feito.

Atendidos todos os pressupostos recursais, **CONHEÇO** do apelo.

II) MÉRITO

JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-B, § 3º, CPC. EMPREGADO PÚBLICO CONCURSADO DE EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE DE DESPEDIDA IMOTIVADA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NECESSÁRIA MOTIVAÇÃO DOS ATOS DAS ENTIDADES ESTATAIS, MESMO QUANDO REGIDAS PELO ART. 173, § 1º, II, DA CF

A Corte de origem manteve o reconhecimento da validade da despedida imotivada do Autor.

Nas razões de recurso de revista, o Reclamante sustenta, em síntese, que a motivação é pressuposto de validade da rescisão unilateral do contrato de trabalho do empregado de empresa pública e sociedade de economia mista. Aponta violação dos arts. 5º, XXXVI, 37, *caput*, 41, *caput*, e 173, § 1º, da CF; 1º e 2º da Lei n.

4.717/65, bem como transcreve arestos para o confronto de teses.

No agravo de instrumento, o Reclamante reitera as alegações trazidas no recurso de revista, ao argumento de que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade do art. 896 da CLT.

Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para melhor análise da agravação de violação do art. 37, *caput*, da CF.

Pelo exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista.

B) RECURSO DE REVISTA

I) CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos extrínsecos do recurso de revista, passo ao exame dos requisitos intrínsecos.

JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-B, § 3º, CPC. EMPREGADO PÚBLICO CONCURSADO DE EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE DE DESPEDIDA IMOTIVADA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NECESSÁRIA MOTIVAÇÃO DOS ATOS DAS ENTIDADES ESTATAIS, MESMO QUANDO REGIDAS PELO ART. 173, § 1º, II, DA CF.

O Tribunal Regional, quanto ao tema, assim decidiu:

“SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA — DISPENSA IMOTIVADA — REINTEGRAÇÃO — DANO MORAL.

Na inicial, o reclamante DIVINO DA SILVA pleiteou reintegração ao serviço e indenização por danos morais alegando, em síntese, que o art. 41 da Constituição Federal lhe assegura o direito à garantia de emprego. Por conseguinte, a ausência de procedimento administrativo para a conclusão de sua dispensa de forma motivada, atrairia a nulidade do ato de ruptura de seu contrato de trabalho.

Em sede de contestação, a reclamada altercou, em síntese, que por ser sociedade de economia mista, está sujeita ao regime jurídico próprio de empresas privadas, inclusive para fins trabalhistas, nos termos do art. 173, § 1º, inciso II, da CF; Súmula n. 390 do C. TST e OJ n. 247 da SBDI-1.

O MM. Juízo *a quo*, considerando lícito o ato de dispensa sem justa causa do reclamante, julgou improcedente o pedido de reintegração (sentença, fls. 109/119).

Inconformado, o reclamante pretende a reforma do julgado. Sustenta que “o disposto no art. 41 da CF/88 oferta a estabilidade do servidor nomeado em virtude de concurso público, independentemente do regime adotado, próprio ou celetista. Além do mais, o texto constitucional não declina qualquer exceção quanto a servidores da administração direta ou indireta” (fl. 132).

Afirma, ainda, que “a exigência de motivação do ato de desligamento e a exigência de prévio processo administrativo não afrontam o disposto no art. 173 da CF/88, haja vista que busca resguardar o princípio da moralidade e da impessoalidade que são de observância obrigatória por parte da Administração Pública Indireta, nos termos do art. 37 *caput* da CF/88.

Analiso.

Entendia o Ilustre Relator que, a despeito dos entendimentos contidos na Súmula 390 do C. TST e na OJ n. 247 da SBDI-1, a dispensa por órgão da administração pública indireta (sociedade de economia mista) deve ser necessariamente motivada, em respeito aos princípios estatuídos no art. 37 da Constituição Federal, porém, prevaleceu a divergência por mim apresentada nos termos a seguir aduzidos.

Entendo pela manutenção da r. Sentença recorrida, pois assim como o MM. Juiz de piso entendo pela aplicação da Súmula n. 390, inciso II, e Orientação Jurisprudencial n. 247 do Colendo TST, no sentido de que “Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41

da CF/88 (Súmula n. 390) “A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, **independe de ato motivado para sua validade.**” (OJ n. 247).

Ora, o art. 173, II, da CF/88 estabelece que as empresas públicas e sociedades de economia mistas se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Ao passo que a Súmula 390/TST e OJ/247 da SBDI/TST são a melhor exegese da norma constitucional retrocitada, mantendo, a sociedade de economia mista, enquanto equiparada às empresas privadas para fins trabalhistas, o direito potestativo de rescindir o contrato de trabalho do Autor sem justo motivo.

Isto posto, nego provimento ao recurso obreiro neste ponto.”

Em resposta aos embargos de declaração, a Eg. Corte Regional assim esclareceu:

“Sustenta o reclamante que a tese recursal invoca a interpretação histórica, isto é, da redação original do art. 41 da CF/88, que garante a estabilidade aos concursados, independentemente do regime jurídico adotado.

Salienta que tanto a Súmula n. 390 do TST, como a OJ n. 247 da SBDI-1, foram publicadas após a EC n. 19/98, quando o embargante já contava com quase 10 (dez) anos de serviço, não tendo havido pronunciamento judicial desta Corte sobre este tema.

Acrescenta que o entendimento jurisprudencial não prevalece sobre texto de lei, devendo ser observada a necessidade de motivação do ato de dispensa do empregado público de sociedade de economia mista, nos termos do art. 1º, c/c art. 2º da Lei Federal n. 4.717/65.

Requer seja sanada a alegada omissão, bem como haja manifestação explícita sobre o direito adquirido, interpretação histórica e Lei n. 4.717/65, para fins de prequestionamento da matéria, nos termos da Súmula n. 297 do C, TST.

Sem razão.

Da simples leitura da petição de embargos, constata-se que o autor, a pretexto de sanar omissão, busca uma nova análise da matéria

controvertida, com a reforma da decisão, o que é inviável por meio da via eleita.

Os motivos que levaram à manutenção da sentença recorrida, que reconheceu a legalidade da sua dispensa imotivada, encontram-se expostos às fls.166/169 e se reportam à interpretação que o julgador considerou como a mais adequada do art. 41 da Constituição Federal.

A omissão possível de ser sanada pela via dos embargos declaratórios refere-se a pedido não analisado, o que não é o caso. Com efeito, o não acolhimento da tese defendida pelo embargante em seu recurso não implica em ofensa ao disposto no art. 1º, c/c art. 2º da Lei Federal n. 4.717/65 e, portanto, não dá ensejo à interposição de embargos declaratórios.

Não pode a parte requerer a interpretação histórica do art. 41 da CF, e ainda, a manifestação do juízo acerca dos dispositivos legais federais retromencionados, via de embargos de declaração, ao argumento de que pretende prequestionar matéria não discutida, com vistas a recurso à instância superior, porquanto o que pretende é o novo pronunciamento jurisdicional, reformando o anterior. Ademais, os embargos de declaração não visam modificar a sentença ou acórdão em seu conteúdo; dirigem-se apenas à sua forma, pretendendo aperfeiçoá-la. Se houve erro no julgamento, a questão desafia recurso próprio.

Nesse sentido, o verbete n. 12 da 1ª Turma do E. TRT 10ª Região: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO — FINALIDADE — Os embargos de declaração não se prestam para submeter o que foi decidido a um novo exame, como se se tratasse de recurso capaz de modificar a prestação jurisdicional. Visam escoimar a sentença ou o acórdão de defeitos técnicos, tornando-os claros para o exato cumprimento do comando decisório. A parte não pode, a pretexto de obter uma declaração do exato sentido do julgado, valer-se dos embargos para novo pronunciamento jurisdicional, reformando o anterior, nem para prequestionar matéria não discutida, com vistas a recurso à instância superior. A via declaratória é imprópria para impugnar a justiça da decisão. Se houve erro no julgamento, a

questão desafia recurso próprio.” Imperativo salientar, por oportuno, que expostos os fundamentos pelos quais os pedidos submetidos à análise foram julgados, restaram atendidas as exigências da CLT, art. 832, caput, e da CF, art. 93, IX, não sendo exigível pronunciamento explícito acerca de todas as questões, provas e fundamentos das partes.

Improcedentes os embargos neste tópico.”

A Parte, em suas razões recursais, pugna pela reforma do v. acórdão regional, quanto ao tema em epígrafe.

Com razão.

O Supremo Tribunal Federal, em composição plenária, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 589.998/PI, ocorrido em 20.3.2013, decidiu que a validade do ato de despedida de empregado das entidades estatais organizadas como empresa pública, sociedade de economia mista e congêneres depende da existência de consistente motivação, não prevalecendo a simples despedida arbitrária, desmotivada, ainda que as relações trabalhistas sejam regidas pelo art. 173, § 1º, II, da CF.

É que, na área estatal, em decorrência do princípio da motivação dos atos administrativos, decorrente dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, também manifestamente incorporados pela Constituição de 1988 (art. 37, *caput*), não há espaço para semelhante ato arbitrário e desfundamentado. Nesses termos, foi afastado o entendimento consubstanciado na OJ n. 247/I/SBDI-1 desta Corte.

Não obstante, ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer a necessidade de motivação para a prática legítima da rescisão do contrato por ato empresarial, pautou-se no fundamento de que, para o ingresso do empregado na área pública, é necessária previamente a aprovação em concurso público — como decorrência dos princípios da impessoalidade, isonomia e moralidade —, postulado que também orienta a dispensa desses empregados que, via de consequência, deve ser motivada.

A esse respeito, enfatize-se que o imperativo do concurso público para o ingresso de empregados nas entidades estatais lança inegável influência jurídica sobre os requisitos constitucionais impostos a essas entidades no tocante à dispensa de seus empregados concursados, ainda que regidos genericamente pela Consolidação das Leis do Trabalho (celetistas).

É que o elevado rigor imposto para a admissão de servidores públicos e empregados públicos — em harmonia ao princípio constitucional democrático — torna contraditória a permissão para a ruptura contratual meramente arbitrária desse mesmo empregado, por ato discricionário do empregador público. O rigor formal, procedimental e substantivo imposto para o momento de ingresso no serviço público não poderia permitir, por coerência e racionalidade, tamanha arbitrariedade e singularidade no instante de terminação do vínculo anteriormente celebrado.

No caso concreto, incontroverso que o Autor se submeteu a concurso público.

Diante do entendimento exposto, indicam-se os seguintes precedentes proferidos por esta Corte Superior, acompanhando a diretriz do posicionamento do STF:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PÚBLICO CONCURSADO DE EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE DE DESPEDIDA IMOTIVADA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NECESSÁRIA MOTIVAÇÃO DOS ATOS DAS ENTIDADES ESTATAIS, MESMO QUANDO REGIDAS PELO ART. 173, § 1º, II, DA CF. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. O Supremo Tribunal Federal, em composição plenária, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 589.998/PI, ocorrido em 20.03.2013, decidiu que a validade do ato de despedida de empregado das entidades estatais organizadas como empresas públicas, sociedade de economia mista e congêneres depende da existência de consistente motivação, não prevalecendo a simples despedida

arbitrária, desmotivada, ainda que as relações trabalhistas sejam regidas pelo art. 173, § 1º, II, da CF. É que, na área estatal, em decorrência do princípio da motivação dos atos administrativos, decorrente dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, também manifestamente incorporados pela Constituição de 1988 (art. 37, *caput*), não há espaço para semelhante ato arbitrário e desfundamentado. Nestes termos, afasta-se o entendimento consubstanciado na OJ n. 247/I/SBDI-1 desta Corte e confere-se efetividade ao entendimento do STF. Precedentes. Desse modo, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os termos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido. Processo: AIRR – 3500-41.2009.5.02.0014. Data de Julgamento: 13.8.2014, relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15.8.2014.

I – RECURSO DE REVISTA DA EMPRESA. EMPRESA PÚBLICA. EMPREGADO CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA. POSSIBILIDADE. Recurso de revista fundamentado em violação do art. 173, § 1º, II, da Constituição da República, contrariedade à Orientação Jurisprudencial n. 247 da SBDI-1 e em divergência jurisprudencial. O e. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região considerou nula a despedida do autor, sob o fundamento de que a sua admissão mediante concurso público obsta a despedida imotivada e que, no caso, -A despedida do autor ocorreu após quase 05 anos de trabalho à ré, sem qualquer das garantias asseguradas pela Constituição Federal. Observa-se, ainda, que não há nos autos qualquer indicação de que a autora, alguma vez, tenha sido punida, sequer com advertência. (fls. 468v.). Nos termos da Súmula n. 390, II, do TST e da Orientação Jurisprudencial n. 247 da e. SBDI-1, ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não era garantida a estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal de 1988, sendo possível até mesmo

a sua dispensa imotivada. Não haveria, portanto, que se falar em nulidade da dispensa nem em reintegração, tendo em vista que a empresa poderia, por ato unilateral, até mesmo dispensar o empregado imotivadamente. Entretanto, o excelso STF, ao julgar em composição plenária o recurso extraordinário n. RE-589.998/PI, deu-lhe provimento parcial para “reconhecer a inaplicabilidade do art. 41 da Constituição Federal e exigir-se [sic] a necessidade de motivação para a prática legítima do ato de rescisão unilateral do contrato de trabalho, vencidos parcialmente os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio. O Relator reajustou parcialmente seu voto. Em seguida, o Tribunal rejeitou questão de ordem do advogado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT que suscitava fossem modulados os efeitos da decisão” (grifos não constantes do original) — cujo acórdão foi publicado no DJE de 11.9.2013. Nesse contexto, inviável a aplicação da Súmula n. 390, II, do TST e da Orientação Jurisprudencial n. 247 da e. SBDI-1, *ex vi* da Súmula n. 401 do excelso STF. Recurso de revista não conhecido. [...] Processo: RR – 1658200-68.2007.5.09.0015. Data de Julgamento: 11.12.2013, relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13.12.2013.

RECURSO DE REVISTA. DISPENSA IMOTIVADA. EMPREGADO DE EMPRESA ESTATAL. PRESTADOR DE SERVIÇOS PÚBLICOS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DO ATO. REINTEGRAÇÃO. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA E SALÁRIO. O plenário do Supremo Tribunal Federal, em 20/3/2013, ao analisar o Recurso Extraordinário n. 589.998, a despeito do reconhecimento da inaplicabilidade do instituto da estabilidade no emprego aos trabalhadores de empresas públicas e sociedades de economia mista, assentou o posicionamento de que é obrigatória a motivação da dispensa unilateral de empregado por empresa pública e sociedade de economia mista que prestam serviços públicos, tanto pela União quanto pelos estados, Distrito Federal e municípios. Diante desse posicionamento, afasta-se a aplicação do item

I da OJ n. 247 da SBDI-1 deste Tribunal Superior na hipótese dos autos, ante a flagrante contrariedade à decisão da Suprema Corte. Recurso de Revista não conhecido. Processo: RR – 12800-32.2008.5.09.0672. Data de Julgamento: 13.8.2014, relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15.8.2014.

[...] REINTEGRAÇÃO. NULIDADE DA DISPENSA. EMPREGADO INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. O excelso STF no julgamento do RE n. 589.998/PI decidiu que é necessária a motivação do ato de rescisão do contrato de trabalho do servidor empregado de empresas estatais e sociedades de economia mista, tanto da União quanto dos estados, municípios e do Distrito Federal, contratado após prévia aprovação em concurso público. Consagrou a tese segundo a qual o mesmo rigor exigido do empregado para o ingresso na Administração Pública deve ocorrer quando de seu egresso, em razão dos princípios da isonomia, moralidade e impessoalidade, a que está adstrita. E, embora a Administração Pública indireta usufrua de regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme o art. 173, § 1º, II, da Carta Magna, inclusive no que diz respeito às obrigações trabalhistas, após a decisão do STF há necessidade de motivação do ato demissional do empregado público concursado, sob pena de se revelar ilegal e abusivo tal ato, em razão do interesse público subjacente. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. [...] Processo: RR – 1110-04.2010.5.04.0016. Data de Julgamento: 13.8.2014, relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15.8.2014.

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA — SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA — EMPRESA PÚBLICA — RESCISÃO CONTRATUAL IMOTIVADA — IMPOSSIBILIDADE — ENTENDIMENTO DO STF — RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 589.998 — PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE. ISONOMIA. MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 589.998, ocorrido em 20.3.2013, entendeu que as empresas públicas e as sociedades de

economia mista precisam motivar o ato de rompimento sem justa causa do pacto laboral. Em face dos princípios constitucionais da legalidade, da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, o ente da administração pública indireta que explora atividade econômica deve expor as razões do ato demissional praticado e a elas fica vinculado. A motivação do ato de dispensa resguarda o empregado e, indiretamente, toda a sociedade de uma possível quebra do postulado da impessoalidade e moralidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. Além disso, a exposição dos motivos viabiliza o exame judicial da legalidade do ato, possibilitando a compreensão e a contestação da demissão pelos interessados. Assim, a falta da exposição dos motivos ou a inexistência/falsidade das razões expostas pela administração pública para a realização do ato administrativo de rescisão contratual acarreta a sua nulidade. Diante do moderno entendimento do STF, deixo de aplicar a Orientação Jurisprudencial n. 247, I, do TST. Recurso de revista não conhecido. (...). (ARR - 73000-08.2008.5.09.0671, relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 15.5.2013, 7ª Turma, Data de Publicação: 24.5.2013)

Registre-se que também a SDI-2 do TST passou a adotar o mesmo entendimento, a saber:

RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. As empresas públicas e as sociedades de economia mista possuem personalidade jurídica de direito privado e integram a Administração Pública Indireta. Assim, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, submetem-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ademais, a Carta Magna (art. 37, II) dispõe, também, que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso. Diante disso, a dispensa de empregados públicos deve ser devidamente motivada, em face do princípio constitucional da motivação (art. 37, *caput*, da Constituição Federal).

Nesse mesmo sentido decidiu o Plenário do STF, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 589.998, que se aplica em especial à hipótese em que a empresa não atua em regime concorrencial. Isso porque o exercício da atividade econômica, premissa legitimada em um sistema capitalista de produção, está condicionado pelo art. 170 da Constituição à observância dos princípios nele enumerados, dentre os quais se incluem a valorização do trabalho humano, a existência digna, de acordo com a justiça social (*caput*), e a função social da propriedade (inciso III), este último perfeitamente lido como função social da empresa. Nas palavras de Eros Roberto Grau, ao se referir à vinculação entre os arts. 170 e os princípios enumerados no art. 1º da Constituição: -A perfeita compreensão dessa obviedade é essencial, na medida em que informará a plena compreensão de que qualquer prática econômica (mundo do ser) incompatível com a valorização do trabalho humano e com a livre iniciativa, ou que conflite com a existência digna de todos conforme os ditames da justiça social, será adversa à ordem constitucional. Será, pois, inconstitucional. Recurso ordinário a que se nega provimento. Processo: RO – 1054-42.2012.5.15.0000. Data de Julgamento: 29.4.2014, relator Ministro: Cláudio Maccarenhas Brandão, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 9.5.2014.

Diante do exposto, conclui-se que, ao conferir validade à dispensa imotivada do Reclamante, o Tribunal Regional violou o art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Nestes termos, afasta-se o entendimento consubstanciado na OJ n. 247/I/SBDI-1 desta Corte e confere-se efetividade ao moderno entendimento do STF.

Ante o exposto, **CONHEÇO** do recurso de revista por violação do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

II) MÉRITO

JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-B, § 3º, CPC. EMPREGADO PÚBLICO CONCURSADO DE EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA.

IMPOSSIBILIDADE DE DESPEDIA IMOTIVADA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NECESSÁRIA MOTIVAÇÃO DOS ATOS DAS ENTIDADES ESTATAIS, MESMO QUANDO REGIDAS PELO ART. 173, § 1º, II, DA CF

Conhecido o recurso de revista por violação do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, **DOU-LHE PROVIMENTO** para, no aspecto, reconhecer a nulidade da dispensa imotivada e, em consequência, julgar procedente o pedido de reintegração ao emprego, condenando a Reclamada ao pagamento dos salários, com reajustes da categoria, e vantagens legais relativas ao período de afastamento, observados os limites definidos na petição inicial; bem como para determinar o abatimento dos valores adimplidos por ocasião da rescisão contratual, sob pena de *bis in idem* e de enriquecimento sem causa do empregado, tudo conforme se apurar na fase de liquidação. Mantido o valor da condenação.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, em juízo de retratação: I – dar provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista; II – conhecer do recurso de revista, por violação do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, e, no mérito, dar-lhe provimento para, no aspecto, reconhecer a nulidade da dispensa imotivada e, em consequência, julgar procedente o pedido de reintegração ao emprego, condenando a Reclamada ao pagamento dos salários, com reajustes da categoria, e vantagens legais relativas ao período de afastamento, observados os limites definidos na petição inicial; bem como para determinar o abatimento dos valores adimplidos por ocasião da rescisão contratual, sob pena de *bis in idem* e de enriquecimento sem causa do empregado, tudo conforme se apurar na fase de liquidação. Custas, pela Reclamada, no importe de R\$ 400,00, calculadas sobre R\$20.000,00, valor provisoriamente arbitrado à condenação.

Brasília, 3 de setembro de 2014.

Mauricio Godinho Delgado
Ministro Relator

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

Processo: 0002463-78.2011.5.15.0003

Recorrente: Schaeffler Brasil Ltda.

Recorridos: Ministério Público do Trabalho – PRT/15ª Região

Laurito Mendes de Oliveira Sorocaba – ME

Nohall Solução e Inovação em Inspeção de Peças e Acessórios Ltda.

Origem: 1ª Vara do Trabalho de Sorocaba – SP

Juiz Sentenciante: Alexandre Chedid Rossi

Competência: 11ª Câmara – 6ª Turma

Ementa:

- “SCHAEFFLER BRASIL LTDA. TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-FIM. PEJOTIZAÇÃO. ILICITUDE. SÚMULA 331/TST. DANO MORAL COLETIVO. DEVIDO. 1. Para que a terceirização não seja considerada ilícita, imprescindível que haja prestação de serviços especializados de limpeza, conservação ou segurança. Também o enquadramento na Lei n. 6.079/74 afasta a ilicitude da terceirização. 2. Por outro lado, se houve a terceirização de atividades insitas à finalidade constitutiva da tomadora, inquestionável será sua ilicitude, independentemente do que disponha o contrato firmado com as prestadoras de serviços. 3. Mencionado cenário se torna tragicamente grave quando uma das prestadoras de serviço é, na verdade, decorrência do que se convencionou denominar “pejotização”. 4. A contratação de ex-empregado, agora revestido da formatação jurídica de microempresa, para a prestação de serviços inseridos na atividade-fim da tomadora acarreta repugnante desequilíbrio entre a força do capital e o valor do trabalho. 5. Nesse contexto, evidente a ofensa ao patrimônio imaterial da coletividade - revelado pela conjunção dos Fundamentos da República Federativa do Brasil, imprescindível a atuação do Ministério Público do Trabalho e a resposta do Poder Judiciário, nesse caso consubstanciada pela condenação por dano moral coletivo.”

Inconformada com a r. sentença de fls. 800/804, interpôs recurso ordinário a reclamada Schaeffler Brasil Ltda. (fls. 808/822).

Aduz, em suas razões de recurso, que a terceirização por ela empreendida é lícita, de modo que a Súmula n. 331 do C. TST não pode ser considerada como verdade absoluta, já que isso inviabilizaria a exploração de atividade

econômica. Afirma, ainda, que somente a lei pode definir quando a terceirização é lícita ou ilícita. Quanto à condenação por dano moral coletivo, argumenta que não há dano a ser reparado e, sucessivamente, pugna pela diminuição do valor arbitrado. Por fim, pretende que a aplicação do art. 475-J do Código de Processo Civil seja afastada.

Contrarrrazões do Ministério Público do Trabalho às fls. 831/834.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade do recurso interposto, **conheço-lhe** e passo a **julgá-lo**.

MÉRITO

DA TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA

A reclamada se baseia, em suas razões de recurso, em argumentos bastante equivocados. Três deles, no entanto, chamam a atenção, quais sejam: a) a Súmula n. 331 do C. TST não deve ser considerada de forma absoluta; b) somente a lei pode dizer o que é ou não lícito; e c) seu estatuto social, mormente seu objeto de exploração, não pode ser friamente considerado.

Não assiste razão à reclamada, de modo que a r. sentença deve ser mantida em sua integralidade.

Prima facie, porque me coaduno integralmente com as razões de decidir adotadas pelo magistrado *a quo*, transcrevo-as e passo a utilizá-las como se minhas fossem, *ipsis litteris*:

“Dos depoimentos lançados no inquérito civil constantes às fls. 614, restou comprovado que os serviços prestados pela empresa Laurito Mendes de Oliveira Sorocaba ME eram realizados com a utilização de maquinário — em sua maioria — de propriedade da Schaeffler. Inclusive relatam que houve adequação das prensas para a prestação de serviços da LM, sendo que tais adequações foram realizadas pelos técnicos da Schaeffler.

Com relação à empresa Nohall, consta da instrução do Inquérito Civil que esta realizava a inspeção nos tubos comprados pelo 1º reclamado da China, bem como se responsabilizou pelo controle de qualidade da produção da empresa, advertindo que

tais serviços não constituem atividade-fim da empresa.

Não é crível a este Juízo que uma empresa que tem como objeto social constante em seus atos constitutivos a fabricação de peças e maquinários, dentre outras coisas (fls. 661/663), inclusive citando a atividade de usinagem (item “f” de fls. 662), atribua os serviços prestados pela empresa LM Laurito Mendes de Oliveira Sorocaba ME como serviço de mera atividade-meio da empresa. Ressalta-se que a usinagem de peças é um dos objetos sociais da Schaeffler. Ademais, restou evidenciado nos autos que o maquinário utilizado, ainda que não na sede do 1º reclamado, era de sua propriedade e fora especialmente preparado para a prestação de serviços à empresa Schaeffler.

Também, no mesmo sentido, há de se encarar a prestação do controle de qualidade pela empresa Nohall. Não se trata de atividade-meio da empresa, pois integra a finalidade da mesma, visto que em um mercado competitivo e globalizado como dos tempos atuais, por óbvio que a qualidade dos produtos é condição essencial e finalística para a empresa se engajar e manter seus produtos em destaque no mercado internacional. Ademais, não parece razoável para uma empresa do porte da 1º reclamada que tais serviços se realizassem sem atender aos regramentos e normas procedimentais estatuídos por esta tomadora.

Por fim, é inaceitável que uma pessoa jurídica tenha como atividade principal ou única a mera conglomeração de trabalhadores disponibilizados para a consecução de atividade essencial de outro empreendimento, ou seja, que ela obtenha lucros apenas com a administração do fator produtivo, sem produzir um único bem ou valor para a sociedade. Aliás, tal viés pode ser claramente constatado pela própria apresentação do 3º reclamado em seu endereço eletrônico (fls. 697/699), no qual ressalta a questão da

redução dos custos de produção e apresenta um extenso rol de clientes.

O reconhecimento e concessão dos pedidos desta demanda, portanto, se justificam ante a tipificação de terceirização irregular. Não se pode conceber que o 1º reclamado, cuja notoriedade da qualidade de seus produtos e lucratividade notória, ao invés de desenvolver a abertura de postos formais de emprego, imprimindo função social à sua atividade empresarial, colabore para a exclusão social e supressão de direitos da classe trabalhadora. Tal conclusão se dá na medida em que, embora as empresas prestadoras de serviço contratadas contem com empregados registrados, muitos direitos coletivos são suprimidos ante ao enquadramento sindical das prestadoras de serviço.” (fls. 801/802)

Imperioso ressaltar que a terceirização é figura presente e, pelo que se pode perceber, é contexto cada vez mais inerente aos esquemas de gerenciamento das atividades empresariais. Com essa prática, as empresas buscam qualidade (quando os serviços são especializados), produtividade e competitividade no mercado (quando não se dedica a estruturar atividades secundárias ao seu objeto de exploração).

Contudo, embora pareça boa estratégia de administração, a realidade e o passar do tempo, principalmente os últimos 14 anos — quando atuei como Procurador do Ministério Público do Trabalho, demonstram que essa prática tem contribuído decisivamente para a precarização das condições de trabalho:

“Conforme estudo do Dieese, realizado em 2008, são 32,9 mortes por grupo de 100 mil eletricitários. Segundo o documento, os terceirizados são a maioria das vítimas fatais e mutiladas. A taxa de mortalidade entre eles é 3,21 vezes superior do que entre os contratados pelas empresas. E o índice de acidentados dos terceirizados é oito vezes maior que o dos contratados.”⁽¹⁾

(1) Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2012/04/terceirizacao-e-eletricidade-combinacao-fatal>>.

Atualmente, conforme se propaga de maneira expressa e irrestrita, a terceirização tem se prestado apenas a um papel, qual seja: reduzir os custos de produção e precarizar as condições de trabalho. Evidente, como o contexto todo demonstra, que essa funesta prática foi empreendida pela Schaeffler Brasil Ltda.

Interessante transcrever trecho da sentença proferida nos autos do processo n. 306-2009-135-15-00-2, situação na qual se discutia, em âmbito de reclamação individual, a terceirização levada a cabo pela Schaeffler Brasil Ltda., *ipsis litteris*:

“Em que pese a existência de contrato entre as empresas (fls. 88/94), resta evidente que a contratante (Schaeffler) foi beneficiária da prestação de serviço efetuado pela reclamante relativamente à sua atividade-fim (produção fabril), consoante fls. 81/82).

Não se justifica em hipótese albergada pela Lei n. 6.019/74.

Do mesmo modo, não se caracteriza circunstância de regular terceirização, representada pela interposição de empresa em circunstâncias delimitadas (serviços especializados ligados a atividade-meio, vigilância, conservação e limpeza, quando ausentes personalidade e subordinação direta; Súmula n. 331, III, do E. TST).

Demanda-se, pois, a aplicação do princípio da integração do trabalhador na empresa (que se busca e incentiva) na linha de se evitar perene instabilidade social ante frequente substituição (rotatividade) de mão de obra, com a transformação do trabalhador em mercadoria (*marchandage*) e precarização do direito e do crédito trabalhista.

Ademais, não se permite presumir que a prestação de serviço em proveito de tomadora deste porte se realize sem regramento e observância tanto de normas procedimentais como de qualidade.

Na esteira da engendrada divisão do bônus decorrente do irregular aproveitamento de

mão de obra e pretensa redução de custos, não há de se permitir efeitos nefastos ao trabalhador (inadimplência ou insolvência), havendo também de se partilhar o ônus, consoante interpretação conjunta dos preceitos legais aplicáveis em face de espécie de fusão operacional (CLT, arts. 2º, §§ 2º, 8º, 9º e 455; C. Civ., arts. 186, 927 e 942; Súmula n. 331, II, do E. TST). (fls. 226/227)

O quadro de terceirização fraudulenta é sobremaneira evidente, de modo que o sr. Laurito Mendes de Oliveira, ao prestar informações nos autos do Procedimento Preparatório n. 280.2009.15.008/2-21, informou que, *in verbis*:

“que foi empregado da Schaeffler, tendo como último cargo técnico de produção; que após sua aposentadoria, ficou dez meses sem trabalhar e posteriormente abriu a empresa; que em 1996 foi convidado pela Schaeffler para o beneficiamento de uma bucha de rolamento, que era realizado nas instalações do depoente; que a Schaeffler fornecia a máquina e encaminhava as buchas para serem beneficiadas; que a atividade consistia em realizar um corte nas buchas; que nessa época o depoente trabalhava sozinho; que posteriormente a Schaeffler mandou uma outra máquina para beneficiar uma outra peça; que as atividades foram aumentando e depoente teve que alugar um lugar maior; que a partir de então passou a contratar empregados e com o passar do tempo e aumento das atividades, mudou-se para um terceiro local onde se encontra até hoje; que atualmente o depoente tem a posse de quinze máquinas da Schaeffler, realizando a escolha visual de diversas peças, por exemplo, flange da Fiat, anéis internos e externos de rolamento; que além disso realiza pré-montagem de alguns componentes, como rolamento de câmbio da Fiat, cubo de embreagem, rolamento do Corsa, que mantém 39 empregados; que as máquinas ficam com o depoente a título de comodato; que a partir de 2001 passou a

prestar serviço interno e externo na Schaeffler; que a atividade interna era a escolha visual dos componentes do rolamento, que essa escolha visual ocorre antes do início da linha de montagem (...);” (fls. 440/441)

Revelado, portanto, o contexto de terceirização de atividade finalística da 1ª reclamada. De maneira mais clara: a reclamada Schaeffler Brasil Ltda. terceirizava justamente aquilo que colocou em seu contrato social como objetivo para a qual foi constituída.

Nessa cadência, o art. 3º de seu contrato social assim prevê, *ipsis litteris*:

Art. 3º A sociedade tem por objeto:

(a) Fabricação, comércio e distribuição, importação e exportação de peças, componentes e acessórios em geral para a indústria automobilística, dentre outros, rolamentos, corpos rolantes, componentes de motores, embreagens de todos os tipos, assim como outras atividades relacionadas com esse ramo de negócio;

(b) Fabricação, comércio, importação e exportação de embreagens de todos os tipos, bem como fabricação e comércio de componentes, peças e acessórios em geral para veículos automotores e motores;

(c) Prestação de serviços administrativos, de assistência técnica, fabricação, reforma, manutenção e comercialização de máquinas, equipamentos e ferramentas em geral, bem como demais serviços necessários ao exercício das atividades previstas nos itens (a) e (b) deste Artigo;

(d) Fabricação de peças e acessórios para os sistemas de marcha e transmissão;

(e) Recuperação de embreagens usadas;

(f) Usinagem e montagem de peças e componentes em geral;

(g) Representação de outras sociedades nacionais ou estrangeiras; e

(h) Participação em outras sociedades comerciais ou civis, no Brasil ou exterior, sócia ou acionista.” (fls. 447/448) (grifo nosso)

Desafia a inteligência mais mediana qualquer tentativa de argumentação no sentido de

afastar a conclusão, clara e evidente, de que a Schaeffler terceirizava atividade-fim para as demais reclamadas.

Ora, o próprio sr. Laurito Mendes de Oliveira admitiu que beneficia e faz a pré-montagem de diversas peças inseridas no objeto de constituição da Schaeffler. E mais: todo maquinário que ele utiliza é de propriedade da Schaeffler.

Como se não bastassem esses elementos probatórios, os próprios contratos de prestação de serviços firmados entre a reclamada Schaeffler e a LM Comércio de Ferramentas, Usinagens e Serviços Ltda. – ME revelam, às escâncaras, a terceirização de atividade-fim. *In verbis*:

“CLÁUSULA PRIMEIRA. A CONTRATADA, sob sua interia responsabilidade e risco, sem exclusividade, obriga-se a executar para a CONTRATANTE, dentro das regras deste contrato e com os padrões de melhor qualidade, os serviços especializados a seguir descritos: Recebimentos, Despachos e Inspeções de Componentes e Produtos Acabados, especificados nos pedidos de compra.” (fl. 595)

Não há, contudo, demonstração de qualquer especificidade de serviços contratados. Muito pelo contrário: a reclamada LM Comércio de Ferramentas, Usinagens e Serviços Ltda. – ME prestava serviço inerente à atividade-fim da Schaeffler.

Soa até mesmo ofensiva a argumentação no sentido de que o recebimento, o despacho e a inspeção de peças produzidas e acabadas pela própria Schaeffler necessitem de avaliação posterior. E mesmo se necessitassem, o que não ocorre, mencionada tarefa seria realizada dentro de sua própria linha de produção.

Um fato, ainda, não se pode ignorar: as reclamadas LM Comércio de Ferramentas, Usinagens e Serviços Ltda. – ME e Laurito Mendes de Oliveira Sorocaba ME foram constituídas sob a forma de microempresa. Isso sugere, obviamente, que a terceirização ocorria e que

as prestadoras de serviço foram constituídas por “sugestão” da Schaeffler.

Não se pode olvidar o fato de que o sr. Laurito Mendes admitiu que era empregado da Schaeffler e que, após 10 meses de suas despedida, “abriu a empresa; que em 1996 foi convidado pela Schaeffler para o beneficiamento de uma bucha de rolamento, que era realizado nas instalações do depoente” (fl. 440).

Tanto essa suspeita é verdadeira que o reclamado Laurito Mendes de Oliveira Sorocaba ME afirmou, em sua contestação, que, *ipsis litteris*:

“Lhe foi proposto deixar o labor e terceirizar a prestação de serviços, ou seja, iria fazer o mesmo trabalho que fazia como empregado, porém sob a alegação de que seria “empresário” O Grupo Schaeffler lhe forneceu máquinas e meios para a execução do trabalho.

Após algum tempo houve um aumento do trabalho prestado e o Grupo Schaeffler terceirizou de vez parte de sua atividade-fim. Laurito, sempre sob a supervisão do Grupo Schaeffler, passou a manter empregados registrados pela empresa que foi obrigado a “abrir”, esses laborando diretamente na atividade-fim da Schaeffler, conhecido como INA. Alguns funcionários registrados pela empresa de Laurito laboravam internamente na sede da INA, lá sendo dirigidos e supervisionados por encarregados da primeira ré.

Laurito era responsável por quase todos os encargos oriundos de sua empresa, passando a acumular dívidas. Sempre que questionava o Grupo Schaeffler sobre o assunto, ouvia a promessa de que deveria manter a prestação de serviços como essa se dava e que “... as coisas iriam melhorar...” (fl. 709)

Há, na contestação do reclamado Laurito Mendes de Oliveira Sorocaba ME, a admissão do esquema adotado pelo grande Grupo Schaeffler.

Trata-se, como sói acontecer, da chamada “pejotização” — cenário cáustico e repugnante que tem se repetido diuturnamente e no qual grandes grupos econômicos forçam a saída de empregados experientes e os obrigam a constituir empresas individuais para que continuem a explorar a atividade-fim da ex-empregadora.

Por fim, mas não menos importante, o depoimento prestado pelo sr. José Antonio Teixeira, preposto da Schaeffler, nos autos do Inquérito Civil n. 000280.2009.15.008/2, admitiu a terceirização das atividades, *in verbis*:

“(…); que a empresa Laurito ainda presta serviços para a Schaeffler referente aos serviços de usinagem; que desde 2009 não há prestação de serviços da Laurito no interior do estabelecimento da Schaeffler; que a prestação de serviços ocorre da seguinte forma: a Schaeffler manda alguns componentes de rolamentos (anéis, etc.) para a Laurito, que os beneficia e os devolve para a Schaeffler; que a atividade da empresa consiste na fabricação de rolamentos, elementos de motores e sistema de acionamento de embreagens ; que a empresa Nohall presta serviços para a Schaeffler consistentes na inspeção visual de componentes recebidos pela empresa; que esses serviços são prestados dentro do estabelecimento da Schaeffler; que a maioria das máquinas de usinagem utilizadas pela Laurito Mendes de Oliveira ME, notadamente as mais complexas, era de propriedade da Schaeffler; (...) que a empresa Nohall possui cerca de 50 empregados trabalhando para a Schaeffler; que o número de empregados da Nohall varia em decorrência do volume de peças a serem inspecionadas; (...) que o serviço de inspeção é realizado pela Nohall desde a rescisão do contrato com a Laurito, sendo que a Laurito também realiza parte dessa inspeção, quando a demanda é muito grande e a Nohall não consegue atendê-la integralmente.” (fls. 615/616)

Na realidade, mencionado depoimento demonstra que a Schaeffler admitiu que terceirizava grande parte de suas atividades. Não reconheceu, obviamente, que a terceirização era ilícita.

O processo de terceirização, em apertada síntese, significa a transferência de determinadas atividades do empreendimento econômico para empresas com mais especialização técnica, que poderão, em tese, desempenhá-las com mais eficiência e a um custo menor para a empresa contratante, a qual pode concentrar recursos e pessoal na sua atividade-fim.

Ao falarmos em terceirização, devemos ter em mente a previsão contida, já em 1919, no art. 467, item primeiro, do Tratado de Versalhes: “**o trabalho não há que ser considerado como mercadoria ou artigo de comércio.**”

Ora, o Judiciário Trabalhista não pode permanecer inerte ante a desestruturação do trabalho empreendida pela reclamada — que 100 anos após a confecção do Trabalho de Versalhes, ainda se esforça por justificar aquilo que, sem mais delongas, é pura e simples mercadização da mão de obra humana.

Se a dignidade, tal como concebida por Kant, impede a instrumentalização do ser humano, impulsionando-nos à consideração da pessoa como finalidade em si mesma considerada, o valor social do trabalho impede a consideração do trabalho como mercadoria.

A verdade é que a terceirização, da maneira como empreendida pela reclamada, implica inegável coisificação do ser humano — mera peça de reposição de uma grande engrenagem da qual não compartilha do lucro na proporção de sua força de trabalho.

Impossível, nesse contexto, a efetivação de uma sociedade livre, justa e solidária, que tem no trabalho uma forma de conferir dignidade ao homem.

Percebe-se, portanto, que a terceirização é uma prática nefasta que tem como consequência a precarização dos direitos dos trabalhadores.

Ante o exposto, considerando todas as provas produzidas nos autos, decido negar provimento ao pleito da 1ª reclamada, mantendo a r. sentença que, reconhecendo a ilicitude da terceirização, determinou que a Schaeffler Brasil Ltda. se abstenha de contratar empresas interpostas e/ou cooperativas para a realização dos serviços expostos na inicial, sob pena de multa diária no importe de R\$ 10.000,00 por empregado que se encontrar em situação irregular, revertendo-se este valor ao trabalhador prejudicado.

DO DANO À MORAL DIFUSA

Ao apreciar a questão, assim se manifestou o magistrado sentenciante, *ipsis litteris*:

“Condeno o primeiro réu (reponsabilidade exclusiva), a pagar o importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a título de dano social, cujo valor será revertido ao Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos — FID.” (fl. 803)

É contra essa decisão que se insurge a reclamada Schaeffler Brasil Ltda. Argumenta, num primeiro momento, não houve ato ilícito ensejador de dano social, mormente porque os contratos firmados com as reclamadas Laurito ME e Nohall Ltda. foram rescindidos. Sucessivamente, porém, pugna pela redução do valor arbitrado, sem, contudo, indicar quantia que entende razoável.

Não assiste razão à reclamada.

A terceirização de atividade-fim constitui objeto de proibição expressa da Súmula n. 331 do C.TST. Esse impedimento, por óbvio, possui motivo muito evidente: evitar a precarização das relações de trabalho.

A situação retratada nos autos expõe a risco toda a sociedade, haja vista que, em larga escala, o impacto pela precarização das relações de trabalho sequer pode ser mensurado.

O legislador constituinte, ao prever os Fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/88), conjugando-os com os seus objetos (art. 3º da CF/88), visou a concretização de uma sociedade democrática,

calcada na dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho, para a efetivação de uma organização social livre, justa e solidária.

Não existe concepção de Justiça que não resvale em conceitos de ordem econômica e de melhor distribuição de renda. Por isso, quando a Súmula n. 331 do C. TST repugna a terceirização de atividade-fim, na realidade, busca defenestrar práticas desleais que reduzam o trabalhador à mera peça de reposição e, justamente por conta disso, baseiem-se na busca desenfreada e selvagem pelo lucro.

O cenário ganha um acréscimo de crueldade quando se constata que uma das prestadoras de serviços — Laurito Mendes de Oliveira Sorocaba ME — nada mais era do que formatação jurídica daquilo que se convencionou denominar “pejotização”.

Quando se em fala em lesão a valores coletivos, busca-se a proteção do patrimônio imaterial da sociedade, cuja formação passa pela concretização dos Fundamentos da República Federativa do Brasil.

Não se fala, obviamente, em valores individuais ou perceptíveis pela constatação de elementos subjetivos ligados ao sofrimento ou à angústia. Na verdade, sequer essa concepção pode ser admitida quando o Judiciário se depara com lesões ao patrimônio imaterial dos indivíduos singularmente considerados. Trata-se de conceito deveras ultrapassado.

Assim, não pode existir dúvida razoável acerca da lesão a valores compartilhados por toda a coletividade quando da constatação de terceirizações fraudulentas e, o que é mais grave, levadas a cabo pela imposição de constituição — por parte de ex-empregados — de microempresas prestadoras de serviços relacionados à atividade-fim da tomadora.

Esse cenário, pintado com as cores mais luctíferas, traz à tona a necessidade de intervenção do Ministério Público do Trabalho e do próprio Poder Judiciário, que, procurado, não pode respaldar práticas desse jaez.

Nesses termos, inquestionável a verificação de lesão ao patrimônio imaterial coletivo, independentemente de os contratos entre a tomadora e as prestadoras terem ou não sido rescindidos. A condenação, por óbvio, é pelo dano pretérito.

Resta, por derradeiro, analisar o valor arbitrado pela r. sentença, qual seja: R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Saliento, *prima facie*, que a condenação imposta quando da ofensa ao patrimônio imaterial da coletividade tem caráter nitidamente punitivo/dissuasório. Isso porque, como é evidente, o valor arrecadado não reverte em favor das vítimas diretas do dano. Ademais, se o bem tutelado possui natureza indivisível, é impossível mensurar a extensão da lesão para cada componente da sociedade que se julgar lesado.

Esses fatos demonstram que não se pode vislumbrar, no caso do dano à moral difusa, qualquer caráter compensatório quando da imposição de obrigação de pagar. Trata-se, repito, de punição exemplar para evitar a repetição de atos contrários ao ordenamento.

Nessa cadência, noto que o capital social da reclamada Schaeffler Brasil Ltda. é de R\$ 323.267.052 (trezentos e vinte e três milhões, duzentos e sessenta e sete mil e cinquenta e dois centavos – fl. 446).

Simples cálculo matemático demonstra que o valor arbitrado pela 1ª Instância representa míseros 0,03% de seu capital social integralizado, o que, obviamente, não possui o mais remoto poder de dissuasão.

Porém, como não houve recurso do Ministério Público do Trabalho, deixo de majorar o valor fixado pela origem em respeito ao princípio do *non reformatio in pejus*.

Portanto, decido negar provimento ao pleito da reclamada, mantendo a r. sentença que a condenou ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por conta do dano à moral difusa causado.

DA DESTINAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO

Ao sentenciar, o magistrado *a quo* determinou a reversão dos valores arrecadados para o Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos — FID.

Ocorre, porém, que a reclamada recorreu da decisão que fixou condenação por dano à moral coletiva. Por conseguinte, devolveu a apreciação da questão a este E.TRT/15ª Região.

Assim, e considerando que disso não advirá qualquer prejuízo para as partes, decido dar destinação diferenciada para os valores arrecadados em decorrência das condenações e das multas impostas, caso sejam elas aplicadas.

Sobre o tema, em artigo elaborado em coautoria com Guilherme Aparecido Bassi de Melo, assim me manifestei, *in verbis*:

“Questão interessante, ainda, diz respeito à destinação dos valores fixados no que toca à lesão causada ao patrimônio imaterial coletivo dos trabalhadores. Na Justiça do Trabalho não existem os fundos a que se refere a Lei da Ação Civil Pública.

Desta forma, os recursos arrecadados em decorrência das indenizações impostas em condenações no âmbito de ações coletivas e termos de compromisso de ajustamento de conduta são revertidos para o Fundo de Amparo ao Trabalhador, criado pela Lei n. 7.998/90 e que tem por finalidade custear o Programa de Seguro-Desemprego, o pagamento do Abono Salarial e financiar programas de desenvolvimento econômico e social voltados para o interesse dos trabalhadores.

Ocorre, todavia, que desse fundo não participa o Ministério Público do Trabalho nem os membros da Magistratura, por exemplo. Ademais, esse fundo não se relaciona, em absoluto, com a necessidade de reparação do bem jurídico lesado (no caso, o patrimônio imaterial coletivo dos trabalhadores, que se configura pela necessidade de preservação de um ambiente de trabalho digno e

livre de riscos). Repita-se, por oportuno, que a finalidade prevista pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública é coerente com a busca pela efetividade de tutela dos interesses transindividuais. O que tem se mostrado ineficaz, porém, é a utilização dos fundos, tal como funcionam (ou não), para que esse objetivo seja alcançado.” (*in* Meio ambiente do trabalho aplicado: homenagem aos 10 anos de CODEMAT. Coord. LIRA, Ronaldo José de & JARDIM, Philippe Gomes. São Paulo: LTr, 2013.)

Há, aqui, posicionamento mais consentâneo com a finalidade prevista pelo art. 13 da Lei de Ação Civil Pública. A reversão dos valores arrecadados para o Fundo de Amparo ao Trabalhador revela verdadeira afronta ao princípio insculpido no referido dispositivo legal, qual seja: reconstituição do bem lesado, independentemente da existência ou não de um fundo específico criado por lei.

Diante da ausência de fundo específico na Justiça do Trabalho, e considerando a ausência de correlação entre o único fundo existente e o dano verificado, impossível obrigar o magistrado a reverter os valores arrecadados na Ação Civil Pública para o FAT.

Buscando fundamento teórico apto a fundamentar essa abertura conceitual que possibilita ao magistrado trabalhista buscar novas e melhores formas de atender a finalidade prevista pelo art. 13 da LACP, Guilherme Aparecido Bassi de Melo salienta que, *ipsis litteris*:

“Quando diante da proteção de interesses essencialmente transindividuais, a questão a ser sanada não diz respeito propriamente à aplicação ou não de dispositivos legais. Trata-se de uma busca incessante por finalidades. Muito embora o Estado brasileiro tenha a configuração de um sistema positivado de direito, não existe razão para se adotar um positivismo formalista, tal como postulado por Hans Kelsen.

Em termos de opção teórica, parece mais adequada à tutela dos direitos metaindividuais

a adoção da teoria tridimensional do Direito, tal como concebida por Miguel Reale. Se o Direito se situa no mundo da cultura e é concebido como fato, valor e norma, de tal modo que seu estudo exige que se leve em conta seus aspectos histórico-social (fato), axiológico (valor) e normativo (norma), os quais se acham integrados por uma dialética da implicação e da polaridade, originada em Marx e Hegel, certo é que a teoria tridimensional do Direito se coaduna com os novos anseios sociais.

Isso faz com que os valores almeçados pela sociedade, traduzidos pelos fundamentos da República Federativa do Brasil, sejam refletivos na norma jurídica por conta de um contexto fático de necessidade de tutela dos interesses transindividuais.

Desse modo, considerando o que foi expendido, exsurge como indene de dúvidas o fato de que não existe obrigatoriedade de recolhimento do dinheiro arrecadado por conta da indenização por dano à moral difusa aos fundos a que se refere o art. 13 da Lei da Ação Civil Pública. O que importa, imprescindível frisar, é o atingimento da finalidade legal.” (Configuração do dano à moral difusa a partir da delimitação jurídica do patrimônio imaterial coletivo. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013, 207f, p. 151-152.)

Não é demais salientar que este E. TRT/15ª Região já se manifestou nesse sentido, como revela a ementa extraída do processo n. 0020700-78.2006.5.15.0087, cuja relatoria coube ao nobre colega Dr. Edson dos Santos Pelegrini, *in verbis*:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MPT. PETROBRAS. ILEGALIDADE DO PROGRAMA DE RESTRIÇÃO DE ATIVIDADES NO TRABALHO. DANO MORAL COLETIVO. RECURSOS REVERTIDOS EM MEDIDAS REPARATÓRIAS E PREVENTIVAS NO ÂMBITO DO REGIONAL.

I – A ação civil pública, na esfera trabalhista, é a medida adequada para questionamentos acerca de programa relacionado com a saúde e segurança dos trabalhadores duma empresa transnacional e suas prestadoras de serviços. Estando o MPT legitimado a atuar na defesa dos direitos da coletividade laboral atingida, mormente preventivamente.

II – O Programa de Restrição de Atividades no Trabalho — PRAT da Petrobras não se coaduna com os princípios da República brasileira, na medida em que relega a segundo plano a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a própria saúde e segurança dos trabalhadores; impondo medidas restritivas à recuperação dos operários acidentados ou acometidos de doenças ocupacionais, exigindo a permanência deles no serviço, mesmo diante de desaconselhamento médico, em nome de uma suposta redução dos níveis acidentários, com vistas a contratos comerciais internacionais, frustrando direitos trabalhistas e previdenciários, enveredando pela seara da abusividade e da ilegalidade. Impondo-se as medidas impeditivas à prática de atos patronais abusivos e ilegais.

III – O dano moral coletivo está deveras tipificado, porquanto sobressai a conduta antijurídica das empresas, ofendendo intoleravelmente os direitos à saúde e segurança dos trabalhadores da coletividade, causando repulsa coletiva pela sensação de desvalor e menosprezo para com os valores fundamentais da comunidade de trabalho, cuja conduta ofensiva e a lesão são socialmente repudiadas. Por isso, a reparação por danos morais coletivos merece elevação para R\$ 5.000.000,00, a ser depositado em banco oficial.

IV – Os recursos arrecadados com as multas e indenizações deverão ser destinados à reconstituição dos bens lesados, inclusive em programas preventivos, relacionados com a saúde e segurança dos trabalhadores, preferencialmente das empresas reclamadas, no âmbito do Regional.

V – Deverá ser constituída Comissão composta pelo juiz da Vara, um membro do MPT, um representante do MTE, um representante do INSS, um representante sindical

dos trabalhadores e um representante das empresas; a fim de zelar pela aplicação dos recursos destinados à reparação dos danos causados à coletividade e em programas preventivos, relacionados com a saúde e segurança dos trabalhadores; podendo firmar convênios para consecução dos objetivos referidos.” (grifo nosso)

Infelizmente, porém, essa decisão foi revertida pelo C. TST, de modo que não somente o valor da condenação foi reduzido como a destinação foi direcionada ao FAT. Comentando o desfecho desse caso, João Batista Martins César e Guilherme Aparecido Bassi de Melo, no artigo já mencionado, afirmam que:

“Infelizmente, por outro lado, nos autos do processo n. 20700-78.2006.5.15.0087, descrito por último nesse artigo, o C. TST reduziu o valor da condenação para R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e determinou sua destinação ao FAT, justificando essa medida com base na ausência de fundo específico na Justiça do Trabalho e, por isso mesmo, na impossibilidade de fiscalização da destinação por parte da comissão criada. Trata-se, como é evidente, de uma consideração equivocada sobre a finalidade da condenação por dano à moral difusa, de modo que a necessidade de punição/dissuasão deve ser a única perseguida quando da definição do *quantum* a ser pago. Sobre isso, é oportuno esclarecer que o valor definido pelo C. TST representa míseros 0,0004878049% do capital social da Petróleo Brasileiro S.A., que é de R\$ 205.410.905.230,50 (duzentos e cinco bilhões, quatrocentos e dez milhões, novecentos e cinco mil, duzentos e trinta reais e cinquenta centavos)⁽²⁾. Destarte, não houve o efeito pedagógico necessário para dissuadir a conduta recidiva por parte da Petróleo Brasileiro S.A., pois o valor definido/reduzido

(2) Segundo informações obtidas no próprio site da Petróleo Brasileiro S.A.: <<http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/estrategia-corporativa/downloads/pdf/estatuto-social.pdf>>.

da condenação é indubitavelmente irrisório se comparado com o bem jurídico tutelado e, precisamente, com a vultosa capacidade econômica da agressora.

Ainda, e por derradeiro, a destinação do valor definido para o FAT representa, ao mesmo tempo, desprestígio à atuação do TRT/15ª Região, que se empenhou em sair de sua zona conforto e buscar efetividade de suas decisões, e flagrante afronta ao objetivo previsto pelo art. 13 da LACP.

Se é certo que o magistrado não tem condições de fiscalizar o cumprimento de suas decisões nesses casos, o que releva possível insegurança jurídica e terreno fértil para as mais diversas fraudes, é certo também que o valor da condenação poderia ter sido revertido em obrigações que se exaurem pelo seu próprio cumprimento imediato. Exemplo dessas obrigações é a compra de aparelhos, ambulâncias e demais equipamentos que são utilizados pelos órgãos responsáveis por tratar da saúde dos trabalhadores lesados. Nessa hipótese, como é evidente, a fiscalização seria fácil e rápida, e certamente seria levada a cabo pelos membros da comissão, principalmente o magistrado e o membro do Ministério Público do Trabalho.”

Por outro lado, nos autos do processo TST-ARR n. 22200-28.2007.5.15.0126, **nossa mais alta Corte Trabalhista homologou o seguinte acordo (no qual se estabeleceu destinação diferenciada para o valor de R\$ 200.000.000,00:**

“serão revertidos a pessoas jurídicas, de reconhecido saber na área, indicados pelo Ministério Público do Trabalho por petição nos autos. A entidade interessada deverá apresentar ao Ministério Público do Trabalho programa em que se explicita a atividade ou investimento destinado à pesquisa, prevenção e tratamento de trabalhadores vítimas de intoxicação ou adoecimento decorrentes de desastres ambientais, contaminação ambiental, exposição a substâncias tóxicas ou acidentes de trabalho que envolvam

queimaduras, preferencialmente na região metropolitana de Campinas. (...)”⁽³⁾

O “caso Shell”, como ficou conhecido, deve ser utilizado como parâmetro para se atribuir destinação apta a atender a finalidade do art. 13 da LACP quando diante de condenações coletivas.

O acordo homologado pelo então presidente do C. TST, Min. Carlos Alberto Reis de Paula, demonstra que é possível descortinar novos horizontes em sede de tutela coletiva, de modo a conferir a tão esperada e célere efetividade ao interesses transindividuais.

Por esse motivo, deve servir de paradigma para essa e eventuais e futuras ações que ainda abarrotarão a Justiça do Trabalho, haja vista a frequência com a qual os interesses metaindividuais dos trabalhadores são feridos.

Ainda, abrindo precedente bastante interessante, o Enunciado n. 12 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida pelo C. TST, assim dispôs, *ipsis litteris*:

“12. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. TRABALHO ESCRAVO. REVERSÃO DA CONDENAÇÃO ÀS COMUNIDADES LESADAS. Ações civis públicas em que se discute o tema do trabalho escravo. Existência de espaço para que o magistrado reverta os montantes condenatórios às comunidades diretamente lesadas, por via de benfeitorias sociais tais como a construção de escolas, postos de saúde e áreas de lazer. Prática que não malfeire o art. 13 da Lei n. 7.347/85, que deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais fundamentais, de modo a viabilizar a promoção de políticas públicas de inclusão dos que estão à margem, que sejam capazes de romper o círculo vicioso de alienação e opressão que conduz o trabalhador brasileiro a conviver com a mácula do labor degradante. Possibilidade de edificação de uma Justiça do Trabalho ainda mais democrática e despida de dogmas, na qual a responsabilidade para com a construção da sociedade livre, justa e solidária delineada na Constituição seja um compromisso palpável e inarredável.”

(3) Cláusula Nona do acordo homologado no dia 8 de abril de 2013 no processo TST-ARR n. 22200-28.2007.5.15.0126.

Portanto, nos termos da fundamentação, **decido reverter o valor da condenação por dano à moral coletiva e das multas porventura aplicadas para SEREST de Sorocaba.**

DO ART. 475-J DO CPC

Depois de decidir a demanda, assim se pronunciou o magistrado *a quo, in verbis*:

“Com a alteração do Código de Processo Civil pela recente Lei n. 11.232/2005, especificamente em relação ao art. 475-J e por entender que aludido dispositivo na sua 1ª parte, aplica-se subsidiariamente ao Processo do Trabalho, tanto pela omissão na CLT como por ser compatível com o instituto (art. 769 da CLT), e, em se tratando de condenação de quantia certa e deferida de forma líquida cabendo apenas aplicação de juros e correção monetária até a época da satisfação do crédito, sem prejuízo da adoção dos dispositivos legais que regem a execução trabalhista, caso a parte reclamada não efetue o pagamento do valor da condenação, em 15 (quinze) dias, após o trânsito em julgado, o montante será acrescido de multa no percentual de dez por cento.” (fl. 804)

É contra essa decisão que se insurge a reclamada Schaeffler Brasil Ltda., argumentando que o art. 475-J do CPC não tem aplicação no Processo do Trabalho.

Assiste razão à reclamada.

Muito embora compartilhe do entendimento esposado pela origem, curvo-me àquilo que tem decidido a maioria dos membros desta 6ª Turma para afastar a aplicação do atacado art. 475-J do CPC.

Utilizo-me, para fundar a reforma da r. sentença, dos fundamentos expostos pelo colega Desembargador Éder Sivers nos autos do processo n. 0001301-03.2012.5.15.0039, *ipsis litteris*:

“O art. 769 da CLT impõe que nos casos omissos o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, observando-se a regra da compatibilidade.

O art. 880 do texto consolidado é norma específica que trata do assunto e que desautoriza a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

A aplicação subsidiária das regras do processo civil somente tem lugar quando houver lacuna na CLT, o que não ocorre, já que referido artigo celetista determina o pagamento da execução em 48 horas, diferentemente do dispositivo do CPC, cujo prazo é de 15 (quinze) dias.

Ante o exposto, decido dar provimento ao pleito da reclamada para, reformando a r. sentença, afastar a aplicação do art. 475-J do Código de Processo Civil.

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 ns. 118 e 119).

Ressalto, por fim, que não se exige o pronunciamento do Julgador sobre todos os argumentos expendidos pelas partes, bastando os fundamentos que formaram sua convicção, conforme já decidido pelo STF (RE n. 184.347).

DISPOSITIVO

À vista do exposto, **decido conhecer e prover parcialmente** o recurso ordinário interposto **SCHAEFFLER BRASIL LTDA.**, exclusivamente para: 1) afastar a aplicação do art. 475-J do Código de Processo Civil.

Decido reverter o valor da condenação por dano à moral coletiva e das multas porventura aplicadas para o CEREST — Regional de Sorocaba, que deverá indicar bens necessários para a consecução de seus objetivos e que serão adquiridos pela SCHAEFFLER BRASIL LTDA. Após, para fins de fiscalização, a nota fiscal de aquisição dos bens deverá ser apresentada e avaliada pelo Ministério Público do Trabalho.

João Batista Martins César

Relator

Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região

Processo: 0129000-52.2009.5.07.0023 (TRT n. 5826/2014)

Recorrente: Del Monte Fresh Produce Brasil Ltda.

Recorrido: Maria Gerlene Silva dos Santo

Tipo: Recurso Ordinário

Acórdão:

1. **HORAS “IN ITINERE”**. Restando configurados os requisitos previstos no art. 58, § 2º, da CLT e na Súmula n. 90 do TST, gera ao empregado o direito às horas extras “*in itinere*”, decorrentes do tempo gasto no percurso entre a residência e o local de trabalho, eis que considerado tempo à disposição do empregador.
2. **NORMA COLETIVA. INVALIDADE**. Na hipótese vertente, é inválida a convenção coletiva, que transacionou o direito laboral às horas “*in itinere*”, assegurado pelo § 2º do art. 58 da CLT, que, por se tratar de norma de ordem pública, não pode ser objeto de renúncia, seja pela via individual, seja pela via coletiva.
3. **RESPONSABILIDADE CIVIL. DOENÇA PROFISSIONAL**. Emerge do conjunto probatório dos autos, a existência do nexo causal entre a atividade exercida pelo obreiro e a patologia que culminou em sua morte. Assim, considerando que a empresa desenvolve atividade de risco acentuado, consistente no manuseio e aplicação de substâncias tóxicas e, por tal motivo enquadrada no Grau de Risco 03 (fl. 535), incorre na Teoria do Risco Profissional, segundo a qual o empregador deve responder pelo pagamento de indenização ao empregado que sofre acidentes ou contrai enfermidade, decorrente da própria atividade profissional, pertinentes à natureza do local, ou do trabalho que executa, de modo que a responsabilidade incide automaticamente, não podendo ser transferido ao obreiro o ônus de arcar com os prejuízos à sua integridade.
4. **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS**. O acesso à justiça é princípio fundamental extensivo a todos, não podendo ser tolhido pelo Poder Judiciário sob o manto do “*jus postulandi*”, que é faculdade atribuída ao jurisdicionado e não obrigação de postular em juízo sem a assistência de advogado. A Lei n. 5.584/70 não exclui a opção pela via alternativa da contratação de advogado. Outrossim, inaplicáveis as Súmulas ns. 219 e 329 do TST, pois superadas quando da promulgação da Lei n. 10.288/01.

RELATÓRIO

O Juízo da Vara do Trabalho Limoeiro do Norte através da sentença de fls. 1640/1667, complementada pela decisão de embargos

declaratórios de fls. 1679/1681, julgou parcialmente procedentes os pedidos vindicados na exordial proposta por Maria Gerlene Silva dos Santos, viúva do “*de cujus*”, Sr. Vanderlei Matos

da Silva, condenando a reclamada, Del Monte Fresh Produce Brasil Ltda., ao pagamento das seguintes parcelas: “a) 7ª e 8ª horas seguintes a jornada de seis horas em turno ininterrupto de revezamento como extras, acrescidas de 50%, com reflexos, em face da habitualidade, em repouso semanal remunerado, férias, 13º salário, e em FGTS, a serem apuradas no período de agosto de 2005 a janeiro de 2006, observando-se o valor da remuneração à época da rescisão (CLT, art. 59, § 3º), já integrada com o adicional de insalubridade (OJ n. 47, da SDI-1, TST); b) horas de trajeto, limitadas a 3h30min (três horas e trinta minutos), no período laboral, por dia efetivamente trabalhado, acrescidas do adicional de 50%, com reflexos, em face da habitualidade, em repouso semanal remunerado, férias, 13º salário, e em FGTS, a serem apuradas por ocasião da liquidação, com base na maior remuneração do falecido (art. 59, § 3º, da CLT), considerando na base de cálculo a integração do valor pago a título de adicional de insalubridade (OJ n. 47, da SDI-1, TST), mas tudo no limite dos valores pleiteados na exordial; c) indenização por danos materiais, correspondente a pensão mensal no valor equivalente a 2/3 (dois terços) daquilo que o obreiro falecido receberia a título de salário mínimo, devidamente atualizado, com correção monetária e juros de mora (Súmula n. 54 do STJ), desde a data de seu óbito (30.11.2008), executando-se as parcelas vencidas, até a data presumida de expectativa de vida pleiteada na exordial, *in casu*, 72 anos, ou até a data em que a viúva contrair novas núpcias, em parcelas vencidas e vincendas a se apurar em liquidação. As parcelas vencidas deverão ser depositadas de uma só vez e apuradas em liquidação de sentença. A contribuição previdenciária não incidirá sobre a parcela deferida, tendo em vista a sua natureza indenizatória, bem como não há incidência do Imposto de Renda, nos termos do disposto no art. 39 do Decreto n. 3.000/99; d) danos morais, no montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Correção monetária do valor da indenização do dano

moral incide desde a data do arbitramento e os juros de mora a partir do ajuizamento da ação. A contribuição previdenciária não incidirá sobre a parcela deferida, tendo em vista a sua natureza indenizatória, bem como não há incidência do Imposto de Renda, nos termos do disposto no art. 39 do Decreto n. 3.000/99; e) honorários advocatícios, no importe de 15% sobre o valor condenatório, a serem apurados por ocasião da liquidação da sentença, na forma do disposto no art. 20, § 5º, do CPC.” (fl. 1666)

Regularmente notificada, a parte reclamada interpôs recurso ordinário (fls. 1684/1700v.), pleiteando a reforma do “*Decisum*”, para que seja afastada a condenação ao pagamento das 7ª e 8ª horas seguintes a jornada de seis horas em turno ininterrupto de revezamento como extras, bem como das horas de trajeto, limitadas a 3h30min, por dia laborado, face à Convenção Coletiva de Trabalho apresentada e, na hipótese de entendimento contrário, seja reconhecido o percurso de apenas duas horas, com base na declaração da Oficiala de Justiça, certificada nos autos da RT n. 1.045/07, acostada ao presente feito. Requer, outrossim, seja afastada a responsabilidade da empresa quanto ao evento que fatalmente vitimou o obreiro e, caso mantida sua responsabilidade, seja a indenização arbitrada reduzida, em atenção ao princípio da eventualidade e da unicidade. Por fim, impugna a verba honorária.

Admitido o recurso (fls. 1701), foram ofertaram razões de contrariedade (fls. 1703/1714v).

É o relatório.

VOTO

1. ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, a saber, tempestividade, regularidade formal, e preparo. Presentes, também, os pressupostos intrínsecos - legitimidade, interesse recursal e cabimento. Merece conhecimento.

2. MÉRITO

2.1. HORAS EXTRAS. LABOR ININTERRUPTO EM TURNOS DE REVEZAMENTO

O Juízo de Origem condenou a reclamada ao pagamento das 7ª e 8ª horas seguintes a jornada de seis horas em turno ininterrupto de revezamento como extras, acrescidas de 50%, com reflexos, em face da habitualidade, em repouso semanal remunerado, férias, 13º salário, e em FGTS, a serem apuradas no período de agosto de 2005 a janeiro de 2006, observando-se o valor da remuneração à época da rescisão (CLT, art. 59, § 3º), já integrada com o adicional de insalubridade (OJ n. 47, da SDI-1, TST) (fl. 1666).

À análise.

Na peça exordial, a requerente alega que o “*de cujus*” trabalhava em turnos ininterruptos de revezamento, pleiteando, por conseguinte, o pagamento como extras das horas que ultrapassavam o limite de seis horas.

Em sede de contestação, a reclamada reconhece que a jornada cumprida pelo ex-obreiro, “nos primeiros meses de seu trabalho, no ano de 2005, era através de turnos de revezamento, mas sempre dentro da legislação obreira” (fl. 071).

Analisando os controles de ponto do empregado, colacionados pela empresa, depreende-se que, apenas no período de agosto/2005 a janeiro/2006, esteve submetido a tal espécie de jornada (fls. 222/228).

Assim, cinge-se a controvérsia em saber se o “*de cujus*” cumprindo jornada em turnos de revezamento, faz jus ao recebimento de horas extras.

Preceitua nossa Carta Magna, em seu art. 7º, XIV, “*verbis*”:

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

(...)

XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;”

Sobre esta matéria, a Colenda Corte pacificou seu entendimento, através da Súmula n. 423, a seguir transcrita:

“TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. FIXAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO MEDIANTE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VALIDADE. (conversão da Orientação Jurisprudencial n. 169 da SBDI-1) Res. n. 139/2006 – DJ 10, 11 e 13.10.2006) Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não têm direito ao pagamento da 7ª e 8ª horas como extras.”

Em sede de razões recursais, alega a recorrente que a Magistrada singular equivocou-se em deferir as horas extras, ora discutidas, tendo em vista que “não há no presente feito qualquer documento que demonstre que a Convenção Coletiva de Trabalho apresentada pela DEL MONTE não é válida” (fl. 1688).

Entretanto, em que pese o inconformismo da empresa, as Normas Coletivas trazidas aos autos: Convenção Coletiva de Trabalho 2006/2007 – vigência: 1º.9.2006 a 31.8.2007 (fls. 285/291), Convenção Coletiva de Trabalho 2007/2008 – vigência: 1º.9.2007 a 31.8.2008 (fls. 292/297) e Convenção Coletiva de Trabalho 2008/2010 – vigência: 1º.9.2008 a 31.8.2010 (fls. 298/306) não se referem ao período da condenação, pelo que não se prestam para embasar a tese empresarial.

D’outra feita, não há como acolher o pedido alternativo de, em eventual manutenção da condenação, utilização da evolução salarial do “*de cujus*” para o cálculo do labor extraordinário, eis que a hipótese dos autos se enquadra no entendimento contido no art. 59, § 3º do Texto Consolidado, invocado pelo Magistrado de Origem.

Nada a reparar na sentença vergastada.

2.2. HORAS “IN ITINERE”

Inconformada com a decisão de primeiro grau, que concedeu ao “*de cujus*” horas extras

“*in itinere*”, limitadas a 3h30min (três horas e trinta minutos), no período laboral, por dia efetivamente trabalhado, acrescidas do adicional de 50%, recorre ordinariamente a DEL MONTE FRESH PRODUCE BRASIL LTDA. Sustenta a recorrente, em síntese, que o ex-obreiro residia na localidade de “Cidade Alta”, em Limoeiro do Norte e, que em diligência realizada pela Oficiala de Justiça, nos autos da RT n. 1.045/07, encontrou-se o tempo de 52 min na ida e 55 min no percurso casa-trabalho-casa (fls. 307/308), impugnando a quantidade de horas de trajeto deferidas. Aduz que não se encontra em local de difícil acesso. Por fim, alega que o Sindicato tem autonomia e legitimidade na representação de toda a classe, podendo perfeitamente efetuar negociações de acordo com a realidade fática, social e econômica da região, razão pela qual a flexibilização da jornada de trabalho não deve ser considerada como infração a direitos irrenunciáveis do trabalhador.

Argumenta que não houve supressão de direitos, apenas delimitação da quantidade de horas “*in itinere*” e que referida flexibilização já foi reconhecida pelo próprio C. TST como válida.

Sem razão.

A princípio, cumpre lembrar que, precedentemente ao advento da Lei n. 10.243/2001, se admitia negociação coletiva envolvendo as denominadas “horas de percurso”, ante a inexistência de expressa previsão legal, tratando-se de tema apenas de construção pretoriana.

A sobredita Lei n. 10.243/2001, que incluiu o § 2º do art. 58 da Carta Celetista, veio consagrar o direito ao pagamento das horas “*in itinere*”, que já era reconhecido jurisprudencial e doutrinariamente.

Assim dispõe o referido dispositivo legal:

“Art. 58 – A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

§ 1º Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. (Parágrafo incluído pela Lei n. 10.243, de 19.6.2001)

§ 2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.” (Parágrafo incluído pela Lei n. 10.243, de 19.6.2001)

A tal propósito, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho firmou seu entendimento, por meio da Súmula n. 90, cujo inteiro teor é o seguinte:

“HORAS ‘*IN ITINERE*’. TEMPO DE SERVIÇO (incorporadas as Súmulas ns. 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais ns. 50 e 236 da SBDI-1) – Res. n. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.4.2005

I – O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. (ex-Súmula n. 90 – RA n. 80/1978, DJ 10.11.1978)

II – A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas “*in itinere*”. (ex-OJ n. 50 da SBDI-1 – inserida em 1º.2.1995)

III – A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas “*in itinere*”. (ex-Súmula n. 324 – Res. n. 16/1993, DJ 21.12.1993)

IV – Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas “*in itinere*” remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. (ex-Súmula n. 325 – Res. n. 17/1993, DJ 21.12.1993)

V – Considerando que as horas “*in itinere*” são computáveis na jornada de trabalho, o

tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo.” (ex-OJ n. 236 da SBDI-1 – inserida em 20.6.2001)

Nessa trilha, com a edição da Lei acima referenciada (10.243/2001), o período relativo às horas “*in itinere*” passou a se constituir norma mínima de proteção ao trabalhador, somente podendo ser tema de pactuação coletiva na hipótese de esta resultar em norma mais benéfica ao trabalhador.

A propósito, transcreve-se o entendimento da Exma. Desembargadora Alice Monteiro de Barros, no seguinte Aresto:

“PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL. APLICAÇÃO. TEORIA DO CONGLOBAMENTO MITIGADO. Na aferição da norma mais favorável, o Direito do Trabalho Brasileiro adotou a teoria do conglobamento mitigado, também conhecido como conglobamento orgânico ou por instituto (Deveali, Mario Parco e Pinho Pedreira). Isso significa que a análise deverá extrair-se do conjunto de normas que se referem a um mesmo instituto e não à totalidade da norma coletiva. Cada instituto possui um regime unitário, portanto, não há como aplicá-lo parcialmente, tendo-se em vista que o “instituto é o conjunto de disposição e cláusulas unificadas “*ratione materiae*”, isto é, concernentes a atribuições da mesma natureza”; logo, se a norma coletiva dispõe que o transporte fornecido em percurso sabidamente não servido por linha regular de ônibus será excluído do cálculo das horas “*in itinere*”, previstas hoje em Lei (art. 58, § 2º, da CLT), a cláusula só poderia ter validade se o referido instrumento normativo instituisse uma vantagem em relação à duração do trabalho. Do contrário, a hipótese traduz renúncia às horas extras “*in itinere*”, previstas em norma imperativa irrenunciável, não se situando na permissividade constante dos incisos VI, XII e XIV do art. 7º da Constituição Federal de 1988,

dada a diversidade da matéria.” (01731-2004-067-03-00-6-ROPS, 7ª Turma, rel. Juíza Alice Monteiro de Barros, DJMG de 17.3.2005, p. 11.)

E, ainda, conforme leciona, Mauricio Godinho Delgado, *in* Curso de Direito do Trabalho, 11. Edição, LTr, p. 1.416/1.417, “... são amplas, portanto, as possibilidades de validade e eficácia jurídicas das normas autônomas coletivas em face das normas heterônomas imperativas, à luz do princípio da adequação setorial negociada. Entretanto, está também claro que essas possibilidades não são plenas e irrefreáveis. Há limites objetivos à adequação setorial negociada; limites jurídicos objetivos à criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista. Desse modo, ela não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia (e não transação). É que ao processo negocial coletivo falece poderes de renúncia sobre direitos de terceiros (isto é, despojamento unilateral sem contrapartida do agente adverso). Cabe-lhe, essencialmente, promover transação (ou seja, despojamento bilateral ou multilateral, com reciprocidade entre os agentes envolvidos), hábil a gerar normas jurídicas. (...) No direito brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: (...); as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc.)”.

Nesse compasso, com a adveniência da Lei Complementar n. 123/2006, fora introduzido, ao art. 58 da CLT, o § 3º, por força do qual se admitira a flexibilização coletiva desse direito apenas para os casos relacionados às microempresas e empresas de pequeno porte, o que, todavia, não é o caso da empresa reclamada, estando, pois, excluída do precitado benefício legal.

Assim é que não constitui ofensa ao art. 7º, Inciso XXVI, da Constituição Federal se reputar inválido instrumento de negociação coletiva, visto como norma menos favorável ao trabalhador, sem a existência da devida contraparte.

Insta acrescer que, em louvor ao princípio da liberdade de negociação, plasmado no art. 7º, Inciso XXVI, da “*Lex Fundamentalis*”, é válida a cláusula normativa que prevê a limitação ao pagamento das denominadas horas “*in itinere*”, independentemente do tempo efetivamente despendido no trajeto. A flexibilidade prevista no Texto Máximo autoriza a que as partes convenientes estipulem regras atinentes ao contrato de trabalho, sem que tais impliquem contrariedade aos princípios basilares que tutelam o Direito do Trabalho, ao passo em que algumas restrições deverão ser compensadas com certos benefícios. Assim, o princípio da autonomia coletiva deve harmonizar-se ao da irrenunciabilidade dos direitos laborais, circunstância esta, no entanto, não ocorrente no caso sob análise.

Cumpra observar que o supracitado art. 7º, XXVI, do Estatuto Supremo constitui norma de recepção ou reconhecimento dos instrumentos coletivos de trabalho legitimamente firmados pelas correspondentes representações sindicais, afastando qualquer dúvida quanto à recepção desses instrumentos negociais, pela nova ordem constitucional, reafirmando, assim, postura sempre adotada pelo próprio Direito do Trabalho, que prestigia a auto-composição das partes na solução dos litígios. Todavia, as negociações coletivas sempre encontraram, como ainda encontram, limites nas garantias, direitos e princípios instituídos pela mesma Carta Magna e que são intangíveis à autonomia coletiva.

Na hipótese em apreciação, restou evidenciado que a norma coletiva limitara o pagamento de horas “*in itinere*” ao período excedente de uma hora em cada trajeto de ida e volta. (fls. 289, 295 e 302)

Nesse viés, caberia observar, outrossim, que a limitação em referência somente será considerada válida se fundamentada no critério da razoabilidade, pois que, acaso reconhecida a licitude de qualquer parâmetro para tal limitação, esta se assemelharia a uma mera supressão da parcela, em farpeio, portanto, às normas mínimas de proteção do trabalhador.

Assim é que, em sendo admitida a validade da pactuação, estar-se-ia, conseqüentemente, validando, a supressão do direito à integração de até duas horas por dia na jornada de trabalho do obreiro, circunstância esta que, indubitavelmente, excede os limites da razoabilidade, em flagrante desrespeito ao regramento inscrito no art. 58, § 2º, do texto celetista.

Dessarte, não se está diante de limitação, mas, sim, em verdade, de real supressão dessa uma hora itinerante, ou fração de minutos anteriores.

É de se consignar que o legislador constituinte consignou expressamente duas exceções à regra, e apenas estas, nas quais se mostra possível à convenção coletiva firmar condição que reduza direitos trabalhistas, a saber: 1) redução salarial, prevista no inciso VI do art. 7º da CF/88; e 2) compensação de horários e redução da jornada, conforme inciso XIII do art. 7º da CF/88.

Dessa forma, deixando as cláusulas das Convenções Coletivas, que afastam o pagamento da primeira hora “*in itinere*”, de enquadrar-se nas condições excepcionais previstas no texto constitucional, há de se reconhecer a respectiva nulidade.

Reputa-se, pois, inválido o acordo de vontades celebrado, que transigiu sobre direitos irrenunciáveis e indisponíveis, afetos, portanto, à negociação coletiva.

Corroborando todo o entendimento até aqui desenvolvido, impõe-se observar o entendimento da mais alta Corte Trabalhista do País, que decidiu nos termos que seguem:

“HORAS IN ITINERE — RENÚNCIA AO PAGAMENTO DAS HORAS DE PERCURSO — PREVISÃO EM NORMA COLETIVA

DE QUE AS HORAS *IN ITINERE* DIÁRIAS NÃO DEVERÃO SER PAGAS — INVALIDAÇÃO — As normas coletivas de trabalho devem ser resultado de concessões recíprocas entre as partes convenientes, mas não podem ser utilizadas para estabelecer condições menos favoráveis aos empregados do que aquelas previstas em texto de lei, pois o inciso XXVI do art. 7º da Constituição da República, que estabelece como direito fundamental dos trabalhadores o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, deve ser interpretado e aplicado em consonância com o *caput* daquele mesmo preceito da Constituição Federal, que estabelece, claramente, que seus 34 incisos somente se aplicam para estabelecer um patamar mínimo de direitos sociais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. Embora seja predominante, no Tribunal Superior do Trabalho, o entendimento de que é válida a prefixação, por norma coletiva de trabalho, de um tempo uniforme diário *in itinere* a ser pago aos empregados por ela abrangidos, é bem diferente a situação delineada neste caso, em que a negociação coletiva estabeleceu que as horas *in itinere* diárias, pura e simplesmente, não deverão ser pagas, em direta afronta ao princípio da razoabilidade, e equivalendo à renúncia dos salários correspondentes a esse tempo à disposição do empregador. Na hipótese, é inválida a convenção coletiva, que transacionou o direito laboral às horas *in itinere*, assegurado pelo § 2º do art. 58 da CLT, que, por se tratar de norma de ordem pública, não pode ser objeto de renúncia, seja pela via individual, seja pela via coletiva. De outra parte, segundo expressamente consignado pelo Tribunal Regional, embora o local de trabalho não se enquadrasse como local de difícil acesso e não fosse servido de transporte público, o horário desse transporte, às vezes, não era compatível com o horário de trabalho da reclamante, circunstância que gera o direito ao pagamento das horas *in itinere*, conforme estabelece o item II da Súmula n. 90 do TST, o qual dispõe que a incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas *in itinere*. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. **HORAS**

EXTRAS — MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO — NEGOCIAÇÃO COLETIVA APÓS A LEI N. 10.243/2001 – PREVALÊNCIA LEGAL — As previsões em acordos coletivos da tolerância de 10 minutos para marcação de ponto encontra albergue, a princípio, no art. 7º, incisos XIII e XXVI, da Constituição da República. Contudo, a flexibilização da jornada de trabalho por meio de acordos e convenções coletivas é admitida, desde que se observem as disposições legais expressas, em especial aquelas relacionadas com a dignidade, a saúde e a segurança no trabalho, sob pena de impossibilitar a aplicação dessas normas ao caso concreto. O período no qual foram avençadas as condições relativas ao horário de trabalho foi posterior à vigência da Lei n. 10.243/2001, mediante a qual se alterou o disposto no art. 58 da CLT para limitar o período passível de desconsideração na marcação do ponto. Assim, enquanto inexistente norma legal que dispõe sobre a matéria, o contexto fazia-se próprio à regulação mediante acordos e convenções coletivas de trabalho, e, somente após a edição da Lei n. 10.243/2001, é que o direito pleiteado pelo reclamante lhe foi assegurado por não se admitir, a partir de então, a validade de convenção ou acordo coletivo que estipulasse qualquer excesso de jornada sem pagamento, além do limite legal. Esse é o entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial n. 372 da SBDI-1 do TST, que preceitua: **MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO. LEI N. 10.243, DE 27.06.2001 — NORMA COLETIVA — FLEXIBILIZAÇÃO — IMPOSSIBILIDADE** (DJ divulgado em 3, 4 e 5.12.2008) A partir da vigência da Lei n. 10.243, de 27.6.2001, 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. Recurso de revista conhecido e provido. **MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ**. Na hipótese, o Tribunal Regional aplicou a multa por litigância de má-fé à reclamante, com base no art. 17, inciso II, do CPC, por considerar que esta alterou a verdade dos fatos, em virtude da alegação

contida no seu recurso ordinário, de que, no dia posterior à sua falta injustificada ao serviço, foi notificada de que estaria de férias por 30 dias, fato que, segundo a Corte *a quo*, não condiz com a verdade, em face da documentação produzida nos autos, que claramente comprova que a autora, em data bem anterior à mencionada, já tinha conhecimento da data da fruição das suas férias. Contudo, ao se analisar atentamente os fundamentos contidos no acórdão regional, verifica-se que a Corte Regional deixou expressamente consignado que a autora afirmou em seu recurso ordinário que ao comparecer para trabalhar, no dia 20.2.2009, a ré lhe concedeu férias, tendo a despedida por justa causa sido efetivada no retorno destas. Constata-se, pois, que a reclamante não afirmou que somente teve conhecimento de suas férias no momento em que compareceu ao trabalho, após o dia de sua falta injustificada, mas somente mencionou que as suas férias foram concedidas pela empresa no momento em que retornou ao trabalho após ter faltado no dia anterior. Dessa forma, não há como reputá-la litigante de má-fé, visto que, ao contrário da conclusão do Tribunal Regional, não teceu argumentação alterando a verdade dos fatos, mas, tão somente, mencionou fato que, a seu ver, seria relevante a fim de comprovar a ausência de falta grave a justificar a sua demissão por justa causa, de modo que é indevida a multa por litigância de má-fé que lhe foi aplicada. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST – RR 42900-68.2009.5.04.0382 – Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta – DJe 3.4.2012 – p. 1.031)

Postas essas premissas e nessa ordem de ideias, tem-se que a 15ª Cláusula Convencional, ao admitir a limitação ora em comentário, excluía a garantia prevista em lei, que remunerava, como extraordinárias, as horas despendidas no percurso até o local de difícil acesso, a esteio do sobredito art. 58, § 2º, da CLT e da Súmula 90 do C. TST.

Portanto, é medida que se impõe a declaração de nulidade do parágrafo segundo da Cláusula Décima Quinta da Convenção Coletiva de Trabalho firmada entre a FETRAECE —

Federação dos Trabalhadores e Trabalhadoras na Agricultura do Estado do Ceará e a FAEC — Federação da Agricultura e Pecuária do Estado do Ceará, eis que formulado em farpeio flagrante às normas e princípios atinentes ao Direito do Trabalho.

No que pertine a utilização da Certidão da Oficiala de Justiça, colacionada às fls. 307/308, produzida nos autos da RT n. 1.045/07, de se ressaltar que referida diligência fora realizada em horário diverso da jornada do obreiro, pelo que inservível para fins de comprovação da jornada buscada pela demandada.

Por outro lado, analisando a prova oral, a única testemunha da parte autora, que cumpria a mesma rota, foi firme e contundente em confirmar o tempo de percurso despendido no trajeto casa-trabalho-casa, tendo declinado:

“(…) que ia para o trabalho em transporte da empresa; que não havia transporte público; que despendia uma hora e quarenta e cinco minutos no trajeto no ônibus da reclamada, tanto na ida como na volta (…).”

Assim, por todo o exposto, impositivo é reconhecer como devidas, em obséquio do *de cujus*, horas extras “*in itinere*”, limitadas a 3h30min (três horas e trinta minutos) e seus reflexos, conforme deferido em 1º grau.

2.3. DOENÇA PROFISSIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NEXO CAUSAL

O Juízo de Primeiro Grau julgou parcialmente procedentes os pleitos elencados na exordial, tendo condenado a empresa, DEL MONTE FRESH PRODUCE BRASIL LTDA., nos seguintes títulos:

“(…) c) indenização por danos materiais, correspondente a pensão mensal no valor equivalente a 2/3 (dois terços) daquilo que o obreiro falecido receberia a título de salário mínimo, devidamente atualizado, com correção monetária e juros de mora (Súmula n. 54 do STJ), desde a data de seu óbito (30.11.2008), executando-se as

parcelas vencidas, até a data presumida de expectativa de vida pleiteada na exordial, *in casu*, 72 anos, ou até a data em que a viúva contrair novas núpcias, em parcelas vencidas e vincendas a se apurar em liquidação. As parcelas vencidas deverão ser depositadas de uma só vez e apuradas em liquidação de sentença. A contribuição previdenciária não incidirá sobre a parcela deferida, tendo em vista a sua natureza indenizatória, bem como não há incidência do Imposto de Renda, nos termos do disposto no art. 39 do Decreto n. 3.000/99; d) danos morais, no montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). (...)” (fl. 1666)

Inconformada, em sede de razões recursais, alega a demandada a inexistência de “qualquer nexo de causalidade entre a patologia acometida pelo ‘*de cuius*’ e o exercício de suas atividades laborativas” (fl. 1695v.), sustentando que “pela análise acurada da farta documentação constante no inquérito juntado aos presentes autos (fls. 507/1547 dos autos), inclusive, prontuário médico-hospitalar e pareceres técnicos, **nenhuma conclusão definitiva** foi proferida acerca da real *causa mortis* do Sr. Vanderlei Matos da Silva, muito menos, restou provado que o seu falecimento se deu em virtude das atividades laborais que desenvolveu na DEL MONTE, face a suposta exposição e contato com agrotóxicos”. (fl. 1693)

Ressalta que o “*de cuius*”, devidamente equipado com os EPIs, não tinha contato direto com produtos químicos, sendo responsável unicamente pelo seu transporte até o setor de aplicação, onde o misturador separava a quantidade necessária dos citados produtos, devolvendo-lhes o restante do material, tudo em recipiente original de fábrica, para guardá-los no almoxarifado. Destaca, outrossim, que as dosagens de acetilcolinesterase plasmática estavam dentro do limite da normalidade, conforme exames realizados nos anos de 2005 a 2008. (item 76 das razões recursais — à fl. 1693v.)

Reitera, conforme item 84 das razões recursais, o argumento da peça contestatória de que o reclamante fora acometido por hepatite viral fulminante. (fl. 1694v.)

Salienta que, por se tratar de fato constitutivo do direito, o ônus da prova cabia à parte autora, do qual não se desincumbiu a contento, pelo que pugna pela reforma da r. sentença a fim de que sejam excluídos da condenação os danos morais e materiais.

Examina-se.

Precedentemente à análise meritória tangente à pretensa indenização decorrente da doença profissional noticiada nos autos, equiparada a acidente de trabalho, na dicção do art. 20, inciso I da Lei n. 8.213/91, sobreleva trazer a lume algumas considerações legais e doutrinárias acerca do tema, conforme adiante esposto.

“*Ab initio*”, é consabido que o conceito legal de acidente de trabalho encontra-se na dicção do art. 19 da Lei n. 8.213/91, “*verbis*”:

“Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.”

O Art. 20 da referenciada Lei, inciso I, estabelece o seguinte:

“Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I – doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;”

A Constituição Federal de 1988 estabelece, no art. 5º, Incisos V e X, o seguinte:

“V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”

“X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Ainda a Lei Maior dispõe, no art. 7º, Inciso XXII, que:

“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 157, dispõe que:

“Art. 157 – Cabe às empresas:

I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;

II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;

III – adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;

IV – facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

O art. 158 da CLT estabelece que:

“Art. 158 – Cabe aos empregados:

I – observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;

II – colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo.

Parágrafo único – Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada:

a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior;

b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa.”

Postas essas premissas, passa-se à análise do acervo fático-processual existente nos autos.

Inicialmente, ressalta-se que apenas a parte autora produziu prova testemunhal, trazendo duas testemunhas para prestar depoimento, Sr.

José Arnaldo Silva da Costa e o Sr. Francisco Ricardo Nobre, ressaltando que as duas testemunhas também foram ouvidas pelo Ministério Público do Trabalho, no Inquérito Civil n. 5/2009, conforme trechos a seguir transcritos de seus depoimentos:

1) Depoimento da testemunha, Sr. José Arnaldo Silva da Costa:

a) perante o Juízo de Origem:

“Que trabalhou na reclamada de 2004 até 2008/2009; que trabalhou junto com o falecido, por um período de 3 anos (...) que era o depoente e o falecido quem liberavam os agrotóxicos da reclamada; (...) que acontecia de às vezes os empregados que trabalhavam com agrotóxicos sentir tonturas; que trabalhavam próximo ao local de mistura dos agrotóxicos; (...) que o prédio onde o depoente e o falecido laboravam era separado do local de acondicionamento de agrotóxicos, por uma parede; (...) que a sala de mistura era próxima ao almoxarifado; (...) que levavam os agrotóxicos para a mistura em suas caixas; que as caixas secas não retornavam para o almoxarifado; que as sobras dos agrotóxicos retornavam para o almoxarifado, levadas pelo falecido e pelo depoente; que eram os empregados do almoxarifado que faziam a limpeza do local; que em relação às sobras de agrotóxicos alguns sacos retornavam abertos; que as sobras eram reutilizadas; que o falecido queixava-se ao depoente de problemas de dor de cabeça e de estômago; (...)”. (fl. 506v.)

b) perante o Ministério Público do Trabalho:

“que foi funcionário da empresa Del Monte Fresh Brasil Ltda., em sua Fazenda Ouro Verde, localizada na Zona Rural de Limoeiro do Norte, na função de auxiliar de almoxarifado, no período de 2004 a 2009; que trabalhou com o Sr. Vanderlei Matos da Silva na empresa Del Monte no Setor de Almoxarifado Químico, no período de 2006 a 2008; (...) que o declarante e o Sr.

Vanderlei e demais funcionários do Setor de Almoarifado Químico, no período de 2006 a 2008; (...) que o declarante e o Sr. Vanderlei e demais funcionários do setor de almoarifado exerciam a função de pesagem e recebimento dos agrotóxicos, manuseando as embalagens de agrotóxicos, inclusive as embalagens já utilizadas; que o declarante se sentia exposto ao aos agrotóxicos, principalmente pelo fato da zona de mistura ser próxima ao Setor de Almoarifado e também porque manuseava as embalagens já utilizadas com os resíduos de agrotóxicos, encaminhando-as para o galpão das embalagens vazias; que o declarante e o Sr. Vanderlei e demais auxiliares do almoarifado faziam também o serviço de limpeza do almoarifado; que entende que tal serviço era bastante insalubre, pois a “poeira” dos agrotóxicos ficava no ar; (...) que lembra de alguns agrotóxicos usados pela empresa dentre eles ridomil, aliete, bayton, sumithian, finish; que presenciou 04 auditorias anuais da EUREP — GAP; que tais auditorias ocorreram nos anos de 2005 a 2008; na época das fiscalizações, alguns agrotóxicos eram escondidos da auditoria, dentre eles o ridomil, finish, gool, que os funcionários colocavam os produtos dentro de um caminhão, mas não sabe dizer para onde esses produtos eram levados; (...).” (fls. 1073/1074)

2) Depoimento da testemunha, Sr. Francisco Ricardo Nobre:

a) perante o Juízo de Origem:

“Que trabalhou para a reclamada de 2004 a 2008; (...) que o falecido trabalhava no almoarifado; que sabe informar que o falecido pesava produto químico (...) que quando havia fiscalização de entidades ligadas ao meio ambiente acontecia na reclamada de se determinar que fossem escondidos alguns produtos, tais como “Bayton” e “Exportac”; (...) que acontecia na reclamada de os trabalhadores sentirem os efeitos das aplicações

de agrotóxicos; que viu o falecido fazer a pesagem de agrotóxicos várias vezes; que às vezes, a pesagem era a granel e às vezes, dentro de recipientes (...).” (fl. 507)

b) perante o Ministério Público do Trabalho:

“foi funcionário da empresa Del Monte Fresh Produce Brasil, em sua fazenda ouro verde, localizada na Zona Rural de Limoeiro do Norte, no período de dezembro de 2003 a junho de 2008, inicialmente na função de auxiliar de controle de qualidade e posteriormente na função de auxiliar mecânico; que conheceu o Sr. Vanderlei Matos da Silva, há muito tempo, quando ainda eram crianças, pois eram vizinhos; (...) que no setor de almoarifado, o Sr. Vanderlei exercia a função de pesagem dos agrotóxicos; (...) que outros trabalhadores da Del Monte comentavam que tal doença decorria do manejo de agrotóxicos pelo Sr. Vanderlei; (...) que antes da fiscalização chegar os trabalhadores eram treinados através de reuniões, com engenheiros e técnicos de segurança, os quais orientavam os empregados a não relatarem algumas irregularidades cometidas pela empresa, dentre elas, jornada extraordinária acima de duas horas extras, produtos químicos que não poderiam ser utilizados no abacaxi, dentre eles o bayleton, sportak 450; que esses produtos eram escondidos da auditoria da EUREP-GAP; (...) que o próprio depoente escondia produtos no próprio setor de controle de qualidade onde trabalhava; (...).” (fls. 1063/1064)

Vale destacar, ainda, o depoimento do Sr. Antônio Neuvan Rodrigues dos Santos, que trabalhou para a empresa demandada, no período de 02 de maio de 2006 até o dia 17 de setembro de 2008, ouvido pelo Ministério Público do Trabalho, nos autos do citado Inquérito Civil, conforme fls. 633/636:

“(…) Que o declarante foi transferido para o almoarifado químico, área considerada de maior risco na fazenda II em razão da

grande quantidade de agrotóxicos que ali são estocados e misturados; (...) Que o ar ambiente do galpão é saturado por cheiro de veneno bem como as adjacências do galpão; (...) Que cerca de uma vez por semana um empregado desse setor tinha que ir para o ambulatório tomar comprimido em virtude de sentir dor de cabeça; (...) Que o declarante, na época que trabalhava no almoxarifado, chegou a apresentar sangramento no nariz durante dois meses; (...) Que o declarante e os outros empregados daquele setor recebiam uma relação de produtos químicos nas quais estavam incluídos: ARAMO 200, SERVIN 480 SC, FOLICUR 200 SC, RIDOMIL GOLD MZ, GRAMOXONE, SUMITHION 500 CE, SELECT 240 EC, FINISH SC540 4X 5L BOT BR, SPORTAK, HORTOCÍDIO, FURADAN 50G, SERO ESPUMA, para serem escondidos e não serem vistos durante a auditoria da Global Gep, e do Ministério do Trabalho, sendo estes produtos escondidos num caminhão baú amarelo, que o veículo ia para frente a doca, local para embarque das frutas no contêiner, ou ia para o distrito de Km-60; (...). Que havia pulverizações toda noite, sendo que todo dia havia descarte de fertilizantes e produtos químicos e o descarte não se dava em área de descanso, sendo este feito em áreas a poucos metros da plantação de abacaxi e do almoxarifado, inclusive, em muitas ocasiões, haviam trabalhadores sem qualquer EPI trabalhando no almoxarifado de irrigação, recebendo todo o cheiro de produtos descartados; Que os líquidos resultantes da lavagem dos tanques de pulverização também são jogados diariamente no chão próximo ao almoxarifado; Que o refeitório dos empregados fica por trás da zona de mistura e próximo ao local onde diariamente se faz o descarte de produtos químicos; Que o declarante se recorda que chegou uma equipe do Ministério do Trabalho e começaram a fazer perguntas ao declarante e aos outros empregados sobre

os produtos químicos, a quantidade que era aplicada e como eram tratados dentro da empresa, só que o declarante e os demais empregados, com medo de falarem a verdade e serem demitidos, não prestavam todas as informações, pois estavam na presença do superintendente de produção da empresa, a pessoa de Reginaldo, bem como a pessoa de Wantuiller Trindade, chefe do setor de compras; (...) Que o declarante chegou a conhecer a pessoa de Vanderley, pois este trabalhava no mesmo setor do declarante, porém, em turno diferente, que Vanderley era uma pessoa calada e do tipo que sempre obedecia o que lhe mandavam fazer, que Vanderley veio a falecer no mês de outubro de 2008, que quando Vanderley começou a ficar muito doente, a empresa não lhe deu licença para se tratar, tendo dado para Vanderley suas férias mesmo sem ele ter pedido (...).”

Depreende-se dos excertos acima extraídos que, diferentemente do que defendido pela empresa, a função do “*de cujus*” não consistia apenas no transporte dos agrotóxicos, mas além desta função, era responsável pela separação e pesagem destes produtos, pela guarda das sobras destes materiais, ainda que em embalagens abertas, bem como pela limpeza do local.

Restou, esclarecido, outrossim, acerca do ambiente de trabalho a que estavam submetidos os empregados da Del Monte, lotados no Setor de Almoxarifado, dentre eles, o “*de cujus*”.

Destacou, ainda, a utilização pela demandada de produtos químicos proibidos e, por consequência, mais prejudiciais aos trabalhadores do que os permitidos pela legislação brasileira.

No tocante a este último aspecto, a prova documental corrobora com a prova colhida acima, eis que ao cotejo do Protocolo elaborado pelo Dr. Willian Paiva Marques, que traz a Relação dos Produtos usados pela Empresa (fls. 708/709) e o Estudo de Impacto Ambiental apresentado pela empresa à SEMACE em 2006 (fl. 1304), percebe-se que alguns produtos não

constam na tabela anterior, como: KROVAR 800 WG 400 + 400, TECTO SC e BULLDOCK 125SC, revelando-se uma grave contradição entre as informações fornecidas pela empresa à SEMACE e os dados constantes da tabela de Estudo do Caso pela Universidade Federal do Ceará.

Feitas tais considerações, bem como se levando em conta que a parte autora persegue a condenação da empresa em dano moral, decorrente de patologia adquirida em decorrência do trabalho, conforme sua tese, cabe perquirir acerca da existência cumulativa dos três requisitos necessários à configuração da responsabilidade civil.

Assim, a fim de restar configurada a responsabilidade do empregador é necessária a comprovação cumulativa de existência do dano, do nexo de causalidade entre a ação ou omissão do empregador e o dano, bem como do dolo ou culpa do empregador.

Na hipótese em apreciação, restou incontestado a ocorrência da patologia, que levou a óbito o trabalhador, pelo que inquestionável o dano.

Desta feita, passa-se a averiguar acerca da existência do nexo causal que se constitui na ação ou omissão do sujeito, que atenta contra o direito alheio, provocando dano material. Trata-se, portanto, de elemento indispensável para a caracterização da responsabilidade civil e, consequentemente, do dever de indenizar.

Analisando a documentação colacionada aos autos pelo Órgão Ministerial, consistente no Inquérito Civil n. 379/2009, às fls. 519/1553, depreende-se, através do Estudo realizado pelo Departamento de Saúde Comunitária da Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Ceará (fls. 1279/1319), o acompanhamento clínico e os exames complementares “permitem afastar as hipóteses diagnósticas de Hepatites B, C e D — já que o padrão de marcadores de hepatites virais apresentado indica somente infecção passada pelo vírus da hepatite B. Também foram afastados quadros relacionados ao estilismo crônico, doença de

Wilson, hemocromatose, cirrose biliar primária, colangite esclerosante primária, restando como hipóteses as de Esteato-hepatite não alcoólica (EHNA) — hepatopatia induzida por drogas ou substâncias tóxicas; ou hepatite autoimune. A hipótese de hepatite autoimune foi examinada de acordo com os critérios de internacionais de hepatite autoimune (1993), sem, entretanto obter-se pontuação compatível com o diagnóstico. No grupo das hepatopatias crônicas, então, fortaleceu-se a hipótese de hepatopatias por substâncias tóxicas. Tal hipótese sustenta-se na evidência da exposição ocupacional prolongada a diferentes ingredientes ativos de agrotóxicos, dos quais vários deles são descritos na literatura científica como hepatotóxicos (*vide* anexo). O diagnóstico de hepatopatia crônica sustenta-se também nos dados epidemiológicos resultantes do estudo de Alexandre (2009), que demonstram alteração em indicadores de função hepática em 53% dos trabalhadores examinados da mesma empresa, corroborando esta hipótese diagnóstica” (fls. 1280/1281). Concluindo, ao final: “As evidências indicam que o paciente Vanderlei Matos da Silva foi a óbito tendo como *causa mortis* hepatopatia grave de provável etiologia induzida por substâncias tóxicas.” (fl. 1281)

Assim, em que pese o inconformismo da empresa, que defende que o trabalhador fora acometido por hepatite viral fulminante, tal diagnóstico fora claramente descartado pelo estudo médico acima referenciado, restando, por outro lado, incontestado, que o empregado falecera em virtude de hepatopatia grave causada por contato com substâncias tóxicas.

Conforme linhas pretéritas, constatou-se, através dos relatos das testemunhas, que a função do *de cujus* não se limitava apenas ao transporte dos agrotóxicos, conforme defendido pela empresa.

Corroborando com tal assertiva, o Estudo acima citado, verificou que a função do reclamante consistia em: atender as requisições de fertilizantes e agrotóxicos, separando os

produtos (na forma líquida, gasosa ou em pó) de acordo com a especificação e quantidade indicadas na guia; transportar tais produtos ao Setor de Mistura, bem como retornar ao estoque com as sobras dos materiais não utilizados (embalagens abertas); receber devolução de produtos liberados e não utilizados. Destacando, ainda, que o exercício de sua tarefa exigia o trânsito através do galpão (no qual se situava o Setor de Almoxarifado e o Setor de Mistura – fl. 1286), passando, inclusive, pelo Setor de Mistura, onde a contaminação era maior. (fl. 1287)

Importa, ressaltar, ainda, que o Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional descreve a toxicidade hepática dos produtos Organofosforados, ressaltando que após a absorção: “a maior parte é biotransformação no fígado e eliminada na urina, e uma pequena parte vai se localizar nas sinapses de terminações nervosas.” (fl. 552)

Por outro lado, merece destaque, ainda, a observação efetuada pela Analista Pericial em Medicina do Trabalho, Dra. Ayla Maria Cavalcante Sales, com relação ao agrotóxico GRAMOXONE (presente na Relação dos agrotóxicos usados na Empresa à fl. 709), “*verbis*”:

“Investigando suas fichas financeiras constatamos que a maioria pertence ao grupo dos organofosforados, daí o médico haver recomendado somente a dosagem de acetilcolinesterase. Entretanto, cabe lembrar que o Paraquat (GRAMOXONE), um herbicida bupiridilo, se ingerido pode causar fibrose pulmonar que surge por volta do 10º dia de exposição e se manifesta por dispneia. Nos casos moderados a graves de intoxicação pode haver lesão hepática caracterizada por icterícia e insuficiência renal. Ainda em relação ao Paraquat, o produto é altamente irritante à pele.” (fl. 631)

Posteriormente, a citada Perita apresentou novo parecer, solicitado pela Procuradora do Trabalho, Dra. Geórgia Maria da Silveira Aragão, nos seguintes termos:

“Presumimos que a hepatopatia que o levou a óbito três meses após o início dos sintomas, pode ter sido provocada pelo contato com agrotóxicos em seu labor diário.” (fl. 1535)

Destarte, restou, patente, a existência do nexo causal entre a atividade exercida pelo obreiro e a patologia que causou sua morte.

À luz da legislação aplicável à espécie, em especial ao disposto no art. 186 c/c art. 927 e seu parágrafo único do Código Civil, extrai-se que aquele que causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo, ressaltando que, nos casos quando a atividade normalmente desenvolvida implicar, por sua natureza, risco aos direitos de outrem, como é a hipótese dos autos, independe de culpa.

Este vem sendo o entendimento da jurisprudência pátria, conforme arestos a seguir transcritos:

“(…) POLINEUROPATIA TÓXICA — DOENÇA DO TRABALHO — NEXO CAUSAL — TEORIA DA ÁRVORE DE CAUSAS — RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR — Em que pese à etiologia multifatorial da neuropatia, há grande probabilidade de o obreiro haver sido contaminado pelo contato direto e prolongado (mais de dez anos) com substâncias tóxicas (chumbo, alumina, fósforo, ferro e mercúrio). Em tal situação, a análise reclama a aplicação da “Teoria da Árvore de Causas”, levando-se em consideração todos os elementos relacionados ao ambiente do trabalho como partes interdependentes, de modo a fornecer um encadeamento lógico sobre o acidente do trabalho e/ou doença ocupacional, sendo analisadas desde as causas mais remotas até as mais próximas relacionadas com o infortúnio. Subsistindo o nexo, a responsabilidade objetiva da reclamada emerge da natureza da sua atividade preponderante, na espécie, produtora de alumínio, aliada à insuficiência dos EPIs e/ou ausência de fiscalização do uso. (...)” (TRT 16ª R. – RO 24100-69.2008.5.16.0001 – Rel. Des. Luiz Cosmo da Silva Júnior – DJe 31.8.2011 – p. 12) v. 91

“DANOS MORAIS — ATIVIDADE DE RISCO — RESPONSABILIDADE OBJETIVA —

APLICAÇÃO DO ART. 927 DO CC — Uma vez que a empresa exerce atividade de risco, consistente na curtição de couro através do uso de substâncias tóxicas, conforme previsão do anexo I do decreto n. 3.048/1999, não é necessário aferir se houve culpa do empregador na causação da doença ocupacional adquirida pelo autor, por força de incidência da teoria da responsabilidade objetiva, consagrada pelo art. 927 do CC. **ACIDENTE DE TRABALHO — DOENÇA PROFISSIONAL — PRESUNÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A DOENÇA ADQUIRIDA E A ATIVIDADE DESEMPENHADA** — Uma vez que a moléstia adquirida pelo autor constitui doença profissional, peculiar à atividade por ele exercida, nos termos do art. 20, I, da Lei n. 8.213/91, o nexo causal entre a doença e a atividade é presumido, conforme inteligência do art. 21-A do mesmo diploma legal.” (TRT 22ª R. – RO 00962-2006-101-22-00-7 – Relª Enedina Maria Gomes dos Santos – DJT/PI 15.8.2008)

Desta feita, irrelevante a discussão acerca do ônus da prova da culpa da reclamada, visto que, no caso “*sub oculi*” o elemento subjetivo não se constitui em requisito necessário para a responsabilização pela doença ocupacional, equiparada ao acidente de trabalho.

Aplicável, na hipótese vertente, a Teoria do Risco Profissional, segundo a qual o empregador deve responder pelo pagamento de indenização ao empregado que sofre acidentes ou contrai enfermidade, decorrente da própria atividade profissional, pertinentes à natureza do local, ou do trabalho que executa, de modo que a responsabilidade incide automaticamente, não podendo ser transferido ao obreiro o ônus de arcar com os prejuízos à sua integridade.

Sobre este assunto, dispõe o art. 14, § 1º da Lei n. 6.938/81:

“Art. 14 – Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

Omissis

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.”

No mesmo sentido o Enunciado n. 38 da ANAMATRA:

“38. RESPONSABILIDADE CIVIL. DOENÇAS OCUPACIONAIS DECORRENTES DOS DANOS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. Nas doenças ocupacionais decorrentes dos danos ao meio ambiente do trabalho, a responsabilidade do empregador é objetiva. Interpretação sistemática dos arts. 7º, XXVIII, 200, VIII, 225, § 3º, da Constituição Federal e do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81.”

Por todo o exposto, não há como afastar a responsabilidade da reclamada, pelo que irretocável a sentença, neste aspecto.

2.4. DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

Em caso de manutenção da condenação, pugna a reclamada pela redução do “*quantum*” estabelecido a título de indenização por danos morais e materiais, solicitando seja levada em conta o grau de escolaridade do “*de cujus*” e o ofício exercido por este.

Vejamos.

No que tange à indenização por danos morais decorrente de acidente de trabalho, como a hipótese em apreço, do qual resulta a morte do empregado, pacificou-se o entendimento de que não há necessidade de comprovação do dano, visto que a dor, a aflição ou o constrangimento são fenômenos ínsitos na alma humana, como reações naturais a agressões do meio social, descabendo qualquer tipo de prova a justificar a devida reparação de natureza compensatória.

Neste sentido, destaque-se que o C. STJ tem decidido que “provado o fato, não há necessidade de prova do dano moral, nos termos de persistente jurisprudência da Corte” (STJ. 3ª Turma. REsp n. 261.028/RJ, rel.: Ministro Carlos Alberto Menezes, DJ 20.8.2001).

Conforme a lição do Dr. SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA (*In* Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador, LTr, 5. edição, p. 267 e ss.), “o suporte principal do direito à indenização pelos danos morais encontra-se na dignidade da pessoa humana, que constitui um dos fundamentos da República, conforme indicado expressamente no art. 1º da Constituição de 1988”.

Para ROBERTO FERREIRA, citado pelo Des. SEBASTIÃO GERALDO, “os bens morais consistem no equilíbrio psicológico, no bem-estar, na normalidade da vida, na reputação, na liberdade, no relacionamento social, e a sua danificação resulta em desequilíbrio psicológico, desânimo, dor, medo, angústia, abatimento, baixa consideração à pessoa, dificuldade de relacionamento social. Aguiar Dias, citando Minozzi, assevera que o dano moral não é o dinheiro em coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuído à palavra dor o mais largo significado”.

Segundo as lições de YUSSEF SAID CAHALI (*in* Dano Moral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 20-21), o dano moral é “tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado”.

Asseveram os juristas PABLO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA que “o dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a

esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente”.

O Código Civil de 2002, por sua vez, contempla expressamente o dano moral, quando prevê, no art. 186, que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

No magistério do Professor Doutor RAIMUNDO SIMÃO DE MELO (*in* Ações Acidentárias na Justiça do Trabalho, LTr, p. 188-189), a despeito de a lei não estabelecer critérios para fixação, arbitramento ou quantificação do valor da indenização/compensação referente ao dano moral, a doutrina “oferece dois sistemas de reparação; o tarifário, com a predeterminação do valor da indenização, e o aberto, que atribui ao juiz, subjetivamente, o arbitramento da indenização, sendo este último o adotado no sistema jurídico brasileiro.”

Prescreve o art. 944 do Código Civil, “*verbis*”:

“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

Dessa forma, à luz do Dispositivo civilista retrotranscrito, tem-se que, “*in casu*”, o parâmetro para a fixação da indenização do dano moral é a extensão do dano, levando-se em linha de conta os seguintes critérios: “a) posição social e capacidade econômica do ofensor; b) intensidade do ânimo de ofender; c) gravidade da repercussão da ofensa; d) intensidade do sofrimento do ofendido; e) posição social do ofendido”, ainda conforme preleciona o Professor Doutor Raimundo Simão de Melo (*op. cit.*, p. 189).

Portanto, o valor fixado “deve representar, para o ofendido, algo razoável e suficiente para fazer diminuir a dor, o sofrimento de angústia

etc., e, para o ofensor, diminuição no seu patrimônio, de tal maneira a desencorajá-lo de praticar novamente ato semelhante”.

Na lição de Maria Helena Diniz, citada pelo ilustre Mestre, “o magistrado, quando da reparação do dano moral, deve decidir como lhe parecer equitativo e justo e fixar moderadamente uma indenização/compensação, agindo com prudente arbítrio, sempre verificando os elementos probatórios e ouvindo as razões das partes”.

Ainda o Desembargador SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA, nos ensina que, “por enquanto, não há parâmetros ou limites normativos para estipular o valor da indenização por dano moral, ficando ao prudente arbítrio do juiz a sua fixação, diante das múltiplas especificidades do caso concreto. Todavia, algumas considerações importantes já assentadas na doutrina e jurisprudência devem nortear a dosimetria dessa indenização: a) a fixação do valor indenizatório obedece a duas finalidades básicas que devem ser ponderadas conforme as peculiaridades do acidente ou doença ocupacional: compensar a dor, o constrangimento ou o sofrimento da vítima e, pedagogicamente, punir o infrator; b) na função compensatória da indenização, a análise deve estar centrada na pessoa da vítima, enquanto, na finalidade punitiva, a fixação do valor deve levar em conta a pessoa do causador do dano; c) é imprescindível considerar o grau de culpa do empregador e a gravidade dos efeitos para a vítima do acidente ou doença ocupacional; d) o valor da indenização pode ser agravado ou atenuado em razão das singularidades da condição pessoal da vítima; e) o valor arbitrado não tem como objetivo servir para enriquecimento da vítima, nem de ruína para o empregador. Aliás, no art. 7º, § 3º, do Projeto de Lei n. 150 de 1999, já aprovado no Senado, acima citado, ficou estabelecido que: “A capacidade financeira do causador do dano, por si só, não autoriza a fixação da indenização em valor que propicie o enriquecimento sem

causa, ou desproporcional, da vítima ou de terceiro interessado; f) 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 provocar a banalização do dano moral; g) deve-se ter em conta a situação econômica das partes, especialmente para que a sanção tenha efeito prático com a necessária repercussão pedagógica na política administrativa da empresa; h) ainda que a vítima tenha suportado bem a ofensa, permanece a necessidade da condenação, pois a indenização pelo dano moral também tem uma finalidade educativa, já que demonstra para o infrator e para a sociedade a punição exemplar daquele que desrespeitou as regras básicas da segurança, higiene e saúde do trabalhador.”

Em assim, conclui-se, em suma, que o valor a ser arbitrado para fins de indenização por danos morais deve observar a gravidade e a extensão da lesão (Código Civil, art. 944); b) a reprovabilidade do ato lesivo (Código Civil, art. 945); e c) o caráter pedagógico da condenação, que sirva de desestímulo à reincidência do agente, levando-se em linha de consideração os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, preconizados no Inciso V, do art. 5º da Carta Magna Nacional.

Em sua peça de exórdio, o reclamante requereu a fixação do valor da indenização por danos morais, no importe de R\$ 100.000,00.

No que pertine aos danos materiais, a sentença “*a quo*” assim decidiu:

“Assim, defere-se à autora, a título de danos materiais pensão mensal no valor equivalente a 2/3 (dois terços) daquilo que o obreiro falecido receberia (salário mínimo), o que correspondia à época a R\$ 310,00 (2/3 do salário mínimo de 2009 de R\$ 465,00), já que não restou provado valor maior, e devidamente atualizado, com correção monetária e juros de mora (Súmula n. 54 do

STJ), desde a data de seu óbito (30.11.2008), executando-se as parcelas vencidas, até a data presumida de expectativa apontada na exordial (72 anos), o que se encontra próximo com a expectativa de sobrevivida no Brasil, conforme Tabela de Mortalidade de 2009, qual seja de 74 anos (Resolução n. 7, de 30.11.2010, DOU de 1º.12.2010) publicada pelo IBGE (<www.ibge.gov.br>) ou até a data em que a viúva contrair novas núpcias.” (fl. 1662)

No tocante a este último parâmetro, deve-se esclarecer que a viúva, mesmo contraindo novas núpcias, não perderá o direito de continuar recebendo a pensão por morte do INSS, cujo objetivo é garantir uma renda mensal aos dependentes do segurado quando do seu falecimento. Aliás, contraindo novas núpcias e falecendo seu novo companheiro, ser-lhe-á assegurado pela Previdência Social a escolha da pensão de maior valor, contudo, há de se ressaltar que referida matéria não foi objeto de recurso.

Assim decidiu o Juízo de Primeiro Grau:

“No que concerne ao valor, fixa-se a presente indenização no montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), conforme entendimento do STJ, esposado em casos análogos de acidentes que resultam na morte da vítima. (REsp n. 713.764/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 10.3.2008; REsp n. 427.569/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha; Ag 1209864/RJ, rel. Min. Luís Felipe Salomão; REsp n. 210.101/PR, rel. Min. Carlos Fernando Mathias e REsp n. 936.726/SE, rel. Min. Hélio Guágli Barbosa.)

Tal valor é condizente com o caráter pedagógico da pena, com o poder econômico do agente causador, a extensão do dano e para se evitar o enriquecimento sem causa das autoras, tudo na forma do art. 953, parágrafo único do Código Civil, aplicável subsidiariamente, ante os termos do art. 8º da CLT.” (fl. 1664)

O *caput* do art. 944 do Código Civil prescreve que “A indenização mede-se pela extensão do dano”; ao passo que o art. 5º, Inciso V, do

Estatuto Supremo estabelece que a indenização deverá ser proporcional ao agravo.

Assim é que, levando-se em linha de consideração os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, preconizados no Inciso V, do art. 5º da Carta Magna Nacional, balizadores das indenizações por danos morais e materiais, hei por bem manter o valor arbitrado na sentença (R\$ 100.000,00), a título de danos morais e indenização por danos materiais correspondente a pensão mensal no valor equivalente a 2/3 (dois terços) daquilo que o obreiro falecido receberia a título de salário mínimo, devidamente atualizado, com correção monetária e juros de mora (Súmula 54 do STJ), desde a data de seu óbito (30.11.2008), executando-se as parcelas vencidas, até a data presumida de expectativa de vida pleiteada na exordial, *in casu*, 72 anos, ou até a data em que a viúva contrair novas núpcias, por se encontrarem condizentes com o caráter pedagógico da pena e com o poder econômico da parte empregadora, mensurando-se a extensão dos danos e evitando-se o enriquecimento sem causa da parte autora.

2.5. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Insurge-se, ainda, a demandada, acerca da condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, haja vista a ausência dos requisitos para sua concessão, a teor das Súmulas ns. 219 e 329 do TST.

Sem razão.

Afigura-se-me que o acesso à justiça, enquanto princípio fundamental inserto na CF/88, é extensivo a todos e, portanto, não pode ser tolhido pelo Poder Judiciário sob o manto do *jus postulandi*, que é faculdade atribuída ao jurisdicionado e não obrigação de postular em juízo sem a assistência de advogado.

A regra prevista no art. 791, da CLT, deve ser entendida como um *plus* deferido ao jurisdicionado, seja ele empregado ou empregador, trabalhador avulso ou autônomo, e não como

óbice ao exercício do direito de postular em Juízo.

Ademais, a Lei n. 5.584/70 que, em regra, é adotada para dar suporte à tese de que na Justiça do Trabalho os honorários advocatícios somente são devidos quando o trabalhador estiver assistido pelo respectivo sindicato profissional, não exclui a opção pela via alternativa da contratação de advogado.

Relativamente às disposições inscritas nas Súmulas ns. 219 e 329 do C. TST, reputo-as inaplicáveis, eis que superadas, pelo que afasto o entendimento sufragado nos textos sumulares em referência, com fulcro nos regramentos contidos nos arts. 5º, inciso LXXIV, 8º, inciso I, e 133, da Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, estando a parte autora assistida por advogado e havendo sucumbência da parte reclamada, deve esta ser condenada

ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais nos termos do art. 20, do CPC, e do art. 22, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).

Convém ressaltar a norma constitucional que dispõe:

“Art. 133 – O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

Sem reparo a decisão impugnada.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS DESEMBARGADORES DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, conhecer do recurso ordinário e, no mérito, negar-lhe provimento.

Fortaleza, 21 de agosto de 2014.

Regina Gláucia Cavalcante Nepomuceno
Desembargadora Relatora

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

Processo: 0002274-04.2012.5.15.0056 RO

Recorrente: Adriano Correa Neve

Recorrido: Pedra Agroindustrial S.A.

Origem: Vara do Trabalho de Andradina

Juiz Sentenciante: Suzeline Longhi Nunes de Oliveira

Competência: 3ª Turma – 6ª Câmara

Sentença: F. 198/200

Recurso Reclamante: 204/209

Acórdão:

- ▶ **TRABALHO EM TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. PRORROGAÇÃO DA JORNADA DE SEIS HORAS CONSTITUCIONALMENTE PREVISTA, ESTIPULADA EM NORMA COLETIVA. NECESSIDADE DE QUE CONSTEM DO RESPECTIVO INSTRUMENTO COLETIVO, PARA ALÉM DE CLÁUSULAS QUE FIXEM JUSTA CONTRAPARTIDA, DE OUTRAS QUE DISPONHAM SOBRE OS CUIDADOS QUE, ENTÃO, SE HÁ DE TER COM A SAÚDE DO TRABALHADOR, PENA DE NÃO SE TER COMO VÁLIDA A PRORROGAÇÃO AJUSTADA.** A prorrogação da duração do trabalho constitucionalmente fixada, para os que labutam em turnos ininterruptos de revezamento, por meio de norma coletiva, reclama sejam inseridas, no respeitante instrumento coletivo, além de cláusulas que fixem justa contrapartida econômica, de outras que disponham de procedimentos e cuidados a serem observados/tomados em relação à saúde dos trabalhadores que se ativarem em TIR, como, por exemplo, a informação das possíveis consequências do trabalho realizado em tais condições, com instruções, dadas por quem tem domínio na arte, do que e como se pode tentar obstar as agressões à saúde, acerca de avaliações do local de trabalho, com mudanças ergonômicas, sempre que novos estudos recomendarem, avaliações na própria residência de cada obreiro, se este aquiescer e/ou desejar, ou ao menos que sejam-lhe passadas instruções de como deva proceder quando nela estiver, quanto à iluminação, refrigeração, instalações dos cômodos e demais providências, para que tenha um sono efetivamente reparador e que reponha suas energias devidamente, exames médicos periódicos, para ver se os obreiros têm condições e podem trabalhar em TIR, maior comunicação empresa-empregado, suporte familiar, com estratégias para ampliar a participação da família desses empregados em eventos, tanto sociais, como educacionais, treinamento físico moderado, cochilos em determinadas situações/ocasiões e pausas extras durante a duração do trabalho, criteriosa programação de descansos e folgas, como recomendam especialistas de nomeada, lembrando que os cuidados exemplificativamente apontados,

ultrapassam o âmbito dos contratos de trabalho dos trabalhadores envolvidos/representados, não se referindo apenas a questões obrigacionais, privadas, mas dizem com a saúde desses trabalhadores, o que faz se ingresse no campo do meio ambiente do trabalho, que se faz acompanhar dos princípios e dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que disciplinam o meio ambiente, e que não podem ser limitados por interesses de alguma forma privados, pelo caráter transindividual e também transgeracional que informa esse ramo do direito, que interessa à toda a coletividade e que essa mesma coletividade toda deve defender, observar e fazer cumprir. Possíveis dificuldades operacionais decorrentes do atendimento das necessidades apontadas, que devem ser atendidas e reguladas por cláusulas de instrumento coletivo, decrescem vertiginosamente em relevância, quando vistas como imprescindíveis à saúde, em alargada e atual concepção, do trabalhador, e a sua dignidade de pessoa humana, atento, ainda, as suas repercussões familiares e sociais.

Vistos.

Da decisão proferida à f. 198/200, que julgou improcedentes os pedidos alinhavados à peça vestibular, recorre o reclamante, ordinariamente.

Pretende, pois, primeiro, a reforma da decisão de origem a fim de que lhe seja acolhido o pedido por adicional de acúmulo de funções, que foi indeferido pelo MM. juízo de origem ao fundamento de, além de não verificada sua concomitante ativação em funções distintas, inexistir previsão legal autorizativa da concessão da verba.

Ademais, acena com a condenação da reclamada na paga de horas extras, que assim considera as excedentes da 6ª diária. A tanto, rebela-se contra a decisão no que declarou a validade dos acordos coletivos de trabalho autorizados do elastecimento da jornada praticada em turnos ininterruptos de revezamento, de 06h00min para 07h20min diárias, ante a falta da concessão de benefício recíproco à flexibilização do direito à aludida jornada especial.

Tempestivo, representação processual regular e preparo não exigível.

Contrarrrazões recursais pela reclamada às f. 213/217.

Dispensado parecer circunstanciado do Ministério Público do Trabalho, consoante

os termos dos arts. 110 e 111 do Regimento Interno deste E. Tribunal.

Relatados.

VOTO

Conheço do recurso interposto por tempestivo e porque preenchidos os demais requisitos de admissibilidade.

DO ACÚMULO DE FUNÇÕES

Aduziu prefacialmente o trabalhador que durante todo o pacto laboral, sem prejuízo do mister para o desempenho do qual foi contratado, a saber de motorista borracheiro, cuja única atribuição, ao que sustenta, limitava-se a rumar ao campo e trocar os pneus das máquinas da ré, acumulou também as funções de mecânico, de operador de munk e, ainda, a tarefa consistente em levar óleo e graxa para o campo. Por ter asseverado que nada recebeu pelos serviços acrescidos, pugnou pelo reconhecimento judicial do acúmulo e, por conseguinte, pela condenação da reclamada no pagamento de adicional pertinente, que tomou por estimar em 50% de seu salário.

O pleito, contudo, foi indeferido pelo MM. juiz sentenciante de origem sob o fundamento de que não provada a alegação de que as atribuições adicionais importaram extrapolação do poder diretivo do empregador, com esteio na norma insculpida no art. 456, parágrafo

único, da CLT, bem assim que, modo ou outro, inexistente suporte legal a amparar a pretensão.

Assim, insurge-se o reclamante, pugnando pela reforma do julgado e, por conseguinte, pela condenação da reclamada ao pagamento de referido adicional.

E tenho que merece prosperar a insurreição recursal. Senão vejamos.

De início, faz-se mister destacar que reputo comprovadas todas as reais atribuições desempenhadas pelo recorrente. Neste específico, a única testemunha cujo depoimento foi colhido nos vertentes esclareceu com fiel clareza as tarefas e as oportunidades nas quais o autor as desenvolvia, como se denota:

DEPOIMENTO DA PRIMEIRA TESTEMUNHA DO(A) RECLAMANTE - Wellington César Pinto, brasileiro(a), (...). Advertida, compromissada e inquirida na forma da Lei, respondeu que: que trabalhou para reclamada do começo de 2010 até o começo de 2011, não se recordando dia e mês; que trabalhou por aproximadamente por 1 ano e 1 ou 2 meses; que trabalhou por aproximadamente por 3 meses na borracharia; que na maioria das vezes trabalhava no mesmo turno do reclamante; que trabalhou entre a safra e entressafra; que além das atividades relacionadas pelo perito o reclamante ia em média 2 vezes por mês que o reclamante levava óleo e graxa até o campo havendo meses em que não realizava essa atividade; que pelo menos uma vez na semana quando o trabalho na borracharia permitia o reclamante auxiliava o mecânico; que quando auxiliava na mecânica o reclamante ajudava a trocar mola da suspensão do caminhão e na montagem/desmontagem da bomba d'água.

Isto esclarecido, basta então apenas imprimir investigação sobre se a realização dessas tarefas ditas acessórias culminou na extrapolação ou não dos contornos caracterizadores da função para a qual foi contratado o autor e, por conseguinte, se o foram também os limites do

poder diretivo da reclamada. A perscrutação do arcabouço probatório produzido no caderno processual aponta à conclusão por ser positiva a resposta.

O *'jus variandi'* permite ao empregador impor novas condições de trabalho, adequando a prestação de serviços às suas necessidades atuais, dado o caráter dinâmico das atividades da empregadora. A mesma, entretanto, sofre limitações, especialmente esbarra na falta de consentimento do empregado e/ou no prejuízo da parte hipossuficiente.

Mesmo a falta de previsão em norma coletiva, prevendo a situação de acúmulo de funções, não subtrai do empregado, quando regularmente configurado, o direito ao respectivo acréscimo salarial.

Para resolver essa pretensão, a primeira questão que se coloca é a de se pode ser considerado justo, correto, o exigir-se de um empregado, que pela sua proverbial inferioridade econômica não tem como recusar, faça, execute serviços estranhos ou além daqueles para os quais contratado. Abstração feita da dimensão humana/social da *quaestio*, referida situação leva a que o dador de serviço experiente um enriquecimento injustificado, o que, entende esta relatoria, não se harmoniza com os fins visados e perseguidos pelo direito, em qualquer época.

Nesse passo, útil o evocar-se os ensinamentos do preclaro jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, que, com a elegância de quem domina o assunto sobre o qual discorre, aliada à sólida cultura geral, dilucida que:

“Enriquecimento sem causa é o incremento do patrimônio de alguém, em detrimento do patrimônio de outrem, sem que, para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea. É perfeitamente assente que sua proscrição constitui-se em um princípio geral do direito”. In “O Princípio do Enriquecimento sem Causa em Direito Administrativo”, RDA, vol. 210, out.-dez. 1997, p. 28.

À essa altura, vale lembrar que sempre houve remédio jurídico contra o desvio/acúmulo de função: o princípio que veda o enriquecimento sem causa, reconhecido e existente entre nós, desde o alvorecer do nosso direito; todavia, ainda que se entendesse que, antes da entrada em vigor do vigente Código Civil, não havia o que, no ordenamento jurídico pátrio, pudesse ser invocado para remediar semelhante situação, hodiernamente, o art. 884, do aludido Diploma Legal, dá remédio eficaz para resolver o problema.

Um empregado celebra um contrato de trabalho, por meio do qual se obriga a executar determinado serviço, aí toleradas pequenas variações, vedadas, por óbvio, as que alterem qualitativamente e/ou se desviem, de modo sensível, dos serviços a cuja execução se obrigou o trabalhador; em situações quejandas, caracterizado resta o enriquecimento sem causa, vedado pelo direito, sendo essa, exatamente, a situação desenhada no feito em foco.

Houve alteração nas atribuições do autor, que passou a cumular na mesma jornada de trabalho as tarefas de ajudante de mecânico e ainda levava graxa e óleos para o campo, recebendo em troca tão somente o valor correspondente à função de borracheiro, configurando, pois, o prejuízo de que se mencionou retro, sendo devido, portanto, um adicional que, no caso em tela, reputo como razoável no valor de 20% do salário básico do reclamante, em atenção aos termos do pedido no que expressamente pretendeu fosse utilizada tal base de cálculo, atento à quantidade de dias na semana na função desviada.

Dou provimento ao apelo para condenar a reclamada ao pagamento de diferenças salariais no valor de 20% do salário básico do autor ao longo de todo o contrato de trabalho, com reflexos nas férias acrescidas de 1/3, 13º salário, aviso-prévio, FGTS + 40%, DSRs e adicional noturno.

Dos turnos ininterruptos de revezamento

Impende, primeiro, destacar ter restado superada qualquer controvérsia acerca da prescricibilidade das anotações constantes dos cartões

de ponto juntados com a peça de defesa, já que a conclusão sentencial no específico não foi impugnada nesta sede recursal. Demais a mais, o reclamante decerto não envidou produzir prova que se tenha revelado bastante a afastar a presunção relativa de veracidade de que se revestem tais documentos, o que se pode notar especialmente da oitiva de sua testemunha, que não se dedicou à matéria.

Isto posto, entendo que justamente da análise dos registros de horário extrai-se a conclusão pelo efetivo cumprimento, por parte do obreiro, de jornada entabulada por turnos ininterruptos de revezamento, já que de sua atenta compulsão vê-se que se ativava em jornadas variadas de 07h20min diárias cada, em escala 5 x 1, das 06h00min às 13h20min, das 14h30min às 21h40min, das 07h00min às 15h20min, das 15h20min às 22h40min, das 22h30min às 05h50min, das 05h30 às 12h50min, sem contar a habitual prestação de horas extraordinárias.

Destaco, por oportuno, que o fato de que em alguns períodos do contrato a alternância de turnos não se ter verificado semanalmente, mas em lapsos maiores, como se infere ter ocorrido, por exemplo, em outubro e novembro de 2009, oportunidades em que os turnos noturno e diurno foram alternados de forma tão somente mensal, em nada altera a inferência pela ativação do autor em turnos ininterruptos de revezamento, pois que, do mesmo modo a sujeição a esse tipo de jornada impõe-lhe comprometimento à saúde, ao seu relógio biológico e a sua convivência social e familiar.

É o entendimento do C. TST:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. FREQUÊNCIA TRIMESTRAL DA ALTERAÇÃO DOS HORÁRIOS DE TRABALHO. O Tribunal Regional constatou que o Reclamante laborava em turnos de trabalho que abrangiam os horários diurno e noturno e que a alternância dos turnos ocorria a cada 3 meses. Por entender

que a alternância trimestral dos horários de trabalho não afasta a caracterização dos turnos ininterruptos de revezamento, a Corte de origem decidiu reconhecer a ocorrência desse regime de trabalho e condenar a Reclamada ao pagamento, como horas extras, das horas excedentes da 6ª diária. No recurso de revista, a Reclamada afirma que a alternância trimestral dos horários de trabalho do Reclamante não dá ensejo à configuração de labor em turnos ininterruptos de revezamento e demonstra divergência jurisprudencial quanto à pretensão principal (exclusão da condenação ao pagamento de horas extras). Entretanto, entende-se que a alteração do horário de trabalho a cada 3 meses enseja a caracterização do labor em turnos ininterruptos de revezamento, porque o empregado sujeito a mudanças trimestrais de jornada também sofre prejuízos de ordem física, mental e social, embora em grau menor que aqueles trabalhadores sujeitos a alternância semanal ou mensal. Precedente desta Quarta Turma. (...) (RR-454100-28.2008.5.09.0018, 4ª Turma, relator Ministro Fernando Eizo Ono, DEJT 14.12.2012)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. PERIODICIDADE DA ALTERNÂNCIA DE TURNOS. DESNECESSIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DO REGIME ESPECIAL. PRECEDENTES. NÃO PROVIMENTO. O trabalho em turnos ininterruptos de revezamento ocorre quando o empregado está submetido à alternância de turnos (diurno e noturno), condição que traz prejuízos à sua saúde e que justifica o reconhecimento do seu direito à jornada especial definida no art. 7º, LIV, da Constituição Federal. Para a configuração do mencionado regime é prescindível que a alternância de turnos ocorra em periodicidade semanal, mensal ou qualquer outra predefinida. Precedentes de Turmas e da SBDI-1. (...) (AIRR-44700-81.2008.5.09.0656, 2ª Turma, relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 3.4.2012)

TURNOS ININTERRUPTOS DE TRABALHO. O que caracteriza o turno ininterrupto de revezamento, previsto no art. 7º, XIV, da

Constituição da República, é a mudança de turnos de trabalho. Ora, a mudança de turnos de trabalho, ainda que operada a cada trimestre, acarreta prejuízos à saúde física e mental do trabalhador, desajustando o seu relógio biológico, em decorrência das alterações em seus horários de repouso, alimentação, lazer. Assim, o fato da alternância dos turnos não ser semanal, mas trimestral, não descaracteriza o regime de turnos de revezamento. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido. (RR-153500-89.2000.5.02.0007, 4ª Turma, relatora Ministra Maria de Assis Calsing, DEJT 7.8.2009)

Assim, com arrimo nos próprios registros de ponto, tenho por revelada às escâncaras a jornada praticada pelo obreiro em turnos ininterruptos de revezamento, uma vez que trabalhava nos três períodos do dia (manhã, tarde e noite), em horários variáveis. Neste sentido, tem-se que a Constituição Federal de 1988, nos termos do art. 7º, inciso XIV, alterou a jornada de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, reduzindo-os para seis horas diárias, pelo que tão somente resta averiguar a possibilidade de elastecimento dessa jornada por meio de negociação coletiva.

O labor em turnos ininterruptos de revezamento, em última instância, visa beneficiar o dador de serviço, propiciando-lhe a plena e facilitada realização das suas atividades empresariais, ou, como superiormente dito por Paula Quintas, embora com base e tendo em vista o direito lusitano, mas igualmente aplicável à situação pátria: “O trabalho por turnos surge da necessidade de assegurar um período de funcionamento do estabelecimento que ultrapassa os limites máximos dos períodos normais de trabalho” (*in* “Manual de Direito da Segurança, Higiene e Saúde no Trabalho”, Paula Quintas, Almedina-Coimbra, 2006, p. 179) e, ainda, de realçar que, como muito já se disse e é irrecusável, o trabalho em horários diversos agride o relógio biológico do homem, aqui, apenas para ilustrar, de reproduzir excerto de excelente artigo que, conquanto visando,

especificamente, a vida dos enfermeiros, relativamente ao trabalho noturno, bem se ajusta à *quaestio* ora enfocada, *in verbis*:

“As mudanças nos horários de repouso trazem alterações à maioria das funções fisiológicas e cognitivas, que se expressam de maneira rítmica, e são significativamente perturbadas quando a pessoa dorme o sono principal fora do período normal de repouso, que é o período noturno.

Por isso, consequências destas perturbações não passam despercebidas da imensa maioria de trabalhadores: manifestações de insônia, irritabilidade, sonolência excessiva durante o dia e à noite, durante o trabalho, sensação de ‘ressaca’, fadiga contínua, mau funcionamento do aparelho digestivo. Pode-se ainda observar manifestações mais graves, como o aumento do risco de doenças cardiovasculares, inclusive infarto do miocárdio.” (*in* “O Trabalho Noturno e a Qualidade de Vida dos profissionais de Enfermagem”, artigo de Antonio Carlos Siqueira Júnior, Fernanda Paula Cerantola Siqueira e Bárbara Gisela de Oliveira Gôngora Gonçalves, inserto na “Revista Mineira de Enfermagem”, v. 10, n. 01, Belo Horizonte, janeiro 2006, capturado em 7.5.2009, no <www.portalbvnsenf.eerp.usp.br>)

Sebastião Geraldo de Oliveira, por sua vez assinala que: “O trabalho noturno fixo ou em turnos de revezamento é sempre agressivo, já que o pleno ajustamento dos ritmos circadianos é praticamente impossível. Na realidade, o ritmo de trabalho durante o dia e sono à noite funcionam como um centro de gravidade, que tende a restabelecer a sincronia dos ritmos circadianos nas folgas semanais e nos períodos de férias. Basta dormir uma ou algumas noites no ciclo normal da sociedade para perder todo o período de relativa adaptação ao ritmo invertido. Isso agrava o problema e deixa o trabalhador em angustiante conflito durante tais folgas: seguir o ritmo de trabalho e distanciar da família e da sociedade ou fazer

a opção inversa? Qualquer uma das alternativas traz prejuízos, porém, a ‘marginalização’ familiar e social do trabalhador provoca vários desajustamentos. Os relatos dos turnistas têm demonstrado que os pontos de contato com a família e o cônjuge, nos cruzamentos de horários dos fusos confusos, caracterizam-se mais pelo atrito e menos pelo afeto, sendo frequentes os rompimentos e a desagregação familiar” (*in* Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador, 2010, Editora LTr, p. 161).

Mais adiante o Autor complementa:

“Convém mencionar que deve ser aplicada a jornada reduzida de seis horas sempre que houver alternância de turnos que abranjam, no todo ou em parte, horários diurnos e noturnos, ainda que sejam somente dois turnos de trabalho. A mudança semanal dos horários de trabalho interfere no ritmo circadiano, porque altera constantemente o horário habitual de sono, com prejuízos à saúde do trabalhador. A jurisprudência do TST acabou pacificada, em 2008, nesse sentido:

“TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. DOIS TURNOS. HORÁRIO DIURNO E NOTURNO. CARACTERIZAÇÃO. Faz jus à jornada especial prevista no art. 7º, XIV, da CF/1988 o trabalhador que exerce suas atividades em sistema de alternância de turnos, ainda que em dois turnos de trabalho, que compreendam, no todo ou em parte, o horário diurno e o noturno, pois submetido à alternância de horário prejudicial à saúde, sendo irrelevante que a atividade da empresa se desenvolva de forma ininterrupta.” (TST, SDI-1, OJ n. 360 DJ 14.3.2008.) (Obra citada *supra*, p. 164).

Portanto, bem é de ver, atento ao benefício que tal sistema oferece ao empregador e as consequências negativas que provocam no organismo do trabalhador, a prorrogação do trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, em realidade, não deveria ser permitida, pois não há o que reponha a saúde, bem maior e insubstituível do ser humano.

Monto praça na ideia de que a adequada possibilidade de harmonização dos citados incisos do art. 7º, da Lei Maior, que não faça soçobrar a unidade, a harmonia e a coerência do texto constitucional, será, uma vez ajustada, por negociação coletiva, o aumento da duração do trabalho (já que a CF permite, de modo que estéril qualquer desenvolvimento maior, no particular), além da contrapartida econômica, à altura, eficaz e real, pelo labor a mais que, em decorrência do concerto, será aviado, o que diz com os contratos de trabalho dos empregados atingidos pelo respeitante instrumento coletivo, terão de ser estabelecidos, em cláusulas estipuladas para esse fim, especificamente, procedimentos que disponham dos cuidados a serem observados/tomados, em relação à saúde dos trabalhadores que se ativarem em TIR, cuidados com, *verbi gratia*, a informação (direito que os empregados têm) das possíveis consequências do trabalho realizado em tais condições, com instruções, dadas por quem tem domínio na arte, do que e como se pode tentar obstar as agressões à saúde, avaliações do local de trabalho, com mudanças ergonômicas sempre que novos estudos recomendarem, avaliações na própria residência de cada obreiro, se este aquiescer e/ou desejar, ou ao menos sejam-lhe passadas instruções de como deve proceder quando nela estiver, quanto à iluminação, refrigeração, instalações dos cômodos e demais providências, para que tenha um sono reparador, efetivamente reparador e que reponha suas energias devidamente, exames médicos periódicos, para ver se os obreiros têm condições e podem trabalhar em TIR, maior comunicação empresa-empregado, suporte familiar, com estratégias para ampliar a participação da família desses empregados em eventos, tanto sociais, como educacionais, treinamento físico, moderado, cochilos em determinadas situações/ocasiões e pausas extras durante a duração do trabalho, criteriosa programação de descansos e folgas, e outros, como recomendam autores de escol. A seguir, cito alguns artigos que dão sustentação à presente

fundamentação: Fernanda Veruska Narciso e Maria Christina Ribeiro Pinto, “O Trabalhador em Turno e Noturno na Sociedade Moderna”, coordenador Marco Túlio de Mello, “Trabalhador em Turno – Fadiga”, Editora Atheneu, 2013; Ronaldo Vagner T. dos Santos, Andrea Maculano Esteves, Cristiane Westin Teixeira e Marco Túlio de Mello, “A Saúde do Trabalhador”, coordenador Marco Túlio de Mello, “Trabalhador em Turno – Fadiga”, Editora Atheneu, 2013; José Antonio Ribeiro de Oliveira Silva, “A Flexibilização da Jornada de Trabalho e a Violação do Direito à Saúde do Trabalhador — Uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol”, Editora LTr, 2013.

Considera esta relatoria que, possíveis dificuldades operacionais, com vistas ao atendimento das necessidades retroapontadas, que devam ser atendidas e reguladas em cláusulas de instrumento coletivo, decrescem vertiginosamente em relevância, quando vistas como imprescindíveis (o que realmente são) à saúde, em alargada e atual concepção, do trabalhador, e a sua dignidade como pessoa humana, atento, ainda, as suas repercussões familiares e sociais.

De fixar que os cuidados aqui exemplificativamente apontados, ultrapassam o âmbito dos contratos de trabalho dos trabalhadores envolvidos/representados, porquanto, não se referem a questões apenas obrigacionais, privadas, antes, dizem com a saúde desse trabalhadores, com o que se ingressa no campo do meio ambiente do trabalho, que se faz acompanhar dos princípios e dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que disciplinam o meio ambiente, e que não podem ser limitados por interesses de alguma forma privados, pelo caráter transindividual e também transgeracional que informa esse ramo do direito, que interessa a toda a coletividade e que essa mesma coletividade toda deve defender, observar e fazer cumprir (fácil inferir o quanto pode ser dito/escrito para justificar o quanto vem de ser dito!), ou seja, “A concepção de meio ambiente do trabalho não pode ficar restrita à relação obrigacional,

nem ao limite físico da fábrica, já que a saúde é tópico de direito de massa e o meio ambiente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, é direito constitucionalmente garantido” (Leonardo Rodrigues Itacaramby Bessa, “O Direito Fundamental ao Meio Ambiente de Trabalho Equilibrado de Forma Plena, Eficaz e Efetiva”, coordenadores José Carlos Külzer, Marianna Coutinho Cavalieri, Neiva Marcelle Hiller e Oscar Krost, “Direito do Trabalho Efetivo – Homenagem aos 30 anos da AMATRA 12”, LTr-Amatra 12, 2013, p. 139), de modo que, como salienta Guilherme José Purvin de Figueiredo, “Impõe-se, portanto, afastar qualquer concepção de saúde e segurança do trabalhador como meros apêndices do Direito Individual do Trabalho, tópicos negociáveis em contratos de emprego” (Guilherme José Purvin de Figueiredo, “Direito Ambiental e a Saúde dos Trabalhadores”, LTr, 2. ed., p. 176), questões essas mais desenvolvidas em artigo publicado na *Revista LTr*, ano 78, julho/2014, p. 804/814.

Prosseguindo, de acordo com o entendimento prevalecente, é possível dar validade ao elasticimento da jornada de trabalho alusiva a turnos ininterruptos de revezamento, demandando, correspondente concerto, para sua validade, que seja fruto de efetiva negociação coletiva, mediante concreta e palpável contrapartida, pena de representar, sob a roupagem de uma negociação, mera capitulação dos trabalhadores e desde que tomados os cuidados imprescindíveis logo acima apontados.

A elevação da jornada ordinária de 06h para 7h20 diárias, no regime dos turnos ininterruptos de revezamento, exige, pois, oferta à altura e/ou equivalente de vantagem compensatória ao maior desgaste do trabalhador e que não seja ínfima, mas equivalente, tal contrapartida.

In casu, a recorrida não concedeu contrapartida à altura. Com efeito, mediante a anuência da entidade sindical, o recorrente teve elasticida a jornada no regime de trabalho mais agressivo à sua saúde, em prol dos interesses econômicos da empresa, sem específica e pessoal contraprestação, o que merece ser

revisto para recompor o equilíbrio contratual, pela desconsideração da prejudicial e irregular negociação sindical, em relação ao pessoal submetido ao regime de turnos ininterruptos de revezamento, ainda para prestigiar o princípio da dignidade da pessoa humana e dar observância às disposições legais que cuidam da jornada de trabalho extraordinárias.

De fato, pelo exame dos aludidos acordos coletivos não se pode concluir que o obreiro tenha sido beneficiado com vantagem e/ou direito correspondente ao seu sacrifício, posto que os instrumentos coletivos estipulam o trabalho em tal sistema, mediante contrapartida não condizente com as concessões dos trabalhadores, o que, força é convir, não autoriza se deixe de observar as normas protetoras do trabalho.

As negociações coletivas devem ser prestigiadas quando, como salientado já, resultem em benefícios e vantagens para todos os envolvidos, não quando sirvam apenas para privar os trabalhadores de direitos que lhes são reconhecidos (e a que custo!), como se verificou, *in casu*. Desta diretriz se aproxima a cátedra do já citado Sebastião Geraldo de Oliveira:

“Deve ser afastada a política dos pagamentos de adicionais para compensar agressões dos turnos de revezamento (monetização do risco), como tem ocorrido com alguns acordos coletivos estabelecendo a manutenção da jornada de 8 horas mediante o pagamento do adicional de turno. Os dirigentes sindicais que celebram tais acordos estão, na verdade, prejudicando toda a categoria que deveriam amparar, preferindo o caminho fácil do acréscimo financeiro em troca dos comprovados danos à saúde, que só mais tarde serão constatados. O simples pagamento do adicional não repõe a saúde consumida na fadiga do trabalho, nem restabelece o ritmo circadiano e a harmonia do relacionamento familiar e social do trabalhador noturno...”

Não há cogitar, nesse passo, da incidência da Súmula n. 423 do C. TST, porquanto, como exposto nas linhas transatas, autêntica “negociação coletiva” não houve, mas mera concessão à empregadora, como alhures consignado. Oportuna, a jurisprudência *infra*:

“TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO — NEGOCIAÇÃO COLETIVA — PRESSUPOSTOS PARA VALIDADE — O acordo ventilado nos autos não atende aos mínimos padrões do que se possa qualificar de negociação coletiva, mas trata-se sim um compromisso da empresa pela paga de horas de labor já desenvolvidas pelo trabalhador. Renúncia a direitos garantidos por norma de ordem pública merece sérias restrições, como é o caso dos autos, já que a fixação de jornada de trabalho nada mais é do que norma garantidora da sanidade física, mental e social do trabalhador. Inexiste falar-se na aplicabilidade da Súmula n. 423, do C. TST, uma vez que não se verificou presente a figura da ‘negociação coletiva’, conforme alhures já debatido. Dá-se provimento.” [TRT 15ª Região, Decisão n. 008305/2010-PATR, Processo n. 0131300-60.2007.5.15.0111 RO, 3ª Turma (5ª Câmara), relatora Desembargadora Ana Maria De Vasconcellos, Publicação 26/02/2010, *in site* do E.TRT15].

Consulte *idem*: TRT 4ª Região, Acórdão/Processo n. 0133500-71.2007.5.04.0232 RO, Desembargador Ricardo Carvalho Fraga Data 2.6.2010, *in site* do E. TRT4 e, também, deliberação desta E. 6ª Câmara, na Decisão n. 033390/2009-PATR, Processo n. 0024500-78.2006.5.15.0099 RO, 3ª Turma, 6ª Câmara, relator Desembargador Henrique Damiano Publicação 5.6.2009, *in site* do E. TRT15.

A despeito da Súmula n. 423 do C. TST, de acompanhar ainda a jurisprudência *infra*, oriunda daquela mesma Corte, pelo alto teor didático:

“HORAS EXTRAS. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. JORNADA. FLEXIBILIZAÇÃO. 1. A flexibilização da jornada normal de seis horas para os empregados que laboram em turnos ininterruptos

de revezamento não exime o empregador do pagamento de horas extras excedentes da sexta, acaso exigidas e trabalhadas. 2. Desarrazoado supor que a Constituição Federal garantiu a jornada especial e reduzida de seis horas e, paralelamente, permitiu aos interlocutores sociais, ainda que mediante negociação coletiva, frustrarem os fundamentos sociais, biológicos e econômicos que a ditaram, mediante estipulação de jornada normal superior, sem qualquer contrapartida ao empregado. 3. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.” [TST – Processo: RR – 780871-28.2001.5.04.5555 Data de Julgamento: 14.9.2005, relator Ministro: João Oreste Dalazen (1ª Turma), Data de Publicação: DJ 14.10.2005.]

“AGRAVO DE INSTRUMENTO — Dá-se provimento ao Agravo de Instrumento. RECURSO DE REVISTA. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. ACORDO COLETIVO. EXTRAPOLAÇÃO DA JORNADA DE 36 HORAS SEMANAIS. PREJUDICIALIDADE. SAÚDE. EMPREGADO — O art. 7º, inciso XIV, da Lei Maior, ao contemplar a jornada de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento de 6 horas diárias, permitiu sua ampliação por meio de negociação coletiva. Essa possibilidade de alteração de jornada, contudo, não é ilimitada, pois deve ser observada a compensação ou concessão de vantagens ao empregado. Nunca, porém, a eliminação do direito à jornada reduzida, como se verifica na hipótese. O Acordo Coletivo pode estabelecer turnos ininterruptos de revezamento com jornadas superiores a seis horas, como ocorreu, desde que se observe o limite de 36 horas semanais, pois o limite semanal representa para o empregado a garantia de higidez física, uma vez que a redução do labor em turno ininterrupto de revezamento decorre de condições mais penosas à saúde. O Acordo Coletivo pactuado contrariou as disposições de proteção ao trabalho, porquanto descharacterizou a jornada reduzida vinculada ao turno ininterrupto de revezamento, que é assegurada constitucionalmente pelo limite semanal de 36 horas. Recurso de Revista não conhecido.” [TST – Processo: RR – 813798-

04.2001.5.02.5555 Data de Julgamento: 24.9.2003, relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula (3ª Turma), Data de Publicação: DJ 7.11.2003.]

De todo insuficiente à teoria do conglobamento, pois, no caso concreto, na forma dos acordos coletivos, apenas uma parcela dos integrantes da categoria, os trabalhadores submetidos ao regime de turnos ininterruptos de revezamento, suportaram os ônus correspondentes aos bônus a todos concedidos, o que, para se justificar, para quem entenda viável alguma justificativa, exigiria a demonstração de algum benefício concreto para essa parcela de trabalhadores, pena de restar magoado o princípio da igualdade, de estatura constitucional, mesmo porque, ainda para quem tenha como possível se estabeleça tal cláusula, como concertaram os personagens de um clássico da literatura universal, o aceitável é “um por todos, todos por um”, quando a situação é idêntica para todos, e não, como parece ser o caso, fixar-se o “alguns por todos”.

Igualmente, para que fique claro, não cabe falar do pagamento da hora + adicional + reflexos, porquanto, sendo horista, o apelante, já teve singelamente quitadas as horas excedentes à 6ª hora, sendo devido, apenas, os adicionais normativos - e, na falta, o legal, inclusive o de 100% quanto aos domingos e feriados laborados e não compensados, com reflexos, em face da habitualidade, observado, ainda, o divisor 180 e os dias efetivamente laborados.

Assim, devido o pagamento do adicional de horas extras, normativo e, na falta, o legal, sobre as horas excedentes à 6ª hora diária nos termos do pedido, mais os respectivos reflexos sobre: DSR's, aviso-prévio, férias + 1/3, 13º salário, FGTS + multa 40%. Fica autorizada a dedução de valores comprovadamente pagos sob iguais títulos.

Esclareço, finalmente, que não obstante o tópico recursal ora analisado conter, em seu título, a menção sobre o adicional noturno e o intervalo intrajornada, estas matérias não se

fizeram inserir com especificidade nas razões do apelo e tampouco foram objeto de qualquer pedido recursal, pelo que tenho por não devolvidas à apreciação desta E. Corte.

Colhe parcialmente o apelo no particular.

CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS

Aplicável a Súmula n.381, do C. TST. Portanto, a correção monetária há de incidir a partir do 1º dia do mês subsequente ao da prestação dos serviços. Juros de mora na forma do § 1º do art. 39 da Lei n. 8.117/91.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E FISCAIS

Devida a dedução das contribuições legais, de responsabilidade do reclamante, nos termos da lei.

As contribuições previdenciárias são devidas tanto pelo empregado, quanto pelo empregador, nos termos da legislação, e Provimento CG/TST n. 01/96, art. 3º, e Provimento CG/TST n. 02/93, art. 6º, conforme as respectivas cotas de contribuição, cujo cálculo deverá ser feito tendo como base o somatório das parcelas sujeitas à contribuição, mês a mês, observadas as alíquotas cabíveis, além do limite do salário de contribuição.

Quanto ao imposto de renda, deve ser aplicado o disposto no item II, da Súmula n. 368, do C. TST, em sua atual redação, com a adoção do regime de competência, para determinar que o imposto de renda seja calculado mês a mês, conforme Instrução Normativa n. 1.127/2011, da RFB.

Do questionamento

No que tange à jurisprudência e preceitos apontados como violados para fins de questionamento, nos moldes da Súmula n. 297 do C. TST, diz-se questionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito e, ainda, a teor da OJ-SDI1 n. 118 do C. TST, havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessário contenha nela referência expressa do dispositivo legal para

ter-se como prequestionado este. Declaro, de todo modo, que a presente decisão não perfaz ofensa à literalidade da manifestação de jurisprudência e dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais citados nas razões de recorrer, sendo que, ademais, esta decisão não reconhece a inconstitucionalidade de dispositivo legal qualquer, razão pela qual não há que se falar em inobservância da regra de reserva de plenário (art. 97 da CF) ou da Súmula Vinculante n. 10 do STF.

Por fim, gize-se que ao julgador não incumbe rebater todas as alegações das partes, manifestando-se sobre cada dispositivo legal invocado e cada argumento, mas, tão somente, fundamentar os motivos que o levaram ao deferimento ou não do pedido (art. 131 do CPC), satisfazendo, dessa forma, a orientação do inciso IX do art. 93 da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

DIANTE DO EXPOSTO, decido: **CONHECER** do recurso ordinário interposto por

ADRIANO CORREA NEVES e, no mérito, **O PROVER EM PARTE**, a fim de condenar a reclamada a pagar-lhe diferenças salariais no valor de 20% de seu salário básico ao longo de todo o contrato de trabalho, e reflexos nas férias acrescidas de 1/3, 13º salário, aviso-prévio, FGTS + 40%, DSRs e adicional noturno, bem assim para condená-la ao pagamento de adicional de horas extras, normativo e, na falta, o legal, sobre as horas excedentes à 6ª hora diária e respectivos reflexos sobre DSRs, aviso-prévio, férias + 1/3, 13º salário, FGTS + multa 40%, mantendo, no mais, inteiramente a decisão da instância primeira, tudo nos termos da fundamentação *supra*.

Arbitro à condenação o importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e às custas processuais o valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), a cargo da reclamada, em reversão.

Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani
Desembargador relator

Sentenças

Vara do Trabalho de Macapá – AP

Processo: 0011513-40.2013.5.08.0202

Reclamante: Maria das Graças Trindade Freitas

Reclamados: Unidade Descentralizada de Execução da Educação — UDE
Estado do Amapá

1. Relatório

A reclamante Maria das Graças Trindade Freitas ajuizou reclamação trabalhista em face da Unidade Descentralizada de Execução da Educação — UDE (1ª reclamada) e Estado do Amapá (2ª reclamada), postulando diferença salarial decorrente de norma coletiva, hora intrajornada, adicional de insalubridade, indenização por dano moral, férias + 1/3, vale-transporte e vale-alimentação. Requer que a 2ª reclamada seja responsável subsidiária, bem como requer os benefícios da Justiça Gratuita. Juntou documentos.

Atribuíu à causa o valor de R\$ 67.222,14 (Sessenta e sete mil duzentos e vinte e dois reais e quatorze centavos).

Em audiência inaugural (id Num. 445644), a 1ª reclamada apresentou defesa oral e anexou documentos (id Num. 445046); a 2ª reclamada apresentou contestação (id Num. 443434) e não anexou documentos; foi determinada inclusão do Ministério Público do Trabalho como fiscal da lei e que os demais processos que envolvessem UDE/Caixa Escolar e o Estado do Amapá tivessem tramitação conjunta com este.

Em audiência de prosseguimento (id Num. 583273), foi tomado o depoimento das partes e concedido prazo para apresentação de parecer pelo Ministério Público do Trabalho.

O MPT anexou manifestação e documentos (id Num. 657554).

Em nova audiência de prosseguimento (id 691144) foi determinada a expedição de Mandado de Diligência à Secretaria Estadual de Educação, para apresentar demonstrativos dos repasses financeiros da UDE dos últimos anos e a oitiva do Delegado Leandro Vieira Leite.

A Secretaria cumpriu o que lhe foi determinado através dos documentos de id 859227 e seguintes.

Foi determinada a expedição de Mandado de Diligência para que fossem apresentados os convênios firmados entre o Estado do Amapá e as Caixas Escolares/UDE (id 1227431).

A Secretaria de Educação apresentou resposta através de ofício e documentos (id 1478183, fdf275e, abf6696, e4fb7c4, 0d601ed, 4d4e4ba, 06a3daa, 850d2db). Após a juntada desses documentos, o MPT apresentou nova manifestação (id 0e5d0f6).

Razões finais escritas pelo autor (id a2efb5b), remissivas pela 2ª reclamada e prejudicadas pela 1ª reclamada que não compareceu à audiência de encerramento (id 6768f80).

Propostas conciliatórias infrutíferas.

É o Relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

ILEGITIMIDADE PASSIVA

A 2ª reclamada arguiu ilegitimidade passiva, pois não manteve vínculo com a reclamante, mas convênio com a 1ª reclamada.

Em uma análise da questão segundo a teoria da asserção, verifico que a petição inicial é clara ao apontar a 2ª reclamada como devedora da relação jurídica de direito material, em virtude da relação mantida com a reclamante e com a 1ª reclamada, sendo razão suficiente para mantê-la como parte na lide.

Ademais, a análise perfunctória a respeito da sua situação como parte dessa relação requer introdução no mérito da demanda, o que não cabe em sede de preliminar.

Dito isso, rejeito a preliminar suscitada.

MÉRITO

A reclamante narra que foi admitida pela 1ª reclamada em 23 de abril de 2010, na função de cozinheira geral, sendo que a 1ª reclamada prestaria serviços na área de limpeza e alimentos para a 2ª reclamada, a qual é mantenedora financeira da 1ª reclamada, ambos se beneficiando diretamente do labor desempenhado pela obreira.

A 1ª reclamada se atém a contestar as pretensões de direito material pretendidas pela demandante, mas junta o Termo de Ajuste de Conduta celebrado entre a UDE e o MPT.

A 2ª reclamada contesta dizendo que mantém convênio com a 1ª reclamada, através da SEED, cujo objetivo é ajudar financeiramente a instituição para o funcionamento pleno (eficiente e criativo) dos centros didáticos e de suas unidades executoras (caixas escolares) nos aspectos do fornecimento de merenda escolar, transporte escolar, aquisição de material didático-pedagógico, conservação e manutenção física da escola, aquisição de materiais de consumo e serviços, proposto pela organização interessada onde se viabilizou o presente acordo, atraindo a aplicação da OJ n. 185 da SDI-I do TST, sendo inaplicável a Súmula n. 331, IV, do TST.

Da simples leitura das peças processuais produzidas pelas partes, salvo quanto ao TAC anexado, não é possível vislumbrar os verdadeiros limites da lide, pois, aparentemente,

trata-se de um típico caso de terceirização de serviços em que o trabalhador reclamada seus direitos lesados por uma empresa privada.

Todavia, o processo do trabalho encontra alicerce no princípio da busca da verdade real e nesse desiderato foi formada a presente instrução processual.

O parecer do Ministério Público do Trabalho (id 657554) defende a nulidade do contrato de trabalho da reclamante.

De fato, a administração pública deve contratar pessoas em observância ao que dispõem o art. 37, II e XXI, da Constituição Federal, isto é, como versou o MPT, as contratações são juridicamente reguladas e estão submetidas a regimes normativos diferenciados a depender do grau de responsabilidade (nível político, administrativo-burocrático, atividade instrumental não burocrática), natureza jurídica do ente público tomador do serviço (regime de direito público ou privado) e tipo de vínculo (vínculo direto por meio de concurso, nomeação para cargo em comissão, contratação por empresa interposta).

Nesse diapasão, é primordial verificar em quais dessas hipóteses se enquadraria a contratação de trabalhadores por meio de UDE/Caixas Escolares. De antemão há de se excluir as duas primeiras hipóteses verificadas (contratação por concurso público ou nomeação para cargo de confiança). Passo então a analisar se a hipótese é efetivamente de terceirização dos serviços.

A terceirização é um tipo de técnica de produção em que já transferência de atividades-meio para outras empresas, proporcionando um direcionamento maior de recursos intelectuais ou financeiros à atividade-fim, possibilitando, dentre outras vantagens, a redução da estrutura operacional, a diminuição de custos, a economia de recursos e desburocratização da administração. A terceirização exige a figura do “terceiro”, aquele para quem, no campo de administração de empresas, é descentralizada as atividades.

O MPT explica, na manifestação, que há um Caixa Escolar para cada unidade educacional da administração do Estado do Amapá; e a UDE para coordenar a contratação e administração de pessoal destes Caixas Escolares, no âmbito da Secretaria de Estado de Educação — SEED. E, ainda, que apesar de cada um dos Caixas Escolares possuir inscrição própria no CNPJ/MF, os seus estatutos são praticamente idênticos, conforme documentos de id 657557.

A UDE se autointitula associação sem fins lucrativos, mas não basta criar um estatuto e se autointitular associação sem efetivamente sê-lo. Associação é uma reunião ou agrupamento de pessoas para realização e consecução de objetivos comuns, sem finalidade lucrativa. Nesse sentido é o art. 53 do Código Civil.

No caso dos autos, a UDE foi criada unicamente para intermediar mão de obra para o Estado do Amapá, sendo ele seu único mantenedor, consoante documento de id 657601.

Verifico nas planilhas juntadas aos autos (id 859227, 859237, 859248, 859264, 859340, 859351, 859363, 859278, 859453, 859464, 859472, 859478, 859489, 859522, 859527) que em 2009 foram consumidos Unidade Descentralizada de Execução da Educação — UDE recursos do Estado do Amapá no importe de R\$ 28.513.525,60; no ano de 2010 foram consumidos Unidade Descentralizada de Execução da Educação — UDE recursos do Estado do Amapá no importe de R\$ 34.689.095,00; no ano de 2011 foram consumidos Unidade Descentralizada de Execução da Educação — UDE recursos do Estado do Amapá no importe de R\$ 54.490.054,70; no ano de 2012 foram consumidos Unidade Descentralizada de Execução da Educação — UDE recursos do Estado do Amapá no importe de R\$ 55.493.553,25; no ano de 2013 foram consumidos Unidade Descentralizada de Execução da Educação — UDE recursos do Estado do Amapá no importe de R\$ 45.978.227,92.

Esses recursos tiveram origem do FUNDEB, dos Recursos de Transferência da União

(FPE, IPI, ISO, ICMS-EX, CFRH, CFRM e OUTROS), e Recursos Próprios — RP (IPVA, IRRF, ITCD, ICMS, TEPP, TPS, RI.RVM, ORP, RS, MJM, OI, OR e RDA) para pagamento de pessoal e dívidas trabalhistas. Embora os Convênios de 2008 a 2012 entre SEED e UDE (id fdf275e, abf6696, e4fb7c4, 0d601ed, 4d4e4ba, 06a3daa) disponham que os recursos seriam provenientes apenas das dotações orçamentárias da SEED.

Quanto às Caixas Escolares, estas são receptoras dos recursos do PDDEE — Programa Dinheiro Direto na Escola Estadual, com base na Lei n. 11.947/2009 e Portaria n. 53/2014 da SEED (id 1478198), cujos regramentos legais foram precedidos pela Lei n. 9.424/96 e Medida Provisória n. 2.100-30, de 23/03/2001. O art. 4º dessa portaria é claro ao dispor que os recursos do PDDEE serão destinados às escolas públicas por meio das Unidades Executoras, responsáveis pelo recebimento, execução e prestação de contas dos recursos transferidos.

Em manifestação, o MPT (id 0e5d0f6) argumenta que os referidos convênios entre SEED e UDE serviam apenas para custear despesas para pagamento de pessoal com recursos públicos.

O MPT assevera que o Estado do Amapá praticou ilicitude ao fazer recrutamento de pessoal sem a realização de concurso público, vindo a ajuizar ação civil pública, processo n. 1410-2004-205-08-00, que tramitou perante a 4ª Vara do Trabalho de Macapá, sendo que, no bojo da referida ação, foi entabulado, em 3.11.2004, acordo judicial (homologado em 13.12.2004) em que o Estado do Amapá comprometeu-se a realizar concurso, inclusive, para os cargos ora ocupados pelos empregados da UDE, até 30.11.2005, bem como a rescindir todas as contratações irregulares por meio dos caixas escolares. Subsequentemente, em 6.3.2006, o Estado do Amapá celebrou um segundo acordo com o Ministério Público do Trabalho, em que reconheceu expressamente

a ilicitude do contrato mantido em desconformidade com o primeiro acordo judicial (Cláusula Terceira) e assumiu o compromisso que realizar até 30.6.2007 concurso público para os cargos de serventes, merendeiros e auxiliares de serviços gerais, ora ocupados por empregados da UDE.

Não obstante a existência do título judicial transitado em julgado, o MPT afirma que o Estado tinha completo discernimento da ilicitude dessas contratações e mesmo assim optou por perpetuá-las durante anos seguidos na Administração Pública Estadual, consoante documentos de id 657555, 657556 e o TAC de id 657608 celebrado em 2013 pelo MPT com UDE e Estado do Amapá.

Concluo, então, que não se trata de terceirização, pois a UDE é uma falsa associação e as Caixas Escolares têm finalidade específica instituída pelas normas supracitadas e que não se coadunam com a contratação de pessoal ou terceirização de mão de obra.

Em depoimento pessoal, a reclamante afirma: (...) *que foi contratada pela UDE; que trabalha especificamente na Escola Estadual Tiradentes; que nessa escola existem trabalhadores da UDE e do Caixa Escolar; que a depoente ficou sabendo que UDE não é uma associação e sim uma empresa; que a depoente chegou até a UDE através do Diretor Haroldo; (...) que o Sr. Haroldo pegou o nome da depoente e encaminhou o nome da mesma à Secretaria Estadual de Educação; que dentro de 01 mês a depoente foi selecionada e levou os seus documentos à Secretaria de Educação; (...) que continua trabalhando na Escola Estadual Tiradentes, de forma contratada e remunerada pela UDE; que cerca de 20 pessoas da UDE e Caixa Escolar, prestam serviços na caixa escolar Tiradentes; que esta mesma situação se repete nas escolas estaduais no Município de Macapá; que não sabe dizer se a UDE ou caixa escolar contratou algum funcionário novo para trabalharem no caixa escolar; que a diretora da escola estadual*

Tiradentes é quem coordena o serviço das merendeiras; que as merendeiras recebem ordens e são subordinadas às diretoras da escola (Diretora e Vice-diretora); que quando a depoente precisa se ausentar ou sair mais cedo para se ausentar, a mesma pede autorização para a Diretora da Escola; que a depoente não tem qualquer contato com a UDE; que o seu pagamento é depositado em sua conta-corrente; que o único contato que a depoente tem com a UDE é que após 03 meses se dirige a sede da UDE para receber o seu contracheque em original; que a conversa com o Sr. Haroldo que iniciou sua contratação foi no ano de 2010; que o Sr. Haroldo é da Escola Estadual Amapaense; que a escola em que a depoente trabalha é a Escola Tiradentes, sendo que esta diretora é a Sra. Meire; que independentemente da mudança da diretoria da escola, a depoente sempre esteve subordinada e sempre recebeu ordens do diretor e vice-diretor da escola; que todas as pessoas que trabalham para a escola Estadual, por meio da UDE ou caixa escolar estão subordinadas e recebem ordens do diretor ou vice-diretor da escola.

Em depoimento pessoal, o preposto da 1ª reclamada disse: *que a UDE é uma instituição constituída pelo Estado para prestar serviços ao Estado do Amapá, sendo uma associação sem fins lucrativos; que o Estatuto da UDE utiliza a expressão “associado”, porém não sabe dizer se as pessoas que prestam serviços como merendeiras ou serventes são associados; que estas pessoas recebem pagamento da UDE como empregados; que até 2011/2012 a indicação para contratação das pessoas para trabalharem e serem remuneradas pela UDE era mediante a indicação do Secretário de Educação do Estado do Amapá; que essa indicação era do secretário Adalto Bittencourt, que ficou longo período como Secretário de Educação do Estado do Amapá; que essa determinação a depoente não lembra ao certo como era o formato, mas parece que era por ofício ou memorando do Secretário Estadual de Educação; que com este documento já autorizando e determinando a contratação, já vinha acompanhado dos currículos e dados pessoais*

das pessoas beneficiadas com a contratação; que a depoente não sabe dizer se havia interferência política de deputados, vereadores para a contratação das merendeiras e serventes da UDE; que não sabe ao certo como era a contratação do caixa escolar, pois o caixa escolar contratou até o ano de 2008, porém, acredita que a prática de contratação era semelhante à narrada quando o contratante era a UDE; que no caixa escolar do interior, quando há necessidade de contratação, em razão das dificuldades de pessoas a serem contratadas, geralmente o diretor se reúne com a comunidade e já indica o nome da pessoa a ser contratada; que no caso das escolas da capital, em razão da facilidade de contratação, o diretor apenas indica a necessidade de determinada função e, posteriormente, essa necessidade é informada à Secretaria de Estado e sendo aprovado pela Secretaria de Educação, a presidente da UDE realiza a contratação; que nessa contratação, a presidente da UDE escolhe quem será contratado dentre os currículos que se encontram arquivados na UDE; que essa prática, o caso dos caixas escolares, são adotados até 2008, pois antes quem indicava os nomes era o diretor de cada caixa escolar; que caso a contratação fosse feita pela UDE diretamente, até 2011 a indicação era feita pelo secretário estadual de educação e, após 2011 a contratação passou a ser feita pela UDE por meio de deliberação da presidente da própria UDE; que por volta de 2012 ou 2013 foi cumprido um Mandado de Busca e Apreensão na sede da UDE, onde foram apreendidos diversos documentos, por determinação da Justiça Estadual; que a depoente não sabe dizer se no meio dos documentos apreendidos havia indicação de políticos de contratação de empregados da UDE; que a UDE funciona no prédio da Secretaria de Educação do Estado do Amapá; que a UDE fica em um anexo no final do prédio da Secretaria de Educação; que a presidente da UDE é quem decide pela contratação, sob a autorização da Secretária de Educação; que quem dirige a UDE é o presidente e o gerente (secretário); que esses cargos são de nomeação do Governador do Estado do Amapá, conforme o Estatuto; que

na diretoria da UDE não composição de pais de alunos; que acredita que os membros da diretoria da UDE são associados da UDE; que não sabe dizer se há algum tipo de contribuição associativa de membros ou associados; que a UDE é mantida exclusivamente de repasses de verbas diretamente do Governo do Estado do Amapá; que a depoente trabalha para a UDE desde 1º.3.2010; que a depoente foi contratada mediante a entrega de currículo na assessoria de desenvolvimento institucional, onde funciona a administração da UDE; que a depoente não prestou concurso público para ingressar no serviço para UDE; que trabalham na UDE cerca de 30 pessoas, nesse apoio logístico administrativo; que atualmente, nenhuma dessas 30 pessoas é servidor público, porém, houve no passado pessoas que exerceram essas atividades que eram servidores públicos; que os merendeiros e serventes que prestam serviços para as escolas estaduais, sejam vinculados à UDE, sejam vinculados ao caixa escolar recebem ordens e são subordinados aos diretores ou vice-diretores das respectivas escolas estaduais; que alguns desses diretores também são presidentes dos caixas escolares; que pode ocorrer de um funcionário passar 06 meses sem ir para a UDE ou ir apenas para receber o contracheque, quando este é depositado em conta; que os empregados da UDE que trabalham na escola estadual, têm sua jornada de trabalho controlada pelos respectivos diretores das escolas estaduais; que a depoente não teve qualquer tipo de indicação política para adentrar da UDE; que qualquer associado do Caixa Escolar, inclusive pais de alunos, podem ser eleitos a presidentes da caixa escolar; que é o diretor das escolas estaduais que faz as avaliações de merendeiros e serventes; que hoje não sabe dizer como são feitas estas avaliações, mas estas são encaminhadas à UDE; que quando o diretor da escola estadual verifica que o trabalho da merendeira ou do servente não está sendo feito de forma correta, comunica por ofício à direção da UDE, inclusive anexando folhas de ponto, se for o caso de faltas injustificadas e, então o documento vai até o parecer jurídico da UDE e, sendo concluído

pelo desligamento ou dispensa, a UDE faz o desligamento; que a ordem que direcionada da UDE para o diretor da escola refere-se quanto à determinação das férias dos funcionários da UDE; que nestas situações, a UDE comunica ao diretor o período em que os trabalhadores terão férias; que a UDE contrata as merendeiras e serventes para trabalharem 44 horas semanais, porém, o ajuste do horário a ser cumprido é feito pelos respectivos diretores das escolas; que todos os trabalhadores das caixas escolares e da UDE são celetistas; que a UDE existe desde 2007 e os caixas escolares desde 1997; que antes esse serviço era realizado por empresas terceirizadas; que na rescisão dos funcionários da UDE são pagos os direitos fixados na legislação celetista; que a UDE trabalha com limpeza, conservação da escola e preparação de alimentos para os alunos; que após o TAC feito com o MPT o pagamento da rescisão é de apenas dos dias trabalhados e o FGTS sem a multa de 40%; que as pessoas que trabalham para a Escola Estadual por meio da UDE tem a CTPS anotada pela direção da UDE; que quem realiza esse serviço para a caixa escolar tem a CTPS anotada pela direção do caixa escolar; que o pagamento desses trabalhadores, seja da UDE ou da caixa escolar, é feito com o dinheiro do Estado do Amapá, por meio da UDE, pois o dinheiro que a caixa escolar recebe do Governo Federal ou Estadual não pode ser utilizado para pagamento de salários, sendo utilizado em projetos específicos de fomento à Educação como por exemplo o programa Mais Educação, na qual são feitos projetos para atividades educacionais na escola; que a depoente cursa a graduação; que a depoente nunca presenciou assembleias de caixas escolares.

Ora, o direito do trabalho é regido pelo contrato realidade (art. 9º da CLT), de modo que é de menor relevância a roupagem formal da contratação da reclamante, de fato ela prestava serviços para o Estado do Amapá e era a este diretamente subordinado, recebendo salário pago diretamente pelo Estado do Amapá, embora com recursos que deveriam ter outra destinação.

Sobre o assunto, a Lei n. 11.947/2009 e a Resolução/CD/FNDE n. 10, de 18 de abril de 2013, deixam claro que as Caixas Escolares e UDE são pessoas jurídicas representativas das escolas estaduais para recebimento de recursos financeiros do FNDE (Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação), operacionalizando o Programa “Mais Educação”, cuja finalidade é específica e proíbe a utilização de tais recursos com gastos de pessoal.

Lei n. 11.947/2009:

Art. 22. O Programa Dinheiro Direto na Escola — PDDE, com o objetivo de prestar assistência financeira, em caráter suplementar, às escolas públicas da educação básica das redes estaduais, municipais e do Distrito Federal, às escolas de educação especial qualificadas como beneficentes de assistência social ou de atendimento direto e gratuito ao público, às escolas mantidas por entidades de tais gêneros e aos polos presenciais do sistema Universidade Aberta do Brasil — UAB que ofertem programas de formação inicial ou continuada a profissionais da educação básica, observado o disposto no art. 25, passa a ser regido pelo disposto nesta Lei. (Redação dada pela Lei n. 12.695, de 2012)

§ 1º A assistência financeira a ser concedida a cada estabelecimento de ensino beneficiário e aos polos presenciais da UAB que ofertem programas de formação inicial ou continuada a profissionais da educação básica será definida anualmente e terá como base o número de alunos matriculados na educação básica e na UAB, de acordo, respectivamente, com dados do censo escolar realizado pelo Ministério da Educação e com dados coletados pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior — CAPES, observado o disposto no art. 24. (Redação dada pela Lei n. 12.695, de 2012)

§ 2º A assistência financeira de que trata o § 1º será concedida sem a necessidade de celebração de convênio, acordo, contrato, ajuste ou instrumento congêneres, mediante crédito do valor devido em conta bancária específica:

I – diretamente à unidade executora própria, representativa da comunidade escolar,

ou àquela qualificada como beneficente de assistência social ou de atendimento direto e gratuito ao público;

II – ao Estado, ao Distrito Federal ou ao Município mantenedor do estabelecimento de ensino, que não possui unidade executora própria.

Art. 23. Os recursos financeiros repassados para o PDDE serão destinados à cobertura de despesas de custeio, manutenção e de pequenos investimentos, que concorram para a garantia do funcionamento e melhoria da infraestrutura física e pedagógica dos estabelecimentos de ensino.

Resolução/CD/FNDE n. 10, de 18 de abril de 2013:

Art. 4º Os recursos do programa destinam-se à cobertura de despesas de custeio, manutenção e pequenos investimentos que concorram para a garantia do funcionamento e melhoria da infraestrutura física e pedagógica dos estabelecimentos de ensino beneficiários, devendo ser empregados:

I – na aquisição de material permanente;

II – na realização de pequenos reparos, adequações e serviços necessários à manutenção, conservação e melhoria da estrutura física da unidade escolar;

III – na aquisição de material de consumo;

IV – na avaliação de aprendizagem;

V – na implementação de projeto pedagógico; e

VI – no desenvolvimento de atividades educacionais.

§ 1º É vedada a aplicação dos recursos do PDDE em:

I – implementação de outras ações que estejam sendo objeto de financiamento por outros programas executados pelo FNDE, exceto aquelas executadas sob a égide das normas do PDDE;

II – gastos com pessoal;

III – pagamento, a qualquer título, a: agente público da ativa por serviços prestados, inclusive consultoria, assistência técnica ou assemelhados; e empresas privadas que tenham em seu quadro societário servidor público da ativa, ou empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, por serviços prestados, inclusive consultoria,

assistência técnica ou assemelhados; cobertura de despesas com tarifas bancárias; e dispêndios com tributos federais, distritais, estaduais e municipais quando não incidentes sobre os bens adquiridos ou produzidos ou sobre os serviços contratados para a consecução dos objetivos do programa.

§ 2º Os recursos do PDDE, liberados na categoria de custeio, poderão ser utilizados, também, para cobrir despesas cartorárias decorrentes de alterações nos estatutos das Unidades Executoras Próprias (UEX) definidas na forma do inciso II, do art. 5º, bem como as relativas a recomposições de seus membros, devendo tais desembolsos ser registrados nas correspondentes prestações de contas.

Art. 5º Os recursos do PDDE serão destinados às escolas e aos polos, de que tratam os incisos I, II e III do art. 3º, por intermédio de suas Entidades Executoras (EEX), Unidades Executoras Próprias (UEX) e Entidades Mantenedoras (EM), assim definidas:

Entidade Executora (EEX) — prefeituras municipais e secretarias distritais e estaduais responsáveis pela formalização dos procedimentos necessários ao recebimento, execução e prestação de contas dos recursos do programa, destinados às escolas de suas redes de ensino que não possuem UEX, bem como pelo recebimento, análise e emissão de parecer das prestações de contas das UEX, representativas de suas escolas ou dos polos presenciais da UAB a ela vinculados;

Unidade Executora Própria (UEX) — entidade privada sem fins lucrativos, representativa das escolas públicas e dos polos presenciais da UAB, integrada por membros da comunidade escolar, comumente denominada de caixa escolar, conselho escolar, colegiado escolar, associação de pais e mestres, círculo de pais e mestres, dentre outras entidades, responsáveis pela formalização dos procedimentos necessários ao recebimento dos repasses do programa, destinados às referidas escolas e polos, bem como pela execução e prestação de contas desses recursos; e

Entidade Mantenedora (EM) — entidade privada sem fins lucrativos, qualificada como beneficente de assistência social, ou de

atendimento direto e gratuito ao público, representativa das escolas privadas de educação especial, responsáveis pela formalização dos procedimentos necessários ao recebimento dos repasses do programa, destinados às referidas escolas, bem como pela execução e prestação de contas desses recursos.

Os regramentos anteriores, Lei n. 9.424/96 e Medida Provisória n. 2.100-30, de 23.3.2001, tampouco autorizam esse tipo de conduta do Estado.

Concluo então que o Estado do Amapá, através de pessoas jurídicas interpostas, criadas ilicitamente e com fins ilícitos, fez contratação direta de pessoal, à margem do regramento constitucional, desviando recursos que deveriam ser utilizados de forma vinculada em benefício da educação.

Ressalto que a educação é um direito social, preceituado nos arts. 6º e 205 da Constituição Federal, sendo direito de todos e dever do Estado e da família. A utilização indevida da verba pública, inclusive quanto à verba do FUNDEB, para contratação direta de pessoal sem concurso público, só beneficia os anseios políticos dos governantes e dos trabalhadores que obtêm de forma mais fácil um emprego. A ÚNICA prejudicada com essa fraude é a SOCIEDADE que vê perpetuar essa prática ilícita. E, ainda, restam prejudicados os alunos, pois é fato público e notório⁽¹⁾ que os bloqueios via BACENJUD das contas das caixas escolares e UDE, nas execuções perante a Justiça do Trabalho, suprimem o fornecimento da merenda escolar e prejudica a manutenção das escolas, algo de importância social eminente, já que muitos desses alunos a têm como única refeição do dia e merecem instalações adequadas para o estudo.

(1) Disponível em: <http://www.portalamazonia.com.br/jornais/inadimplencia-dos-caixas-escolares-tem-deixado-escolas-com-dificuldades-para-comprar-merenda/file:///C:/Users/Katarina/Downloads/noticia_23066238.pdf> e <<http://www.cbnfz.com.br/editorial/brasil/amapa/25062014-160948-no-ap-bloqueio-de-conta-do-caixa-escolar-gera-protesto-de-estudantes>>.

Diante do exposto, considero que o reclamante tem vínculo contratual com o Estado do Amapá, na forma da Súmula n. 331, I, do TST, portanto, o contrato de trabalho existente entre as partes é nulo, atraindo tão somente a aplicação da Súmula n. 363 do TST, salário e FGTS (art. 19-A da Lei n. 8.036/90), no que não se enquadra o pleito da autora.

Sendo assim, julgo improcedentes todas as parcelas pleiteadas na petição inicial.

JUSTIÇA GRATUITA

Defiro, uma vez que requerido pela autora, com base no art. 790, § 3º, parte final, da CLT.

COMUNICAÇÕES

Com base nas constatações do capítulo anterior, em que considero a existência de fraude, desde a instituição da UDE e Caixas Escolares, com utilização de recurso público federal do FUNDEB para contratação de pessoal sem concurso público, causando dano ao erário público e a violação dos princípios da Administração Pública consagrados na Constituição Federal, especialmente por não se tratar de típica terceirização, ou seja, aparentemente não teria se enquadrado no art. 18, §1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Tais ilicitudes podem ensejar no que dispõe a Lei de Improbidade (Lei 8.429/2002). Assim, nos termos do art. 40, do Código de Processo Penal, deve a Secretaria, independente do trânsito em julgado, oficial ao Tribunal de Contas do Estado, ao Tribunal de Constas da União, ao Ministério Público do Estado, ao Ministério Público Federal e ao Ministério da Educação, dando ciência desta sentença e anexando os documentos de ID 302956, 445046, 583273, 657554, 657555, 657556, 657557, 657562, 657569, 657572, 657575, 657590, 657601, 859227, 859237, 859248, 859264, 859278, 859340, 859351, 859363, 859453, 859464, 859472, 859478, 859489, 859500, 859508, 859516, 859522, 859527, 1478183, 1478189, 1478198, 1478206, 1478214, fd6bc99, 43525a7, fdf275e, abf6696, e4fb7c4, 0d601ed, 4d4e4ba,

06a3daa, 850d2db, 0e5d0f6, a2efb5b, a fim de que adotem as medidas cabíveis.

3. CONCLUSÃO

ANTE O EXPOSTO E TUDO MAIS QUE DOS AUTOS MARIA DAS GRAÇAS TRINDADE FREITAS EM FACE DE UNIDADE DESCENTRALIZADA DE EXECUÇÃO DA EDUCAÇÃO — UDE (1ª RECLAMADA) E ESTADO DO AMAPÁ (2ª RECLAMADA). DECIDO REJEITAR A PRELIMINAR SUSCITADA PELA 2ª RECLAMADA E JULGAR TOTALMENTE IMPROCEDENTES OS PEDIDOS ELENCADOS NA PETIÇÃO INICIAL. DETERMINO SEJAM EXPEDIDOS OS OFÍCIOS, INDEPENDENTE DE TRÂNSITO

EM JULGADO. CONCEDO À RECLAMANTE OS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. TUDO NOS TERMOS E LIMITES DA FUNDAMENTAÇÃO. CUSTAS PELA RECLAMANTE NO IMPORTE DE R\$ 1.344,44 (HUM MIL E TREZENTOS E QUARENTA E QUATRO REAIS E QUARENTA E QUATRO CENTAVOS), CALCULADAS SOBRE O VALOR DA CAUSA, ISENTO O RECLAMANTE. EM FACE DA PROLAÇÃO ANTECIPADA DA SENTENÇA, NOTIFIQUE-SE AS PARTES, INCLUSIVE O MPT. NADA MAIS.

Macapá/AP, 23 de julho de 2014.

Katarina Roberta Mousinho de Matos Brandão
Juíza do Trabalho Substituta

1ª Vara do Trabalho de Nova Lima – MG

Processo: 0010742-11.2014.5.03.0091

Autora: Organização Verdemar Ltda.

Réu: União Federal

Ata de Audiência Relativa ao Processo n. 0010742-11.2014.5.03.0091

Aos 14 dias do mês de outubro de 2014, às 16h04min, na sede da 1ª Vara do Trabalho de Nova Lima/MG, sob o exercício jurisdicional do Juiz Titular do Trabalho, VICENTE DE PAULA MACIEL JUNIOR, realizou-se a audiência de julgamento da AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO ajuizada por ORGANIZAÇÃO VERDEMAR LTDA. em face de UNIÃO FEDERAL.

Aberta a audiência, foram apregoadas as partes. Ausentes.

Submetido o processo a julgamento, proferiu-se a seguinte sentença:

1 – RELATÓRIO

ORGANIZAÇÃO VERDEMAR LTDA., devidamente qualificada, ajuizou ação anulatória de ato administrativo em face de UNIÃO FEDERAL, aduzindo, em síntese, que a Delegacia Regional do Trabalho, mediante ação de Auditores Fiscais do Trabalho, realizou ação de fiscalização no período de 4.2.2013 a 13.3.2013, abrangendo dois locais de trabalho e uma casa alugada pela empresa autora para moradia de 13 empregados, constando, ao final, 12 autos de infrações contra ela, em virtude de alegadas irregularidades. Dentre eles, a autora faz considerações específicas quanto ao auto de infração n. 024.618.92-6, aduzindo, em síntese, que o auditor fiscal do trabalho entendeu configurada condição degradante de trabalho, concluindo, no campo capitulação,

pela infringência do art. 444 da CLT, o que, a seu ver, resultaria nulidade do auto de infração, em razão da ausência de expressa tipificação do art. 149 do Código Penal, o que importaria violação ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CR) e aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CR).

Pede, com isso, o deferimento de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional para determinar a exclusão do nome da autora da lista suja prevista na Portaria n. 02/2011 do MTE, até os trâmites finais, sob pena de multa diária e ao final seja declarado nulo o auto de infração 024.618.92-6, elidindo qualquer sanção que decorra do ato administrativo, descaracterizando o enquadramento da hipótese fiscalizada como espécie de trabalho escravo (art. 139 do CP), com exclusão do nome da requerente da “lista suja” do MTE. Sucessivamente requer a determinação de emissão pelo órgão administrativo (DRT) de novo auto de infração, com a devida capacitação (art. 139 do CP) e a intimação da autora para apresentação de defesa. Deu à causa o valor de R\$ 500.000,00. Juntou documentos e procuração.

Deferida a liminar (Id 17c1548) para determinar que a ré exclua, no prazo de 10 dias, a inscrição do nome da autora da lista prevista na Portaria n. 02/2011 do MTE em decorrência das autuações discutidas nestes autos, até os trâmites finais desta demanda, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), até o limite de R\$ 500.000,00.

A União apresentou defesa (Id 160f81c), impugnando as pretensões da autora, conforme

razões fático-jurídicas ali expostas, sustentando a legalidade do ato administrativo e pugnando pela revogação da liminar.

É, em síntese, o relatório.

DECIDE-SE.

2 – FUNDAMENTAÇÃO

2.1 – MÉRITO

2.1.2 – Da anulação de auto de infração

Pretende a autora seja declarado nulo o auto de infração 024.618.92-6, elidindo qualquer sanção que decorra do ato administrativo, descaracterizando o enquadramento da hipótese fiscalizada como espécie de trabalho escravo (art. 139 do CP), com exclusão do nome da requerente da “lista suja” do MTE. Sucessivamente requer a determinação de emissão pelo órgão administrativo de novo auto de infração, com a devida capitulação (art. 139 do CP) e a intimação da autora para apresentação de defesa.

Examinando o auto de infração 024.618.92-6 (Id 3465798 e 346.5808), verifica-se que a autuação foi procedida de acordo com a legislação aplicável, tendo sido relatadas as condições encontradas. Em seu histórico foram descritos os fatos reputados ilegais e indicado como deveria ter sido de acordo com a norma, havendo os adequados enquadramentos nos tipos legais. Ao término do histórico constou expressamente: “Tudo em seu conjunto produziu a convicção de que o empregador submeteu os 13 (treze) empregados relacionados acima a condições de trabalho análogas à de escravo, especialmente, na hipótese de trabalho degradante, em razão das condições dos alojamentos oferecidos, conforme estatuído no art. 149 do Código Penal. Além disto, resta evidenciado também a prática do crime previsto no art. 203 do Código Penal, conforme autuação específica.” (Id 3465798)

Como se vê o ato administrativo não tem qualquer vício de forma e conteúdo. Após

regular denúncia e ofício do MPT, os fiscais do trabalho, no exercício de dever de ofício procederam a regular fiscalização, relatando as condições enquadradas e respectivos tipos legais, de modo que quem foi autuado sabe perfeitamente as razões do enquadramento legal. Tanto isso é verdade que a empresa PAGOU A MULTA DA AUTUAÇÃO, RECONHECENDO A LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO.

Portanto, não houve qualquer prejuízo à defesa e ao contraditório, vez que foram detalhadamente relatadas as condições encontradas, que efetivamente atentam contra a dignidade humana, fatos esses não impugnados oportunamente pela empresa.

De acordo com o art. 149 do Código Penal brasileiro, são elementos que caracterizam o trabalho análogo ao de escravo: condições degradantes de trabalho (incompatíveis com a dignidade humana, caracterizadas pela violação de direitos fundamentais, coloquem em risco a saúde e a vida do trabalhador), jornada exaustiva (em que o trabalhador é submetido a esforço excessivo ou sobrecarga de trabalho que acarreta a danos à sua saúde ou risco de vida), trabalho forçado (manter a pessoa no serviço através de fraudes, isolamento geográfico, ameaças e violências físicas e psicológicas) e servidão por dívida (fazer o trabalhador contrair ilegalmente um débito e prendê-lo a ele). Os elementos podem vir juntos ou isoladamente.

Portanto, trabalho degradante é aquele cuja relação jurídica não garante ao trabalhador os direitos fundamentais da pessoa humana relacionados à prestação laboral. O trabalho degradante afronta os direitos humanos laborais consagrados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e abrigados pela Constituição Federal, assim como pela Consolidação das Leis do Trabalho e pelas Normas Regulamentadoras.

Identifica-se um trabalho degradante passando a relação de trabalho pelo crivo da

Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), pela Constituição Federal (CF), pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e pelas Normas Regulamentadoras (NR).

No presente caso, foi constatada a existência de trabalho degradante, em virtude das condições do alojamento, que não oferecia condições de segurança e saúde, desatendendo o disposto na NR-24 do MTE, que dispõe sobre condições sanitárias e de conforto nos locais de trabalho.

Releva observar que a autora não logrou provar nos autos que as condições dos alojamentos apontadas pelos fiscais no auto de infração não correspondessem à realidade, ônus que lhe competia, já que os atos de agente fiscal, no exercício de sua função, gozam de presunção de veracidade.

Além do mais, reitera-se que a empresa pagou a multa da autuação e não questionou seu conteúdo e forma, apenas insurgindo-se contra a inclusão em cadastro de empresas que praticaram atividades em condições análogas à de escravo.

Registre-se que houve culpa direta da autora em relação às condições relatadas no auto de infração, tendo em vista que mantinha os empregados em condições indignas, das quais a autora tinha ciência, tanto que no próprio auto de infração consta que de 8/9 empregados dela dormiam no alojamento, sendo inegável o conhecimento das condições relatadas nos autos de infração. Sua responsabilidade é direta nesse caso.

Além disso, também não se exime da culpa em razão de ter terceirizado os serviços, porque o contratante é responsável por fiscalizar o contrato e seu cumprimento, havendo culpa *in vigilando*.

Releva observar que o fato de a empresa ter quitado as multas (sanção pecuniária) não a exime dos demais efeitos das violações constatadas, dentre as quais a inclusão de seu nome na lista prevista na Portaria n. 02/2011

do MTE. Situação análoga é a do motorista, que infringindo legislação do trânsito e sendo autuado, além de pagamento da sanção pecuniária (multa) passa a figurar lista dos motoristas com pontos na carteira e, caso extrapole o limite imposto, poderá perder a sua CNH, embora tenha pagado a multa.

Embora a liminar tenha sido corretamente deferida, uma vez que naquele momento processual havia perigo de dano irreparável, ela não deve subsistir, uma vez que, após a apresentação da defesa e examinados todos os elementos de convicção trazidos aos autos, concluo que houve regular autuação no estrito cumprimento do ato administrativo devendo a empresa arcar com as consequências de seus atos. Por esse motivo, revogo a liminar de antecipação de tutela estando a reclamada autorizada a proceder nas consequências legais como bem entender.

Portanto, regular a inclusão do nome da autora na lista dos empregadores que submetem empregados à condição análoga à de escravo, nos termos da Portaria n. 02/2011 do MTE.

Ora, se a Constituição objetiva a valorização do homem pelo trabalho é premente a adoção de medidas que visem coibir a que os empregadores atentem contra os direitos fundamentais da pessoa humana relacionados à prestação laboral e pratiquem condutas contrárias à dignidade humana.

Se empresas governamentais não querem contratar com empresas privadas que figurem em lista suja do trabalho escravo isso é política pública no sentido de forçar e induzir um comportamento de cumprimento da norma protetiva do trabalhador. Não há ilegalidade nisso e nem pode o Poder Judiciário interferir nessa esfera de liberdade do administrador público, ainda mais quando amparado por portaria do MTE.

Portanto, por tudo que foi exposto, decido revogar a liminar deferida e julgar improcedentes as pretensões da autora.

3 – CONCLUSÃO

Face os fundamentos acima expostos, DECIDO revogar a liminar deferida e julgar TOTALMENTE IMPROCEDENTES os pedidos formulados por ORGANIZAÇÃO VERDEMAR LTDA. em face da UNIÃO FEDERAL, conforme fundamentos de sentença, que passam a fazer parte integrante deste dispositivo.

Custas pela autora, no importe de R\$ 10.000,00, calculadas sobre R\$ 500.000,00, valor atribuído à causa.

Intimem-se as partes.

Encerrou-se.

Vicente de Paula Maciel Júnior

Juiz do Trabalho

Índice Geral

Doutrina

A possibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade à luz do direito do trabalho constitucionalizado. 1. Introdução. 2. Dos aspectos jurídicos do adicional de insalubridade e do adicional de periculosidade. 2.1. O adicional de insalubridade. 2.2. O adicional de periculosidade. 2.3. Natureza jurídica e considerações gerais acerca dos adicionais. 3. Interpretação constitucional das normas trabalhistas. 3.1. Uma visão conglobada das normas de saúde e segurança do trabalhador. 3.2. Critérios contemporâneos de interpretação das normas trabalhistas. 4. A possibilidade jurídico-constitucional de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas 17

Discriminação racial e assédio moral no trabalho. 1. Introdução. 2. Discriminação e direito do trabalho. 3. Discriminação racial e assédio moral no trabalho. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas 33

Políticas públicas de combate ao trabalho infantil e o papel da Justiça do Trabalho. 1. Introdução. 2. Trabalho infantil: conceito, delimitação e marco normativo. 3. Aspectos sociais do trabalho infantil: causas e efeitos. 4. Políticas públicas: conceito e possibilidade de controle judicial. 5. Da competência da Justiça do Trabalho para controle de políticas públicas destinadas ao combate do trabalho infantil. 6. Políticas públicas: teorias da separação dos poderes e da reserva do possível. 7. Judicialização das políticas públicas de enfrentamento ao trabalho infantil e o papel do Poder Judiciário. 8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas..... 45

Processo eletrônico e o princípio da extraoperabilidade: a conexão a serviço da causalidade (informação), da estrutura (operação) e da juridicidade. Introdução. 1. Noções iniciais. 1.1. Processo, SEPAJ e processo eletrônico. 1.2. SEPAJ: agente processual tecnológico (eSujeito) e eConexões (conexões tecnológicas ou eletrônicas). 2. Sistema. 2.1. O processo judicial como sistema. 2.2. Sistema à luz da análise de sistemas, o processo e o SEPAJ. 2.3. Sistemas naturais e artificiais. 2.4. O sistema PJe-JT (eSujeito) e seu papel central no processo eletrônico — Resolução CSJT n. 136. 2.5. O processo judicial como sistema híbrido: sistemas de consciência e sistemas técnicos garantindo a operação do processo. Sistema à luz da teoria social. 2.5.1. Luhmann e o acoplamento dos sistemas sociais e psíquicos. 2.5.2. Acoplamento de sistemas psíquicos e técnicos: sistemas causalmente abertos e causalmente fechados. 3. Conexão. 3.1. Noções preliminares. 3.2. A conexão mediada pelo homem no processo tradicional. 3.3. Conexão tecnológica (eConexão): propriedade nova do processo. 3.4. Autos eletrônicos (eAutos). Mundo dos autos. Endo e heteroconexão. 3.4.1. Heteroconexões, conexões heterorreferenciais ou contextuais. 3.4.2. Endoconexões ou conexões autorreferenciais. 3.4.3. Endoconexões gerais e particulares. 3.4.4. Autos processuais eletrônicos (eAutos). 3.5. Radicalização da noção de mundo dos autos. 4. O princípio da conexão: o que está no *google* está no processo. 4.1. Compreensão e extensão do princípio conforme Chaves Júnior. 4.2. Entendimento e posição de outros autores. Aplicações. 4.2.1. Henrique Gouveia da Cunha. 4.2.2. Kleber Waki. 5. Princípio da extraoperabilidade. 5.1. O princípio: uma diretriz estratégica para os tecnólogos. 5.2. Até onde, como e quanto usar da capacidade

de conexão? 5.3. Interoperabilidade e extraoperabilidade. 5.4. Destinatários do princípio da extraoperabilidade. 5.5. Composição mono e poliestrutural do sistema processual em papel. Imanência da extraoperação no processo. 5.6. Natureza biestrutural do processo eletrônico: sistemas técnicos e de consciência. Híbridização e efeitos. 5.7. Autonomia. 5.7.1. Visão luhmanniana de autonomia e o SEPAJ. 5.7.2. Autonomia, autarquia, abertura cognitiva e fechamento normativo. Verdade processual e verdade da rede. 5.7.3. Outros fatores da autonomia: diferenciação funcional e outros. 5.7.4. Procedimento, complexidade e ameaças à autonomia. 5.8. Acoplamento estrutural. 5.8.1. Evolução do pensamento luhmanniano a respeito do acoplamento estrutural. 5.8.2. Acoplamento operativo. 5.8.3. SEPAJ e acoplamentos: <i>add-ons</i> , <i>plugins</i> , <i>APIs</i> . 5.9. Função do princípio da extraoperabilidade. 6. Princípios da extraoperabilidade e da conexão: aproximação. Considerações finais. Referências bibliográficas.....	59
Estudo comparativo de cláusulas especiais do contrato de trabalho desportivo do praticante profissional de futebol sob a luz do Direito Português e do Direito Brasileiro. 1. Introdução. 2. Evolução legislativa — Portugal. 2.1. Evolução legislativa — Brasil. 3. Conceito legal e doutrinário do contrato de trabalho desportivo — Qualificação e sujeitos deste contrato — Portugal e Brasil. 4. Razões da especificidade deste regime jurídico quanto à determinação do prazo. 5. Indenizações de transferência, cláusulas de rescisão contratual e cláusulas de opção: regramento em Portugal e no Brasil. 6. Remuneração e a questão do direito de imagem: situação legal em Portugal e no Brasil. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.....	97
A competência executória das sentenças coletivas envolvendo direitos individuais homogêneos trabalhistas. 1. Introdução. 2. As ações coletivas à luz dos princípios constitucionais. 2.1. O acesso à justiça como direito fundamental. 2.2. O princípio protetivo. 3. A competência executiva das sentenças coletivas. 3.1. A execução pelos legitimados extraordinários das sentenças coletivas. 3.2. A execução individual das sentenças coletivas. 4. A natureza jurídica da competência executória decorrente de sentenças coletivas. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas	129
Uniformização de jurisprudência no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho: breves considerações sobre a Lei n. 13.015, de 21 de julho de 2014. 1. Introdução. 2. Incidente processual de uniformização de jurisprudência. 3. Obrigatoriedade de uniformização de jurisprudência pelos TRTs. 4. Da constatação da divergência jurisprudencial atual de ofício. 4.1. Uniformização de jurisprudência como mecanismo representativo. 4.2. Possibilidade de <i>reformatio in pejus</i> . 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas	141
Relação de emprego: da estrutura à função. 1. Introdução. 2. Apresentação (crítica) da tradicional dogmática jurídica acerca da relação de emprego. 3. Análise (funcional) dos elementos característicos da relação de emprego. a) Pessoaalidade — nota de humanidade presente em toda relação de trabalho. b) Subordinação — traço distintivo da relação de emprego. c) Não eventualidade — uma característica acidental. d) Onerosidade — uma decorrência necessária. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.....	153
Crítica ao contrato de aprendizagem como forma de promoção do trabalho decente do adolescente. 1. Introdução. 2. Trabalho decente e aprendizagem	

na OIT e no Brasil. 3. Aprendizagem e aprender. 4. Contrato de aprendizagem e liberdade. 5. Contrato de aprendizagem e igualdade. 6. Contrato de aprendizagem, segurança e direitos humanos. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas.....	167
O desmanche do Direito do Trabalho e a recente decisão do STF sobre a prescrição. 1. Introdução. 2. Os caminhos e os limites do Direito: do positivismo ao neoconstitucionalismo, variações de um mesmo tema. 3. A decisão do STF quanto à prescrição aplicável à pretensão dos recolhimentos do FGTS. 4. Para além do Direito: o desvelamento das verdadeiras razões que produzem decisões de desmanche das normas sociais fundamentais.	
5. Algumas reflexões finais. 6. Referências bibliográficas	179
Jurisprudência	
Acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho	
Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho	
Tribunal Superior do Trabalho.....	197
Tribunal Superior do Trabalho.....	207
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região	215
Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região.	227
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região	247
Sentenças	
Vara do Trabalho de Macapá – AP.....	261
1ª Vara do Trabalho de Nova Lima – MG...	271

