

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.

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).

Versão impressa - LTr 5316.8
Versão digital - LTr 8803.2

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: PETER FRITZ STROTBK

Capa: FORMA E CONTEÚDO EDITORA CRIATIVA

Finalização: FABIO GIGLIO

Impressão: GRAPHIUM

© Todos os direitos reservados

LTr

EDITORA LTDA.

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

Junho, 2015

PRESIDENTE ANAMATRA

PAULO LUIZ SCHMIDT

CONSELHO EDITORIAL ANAMATRA

ALEXANDRE TEIXEIRA DE FREITAS BASTOS CUNHA

Doutor pela Universidad Complutense de Madrid.
Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 1ª Região – RJ.

ANDRÉ MACHADO CAVALCANTI

Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de João Pessoa/Unipê. Diretor de Formação e Cultura da Anamatra (gestão 2013-2015). Juiz Titular da Vara de Catolé da Rocha/PB.

CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Membro Benemérito do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário. Professor de Direito do Trabalho do Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho da AMATRA 12. Professor *honoris causa* da Academia Catarinense da Advocacia Trabalhista. Professor Convidado-Permanente da Escola Superior de Advocacia da OAB-SC. Juiz Titular da 7ª Vara do Trabalho de Florianópolis – 12ª Região (SC).

CLEBER LÚCIO DE ALMEIDA

Graduado pela Faculdade de Direito da UFMG. Mestre em Direito pela PUC/SP. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC/MG. Juiz do Trabalho Titular da 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG.

FABIO PETRUCCI

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

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO

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

GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG

Juiz do Trabalho do TRT da 5ª Região/BA. Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia/ UFBA. Extensão universitária em Economia do Trabalho pelo CESIT/UNICAMP. Professor de Direito e Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social na Universidade do Estado da Bahia/UNEB. Coordenador Executivo da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região/EMATRA 5 (biênio2012-2014). Membro do Conselho Consultivo da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (2005-2007, 2007-2009, 2009-2011; 2013-2015).

JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS

Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Juiz titular da 17ª Vara do Trabalho de Curitiba-PR.

NARBAL ANTÔNIO DE MENDONÇA FILETI

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Teoria e Análise Econômicas e em Dogmática Jurídica. Professor do Curso de Graduação em Direito da Unisul – Universidade do Sul de Santa Catarina. Professor em Cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*.
Professor Convidado-Permanente da Escola Superior de Advocacia da OAB/SC.
Membro da Comissão Técnico-Científica da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região/SC (2006-2007). Juiz titular da 2ª Vara do Trabalho de Tubarão – 12ª Região/SC.

REGINALDO MELHADO

Doutor em Direito pela Universidade de Barcelona, com revalidação pela USP (Universidade de São Paulo).
Juiz titular da 6ª Vara do Trabalho de Londrina.
Professor Adjunto da Universidade Estadual de Londrina.

Sumário

<i>Abreviaturas e siglas usadas</i>	9
<i>Editorial</i>	11
<i>Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sentenças</i>	13
Doutrina	
Apontamentos sobre a redução de direitos previdenciários (MP n. 664/14) e ao seguro-desemprego (MP n. 665/14) — ou: nunca uma vaca tossiu tão alto e de forma tão inconstitucional <i>José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva e Sandro Eduardo Sardá</i>	17
Os trabalhadores imigrantes no Brasil: a condição de ilegalidade como fator de superexploração <i>Alyane Almeida de Araújo</i>	36
Da impossibilidade da cessão de crédito na Justiça do Trabalho: aspectos processuais e materiais <i>Thiago Henrique Ament</i>	49
Ministério Público do Trabalho (MTP) no combate à exploração sexual infantojuvenil: perspectivas atuais no Estado da Paraíba <i>Raphaella Viana Silva Asfora e Robson Antão de Medeiros</i>	63
A importância da coletivização do acesso à Justiça do Trabalho nas despedidas em massa <i>Fausto Siqueira Gaia e Carlos Henrique Bezerra Leite</i>	78
O direito a um meio ambiente do trabalho equilibrado e a ineficácia dos instrumentos protetivos atualmente adotados <i>Tereza Margarida Costa de Figueiredo e Kilma Maísa de Lima Gondim</i>	90
Férias (de advogado) e recesso forense <i>Georgenor de Sousa Franco Filho</i>	103
Reflexões sobre decisão judicial no Código de Processo Civil de 2015 <i>Lorena de Mello Rezende Colnago</i>	108

Adicional de periculosidade e armazenamento de inflamáveis (óleo diesel) para geradores. Por uma necessária releitura da Orientação Jurisprudencial n. 385 da SDI-I do Tribunal Superior do Trabalho <i>Walter Rosati Vegas Junior</i>	123
O processo do trabalho e o novo Código de Processo Civil: critérios para uma leitura dialogada dos arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015 <i>João Humberto Cesário</i>	134
A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho <i>Tales Ricardo Migliorini Tavares Pereira</i>	152
A terceirização trabalhista como forma de subverter a lógica protetiva do Direito do Trabalho <i>Samir Alves Daura</i>	179
Jurisprudência	
— Acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho	
Tribunal Superior do Trabalho.....	195
Tribunal Superior do Trabalho.....	243
— Sentenças	
65ª Vara do Trabalho de São Paulo – SP	253
27ª Vara do Trabalho de Porto Alegre – RS.....	263
Vara do Trabalho de Santana do Ipanema – AL	267
2ª Vara do Trabalho de Sorocaba – SP	283
Índice Geral	293

Abreviaturas e Siglas Usadas

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

Editorial

Encontra-se em vigor, desde março próximo passado, a Lei n. 13.105/15, que apresentou ao mundo jurídico o novo Código de Processo Civil, conjunto de normas que se propõem a imprimir maior efetividade e celeridade aos processos em trâmite ou a serem ajuizados.

Num país a cujo Poder Judiciário incumbe a análise de quase cem milhões de processos, trata-se de cenário esperançoso e cheio de perspectivas, sabendo-se, é verdade, que muito daquilo que se apresenta no novo código será objeto de profundo debate nos pretórios brasileiros, e também na academia, sobretudo em razão de algumas inovações que demandam maiores reflexões sobre a possibilidade e a forma de sua aplicação no processo trabalhista.

Trata-se do primeiro código processual elaborado num regime democrático, resultado de um amplo e demorado debate levado a cabo por todos os atores do sistema de Justiça, cada qual, por óbvio, para além da sua preocupação com a efetiva implementação do princípio da razoável duração do processo, interessado em resolver os maiores problemas que dificultam a desincumbência do seu mister.

Para os juízes do Trabalho, há uma preocupação a mais nesse ambiente de tantas dúvidas. É que a nossa Consolidação das Leis do Trabalho contém normas esparsas sobre o processo laboral, de modo que a omissão de que trata o seu art. 769 nem sempre ocorrerá.

Alie-se a essa angústia a dicção do art. 15, da Lei n. 13.105/15, para o qual “*Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente*”. Ora, como compatibilizar esse dispositivo com os princípios que norteiam o processo trabalhista? Como caracterizar a subsidiariedade e a supletividade sem comprometer fundamentos que caracterizam o processo apto à proteção do trabalhador que se apresenta, via de regra, em condições de desvantagem frente ao seu opositor?

São essas questões que serão desvendadas ao longo do tempo, mas que já geram inquietações entre os operadores do Direito, como revela o conteúdo da nossa Revista.

Boa leitura a todos!

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

Apontamentos sobre a redução de direitos previdenciários (MP n. 664/14) e ao seguro-desemprego (MP n. 665/14) — ou: nunca uma vaca tossiu tão alto e de forma tão inconstitucional

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva^(*) e Sandro Eduardo Sardá^(**)

Resumo:

- ▶ As Medidas Provisórias ns. 664/14 e 665/14 se constituem em um dos maiores retrocessos sociais em políticas públicas de seguridade social, implementados pelo Executivo Federal nas últimas décadas. A precarização de direitos constitucionais impacta fundamentalmente segmentos populacionais em situação de vulnerabilidade social em razão de doenças, desemprego involuntário e mortes de entes familiares. O presente artigo pretende analisar as inconstitucionalidades formais e materiais das medidas provisórias previstas no âmbito do ajuste fiscal, bem como demonstrar a necessidade de ampliação da tutela jurídica à dignidade humana e ao trabalho decente, com a regulamentação dos arts. 7º, I, e 246 da CF.

Palavras-chave:

- ▶ Medidas Provisórias ns. 664/14 e 665/14 — Benefícios previdenciários — Seguro-desemprego — Inconstitucionalidades formais e materiais — Direitos fundamentais.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Principais precarizações e reduções de direitos fundamentais
- ▶ 3. As inconstitucionalidades das Medidas Provisórias ns. 664/14 e 665/14
 - ▶ 3.1. Ausência dos requisitos de relevância e urgência para a edição de medida provisória (art. 62 da CF)

(*) Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto (SP). Gestor Regional (1º Grau) do Programa de Prevenção de Acidentes do Trabalho instituído pelo Tribunal Superior do Trabalho. Mestre em Direito das Obrigações pela UNESP/SP. Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha).

Membro do Conselho Técnico da Revista do TRT da 15ª Região (Subcomissão de Doutrina Internacional). Professor da Escola Judicial do TRT da 15ª Região.

(**) Procurador do Trabalho em Santa Catarina. Coordenador Nacional do Projeto de adequação das Condições de Trabalho em Frigoríficos.

- ▶ 3.2. Vedação da edição de medida provisória para a regulamentação de matéria previdenciária
- ▶ 3.3. Pensão por morte. Requisito de 24 meses de casamento ou união estável. Inconstitucionalidade por violação ao princípio da igualdade (*caput* do art. 5º da CF). Pensão por morte de empregados celetistas e servidores públicos
- ▶ 3.4. Inconstitucionalidade por violação ao princípio da vedação de retrocesso social
 - ▶ 3.4.1. Pensão por morte. Redução do valor para 50% do salário de benefício, acrescido de 10% para cada dependente. Desproporcionalidade
 - ▶ 3.4.2. Realização de perícia previdenciária por empresa privada. Inconstitucionalidade do cometimento, à entidade privada, de atividade típica do Estado
 - ▶ 3.4.3. Ampliação do prazo de 15 para 30 dias para recebimento de benefícios previdenciários. Efeitos jurídicos decorrentes da estabilidade acidentária. Precarização dos direitos dos trabalhadores. Retrocesso social
 - ▶ 3.4.4. Carência de 24 meses para percepção de pensão por morte
 - ▶ 3.4.5. Alteração das carências para seguro-desemprego de 6 meses para 18 meses na 1ª solicitação e para 12 meses na 2ª, admitindo-se o prazo de 6 meses apenas a partir da 3ª habilitação
- ▶ 4. Vigência das medidas provisórias
- ▶ 5. Conclusões
- ▶ 6. Referências bibliográficas

Eu vejo o futuro repetir o passado. Eu vejo um museu de grandes novidades. O tempo não para.

Cazuza

1. Introdução

Aos 17.8.2014, em plena campanha eleitoral, a Presidente Dilma Rousseff garantiu em seu *site* oficial que não pensava em mudanças nos direitos dos trabalhadores e trabalhadoras deste país. “Nem que a vaca tussa”, afirmou categoricamente a candidata à reeleição, ressaltando que jamais mexeria em direitos assegurados desde a era Vargas.

No entanto, diferentemente do anunciado, as Medidas Provisórias ns. 664/14 e 665/14, editadas pelo Executivo Federal em 30.12.2014, fizeram a vaca não somente tossir alto, como ir ao “brejo” das inconstitucionalidades, das graves precarizações e da retirada substancial de direitos constitucionais.

Para o Ministro da Casa Civil Aloizio Mercadante, trata-se de mera correção de distorções “e, por isso, não vão de encontro a promessas feitas pela presidente Dilma Rousseff durante a campanha”. Segundo Mercadante, “os direitos estão sendo mantidos. Estamos dando isonomia [aos trabalhadores] e alguns programas precisam de correção”.

Colocando os números sobre a mesa, verifica-se que o Governo pretende economizar, em 2015, R\$ 66,3 bilhões, sendo R\$ 55,3 bilhões por parte da União e o restante da parte de Estados e Municípios, o equivalente a 1,2% do PIB.

As medidas anunciadas nas medidas provisórias referidas resultarão na economia de R\$ 18 bilhões ao ano, correspondendo a 0,3% do PIB de 2015. Isoladamente, somente o pacote de final de ano vai garantir 32,54% do superávit das contas públicas da União, prometidas pelo Ministro da Fazenda Joaquim Levy (calculados

sobre R\$ 55,3 bilhões). De se destacar: os R\$ 18 bilhões que *serão retirados dos trabalhadores* correspondem a 70% do gasto com o Bolsa Família em 2014.

Transcorridos apenas dois dias da edição das referidas medidas provisórias, em seu discurso de posse, a Presidente insistia em sua malfadada tese, tentando convencer a si própria ou a algum desavisado de que nenhum direito havia sido retirado, bradando em alto e bom tom: “nenhum direito a menos, nenhum passo atrás.”

Entretanto, o jornalista Ricardo Melo bem destaca que, “com uma tesoura na mão e a ideia fixa na cabeça, a equipe econômica pretende defender o programa neoliberal ortodoxo. Não lhe cabe culpa: é isso o que ela aprendeu. O problema está em quem a contratou. A troika trabalha como aquelas consultorias que todo mundo já viu nas empresas do dia a dia. Ao primeiro sinal de dificuldade, a providência automática é cortar ‘custos’, diga-se, empregos e salários. Desde que, bem entendido, resguardado o quinhão dos controladores e acionistas majoritários”.

Cabe questionar: *a quem se destinam essas duras medidas?* Não há dúvidas de que o segmento social que será mais atingido é o dos *que recebem benefícios previdenciários* que serão objeto de “corte”. Contudo, dados do Anuário do INSS comprovam que o valor médio dos benefícios previdenciários concedidos no ano de 2013 gira em torno de R\$ 987,54 ao mês. Pois bem, são exatamente estas pessoas que “pagarão” 25% dos valores necessários para a efetivação desse “ajuste fiscal”, que será necessário para que o país continue a crescer, desenvolver-se e gerar riqueza.

Verifica-se, ainda, que as precarizações resultantes dessas medidas também afetam os direitos dos servidores públicos, especialmente em relação à pensão por morte.

Nessa perspectiva, o presente artigo pretende demonstrar as inconstitucionalidades e graves precarizações dos direitos (sociais) constitucionais, decorrentes das MPs ns. 664/14

e 665/14, medidas adotadas com o intuito exclusivo de reduzir gastos governamentais, na ordem de R\$ 18 bilhões de reais, sem a menor preocupação com a *dignidade humana* de um relevante segmento populacional *em situação de vulnerabilidade social*, em virtude de doenças, desempregos involuntários e mortes de entes familiares.

Ressalta-se que a brevidade destas mal traçadas linhas as torna, imediatamente, merecedoras de reflexões e estudos mais aprofundados. Sem embargo, é preciso dar o primeiro passo.

2. Principais precarizações e reduções de direitos fundamentais

As precarizações mais significativas previstas nas MPs ns. 664/14 e 665/14 são as que seguem:

- I – exigência de 24 meses de casamento ou de união estável para recebimento de pensão por morte;
- II – redução do valor da pensão por morte de 100% para 50%, acrescido de 10% por dependente;
- III – redução do tempo de duração do benefício de pensão por morte, de acordo com a expectativa de vida do cônjuge;
- IV – carência de 24 meses para pensões por morte;
- V – alteração da base de cálculo do auxílio-doença, observando-se a média das 12 últimas contribuições;
- VI – ampliação de 15 para 30 dias do período pago pela empresa, na hipótese de incapacidade para o trabalho, pois apenas depois do período de trinta dias é que o trabalhador deverá ser encaminhado ao INSS para realização de perícia;
- VII – possibilidade de realização de perícias médicas por empresas, mediante acordo de cooperação técnica;
- VIII – alteração das carências para requerimento de seguro-desemprego, de 6 meses para 18 meses na 1ª solicitação, de 6 para 12 meses na 2ª, mantendo-se o período de 6 meses apenas a partir da 3ª solicitação.

3. As inconstitucionalidades das Medidas Provisórias ns. 664/14 e 665/14

3.1. Ausência dos requisitos de relevância e urgência para a edição de medida provisória (art. 62 da CF)

As Medidas Provisórias ns. 664/14 e 665/14 não se encontram revestidas dos requisitos da relevância e urgência, preconizados no art. 62 da Constituição brasileira.

Pelo contrário, redundam na redução de direitos sociais decorrentes da construção histórica do *Estado Social e Democrático de Direito*, bem como de *patamares civilizatórios mínimos* que asseguram a dignidade humana.

Inexistente, portanto, o estado de absoluta necessidade (urgência), que justificaria o recurso do Poder Público à adoção imediata de providências de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias do devido processo legislativo, diante do *periculum in mora* consubstanciado no provável atraso na concretização da prestação legislativa.

Ao contrário, as medidas provisórias editadas colocam em grave risco social trabalhadores em *situação de vulnerabilidade* decorrente de adoecimento, desemprego involuntário e morte de ente familiar, o que, por si só, já afastaria os requisitos autorizadores da edição de medida provisória.

Eventual relevância sob o prisma do ajuste fiscal seria facilmente suplantada pela relevância de se manter na íntegra direitos sociais constitucionais até que, mediante democrático processo legislativo, subsidiado pelo debate dos atores dos segmentos políticos, econômicos e sociais envolvidos, se decidisse pela supressão ou redução de tais direitos.

Sobre a matéria, assim já decidiu o E. STF:

A edição de medidas provisórias, pelo presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, *caput*). Os pressupostos da urgência

e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela CR. (...) A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apoia-se na necessidade de impedir que o presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais. (ADI n. 2.213-MC, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4.4.2002, Plenário, DJ de 23.4.2004.)

Portanto, sob o aspecto formal, são inconstitucionais as Medidas Provisórias ns. 664/14 e 665/14, posto que ausentes os requisitos previstos no art. 62 da CF.

3.2. Vedação da edição de medida provisória para a regulamentação de matéria previdenciária

Como sabido, o art. 246 da Constituição Federal veda a edição de medida provisória para a regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 e a data da promulgação da Emenda Constitucional n. 32, de 2001.

Considerando-se que a Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, versa sobre o sistema de previdência social, não resta dúvida quanto à impossibilidade de regulamentação da matéria por meio de medida provisória, razão

pela qual resta configurada outra inconstitucionalidade formal da MP n. 664/14.

Imperioso concluir que somente por lei ordinária poderá o Executivo federal regulamentar ou mudar os critérios definidos em lei para a concessão de benefícios previdenciários.

Trata-se de inconstitucionalidade de natureza formal e insuperável.

3.3. Pensão por morte. Requisito de 24 meses de casamento ou união estável. Inconstitucionalidade por violação ao princípio da igualdade (caput do art. 5º da CF). Pensão por morte de empregados eletistas e servidores públicos

Ninguém respeita a Constituição, mas todos acreditam no futuro da nação.

Renato Russo

O art. 1º da MP n. 664/14, alterando o § 2º do art. 74 da Lei n. 8.213/91, assim estabeleceu:

O cônjuge, companheiro ou companheira não terá direito ao benefício da pensão por morte se o casamento ou o início da união estável tiver ocorrido há menos de dois anos da data do óbito do instituidor do benefício, salvo nos casos em que:

I – o óbito do segurado seja decorrente de acidente posterior ao casamento ou ao início da união estável; ou

II – o cônjuge, o companheiro ou a companheira for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade remunerada que lhe garanta subsistência, mediante exame médico-pericial a cargo do INSS, por doença ou acidente ocorrido após o casamento ou início da união estável e anterior ao óbito.

A mesma precarização acometeu as pensões por morte de servidores públicos, por força do art. 3º da MP n. 664/14, que procedeu à alteração dos arts. 215 e 217 da Lei n. 8.213/91.

Ora, a instituição do requisito de período mínimo de 24 meses de casamento ou união estável para fins de percepção de pensão por morte é flagrantemente inconstitucional, por violar o princípio da igualdade. Por que 24 meses? Quais dados históricos ou estatísticos justificam esse

prazo? O casamento ou a união estável somente se “aperfeiçoam” depois do decurso desse prazo?

A MP n. 664/14, ao assim proceder, institui no mundo jurídico distinções arbitrárias e sem a devida razoabilidade fática ou jurídica, ou ainda pautada em condições objetivas, criando, assim, *graus distintos de uniões matrimoniais*.

Haveria de se reconhecer, se acolhida como constitucional a norma em comento, matrimônios de *primeira categoria* com pleno usufruto de todos os direitos, inclusive os de natureza previdenciária, e de outra banda uniões de segunda categoria, sem o pleno exercício de todos os direitos, como os de índole previdenciária.

Afasta-se, portanto, a medida provisória do princípio da igualdade, posto que institui diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita — sob o aspecto do respeito aos direitos fundamentais —, residindo justamente aí sua inconstitucionalidade.

Sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, assim doutrina Alexandre de Moraes:

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

A jurisprudência do E. STF vem se pronunciando sobre o conteúdo jurídico do princípio insculpido no art. 5º da CF desse modo:

A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que

a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. A CB exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível.” (ADI n. 2.716, Min. Eros Grau, julgamento em 29.11.2007, Plenário, DJE de 7.3.2008.)

O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é — enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica — suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio — cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público — deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei; e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei — que opera numa fase de generalidade puramente abstrata — constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade.” (MI n. 58, rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 14.12.1990, Plenário, DJ de 19.4.1991.)

Na doutrina, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que:

(...) as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.

Daí que a mera alegação de possibilidade de fraude no exercício de um direito fundamental,

sem dados concretos, não pode embasar a discriminação violadora do princípio da igualdade.

Até porque são evidentes as possibilidades de fraudes diante das graves distorções criadas pela MP n. 664/14. De modo que, para se combater uma alegada fraude, podem ser criadas situações de cometimento de outras fraudes.

A título exemplificativo, observe-se que a medida em comento prevê, como exceção à condição de 24 meses de casamento ou de união estável, a ocorrência de acidente de qualquer natureza. Bastaria então, ao segurado à beira da morte, para que seus dependentes pudessem usufruir o benefício, forjar um acidente doméstico ou de trânsito, para fins de recebimento da pensão por morte pelos dependentes, depois da morte daquele.

Sob qualquer ângulo que se possa analisar a matéria, trata-se de norma eivada de inconstitucionalidade, por afronta ao princípio da igualdade.

O mesmo raciocínio relativo à violação do princípio da igualdade aplica-se no tocante à limitação temporal prevista no art. 1º da MP n. 664/14, que deu nova redação ao § 5º do art. 77 da Lei n. 8.213/91, assim dispondo:

§ 5º O tempo de duração da pensão por morte devida ao cônjuge, companheiro ou companheira, inclusive na hipótese de que trata o § 2º do art. 76, será calculado de acordo com sua expectativa de sobrevida no momento do óbito do instituidor segurado, conforme tabela abaixo:

Expectativa de sobrevida à idade x do cônjuge, companheiro ou companheira, em anos [E(x)]	Duração do benefício de pensão por morte [em anos]
$55 < E(x)$	3
$50 < E(x) \leq 55$	6
$45 < E(x) \leq 50$	9
$40 < E(x) \leq 45$	12
$35 < E(x) \leq 40$	15
$E(x) \leq 35$	Vitalícia

Novamente, a referida norma viola o princípio da igualdade por instituir no mundo

jurídico *distinções arbitrárias* e sem a mínima razoabilidade fática ou jurídica, a não ser com o intuito de reduzir gastos governamentais, sem o devido amparo constitucional.

Outrossim, observados os termos da MP, salvo melhor juízo, uma viúva com 39 anos de idade faria jus ao benefício tão somente por 15 anos, cessando sua pensão por morte aos 54 anos de idade, justamente na idade em que mais precisaria de proteção social por meio de benefícios previdenciários.

3.4. Inconstitucionalidade por violação ao princípio da vedação do retrocesso social

Por força do art. 201 da CF, a Previdência Social deve assegurar a cobertura dos eventos de doença, invalidez por morte e idade avançada. São *direitos humanos fundamentais*.

Nesse prisma, a minirreforma da previdência não somente configura grave precarização de direitos previdenciários, mas, o que é mais grave, em diversos casos acaba por obstar o exercício de direitos fundamentais previstos no art. 201 e seguintes da Constituição Federal, violando, assim, o *princípio da proibição do retrocesso social*.

Inúmeras hipóteses normativas previstas na MP n. 664/14 configuram verdadeira *supressão* de direitos previdenciários, como no caso da “carência matrimonial” como requisito para a concessão de pensão por morte, dentre outras.

Sobre o princípio da proibição (ou da vedação) do retrocesso social, assim doutrina Luís Roberto Barroso:

(...) o princípio da proibição de retrocesso decorre justamente do princípio do Estado Democrático e Social de Direito; do princípio da dignidade da pessoa humana; do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais; do princípio da proteção da confiança e da própria noção do mínimo essencial.

Caso se resolva alterar a lei posta pelo Estado, tal mudança não pode ser radical para fins de restringir direitos e garantias, por

exemplo, mas terá de ser apresentada uma [nova] lei com caráter deveras ampliativo, para fins de manter a paz social e resguardar o direito adquirido do cidadão, as garantias e direitos fundamentais previstos na Carta Política do país.

(...)

Para J. J. Gomes Canotilho: ‘O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado.’

Logo, em face do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que os Estados-partes (dentre eles o Brasil), no livre e pleno exercício de sua soberania, ratificaram, há que se observar o princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, o que, por si só, implica no princípio da proibição do retrocesso social.

José Afonso da Silva propõe a seguinte definição para o referido princípio:

(...) princípio que se encontra inserido implicitamente na Constituição brasileira de 1988, decorrendo do sistema jurídico-constitucional, com caráter retrospectivo, tendo como escopo a limitação da liberdade de conformação do legislador infraconstitucional, impedindo que este possa eliminar ou reduzir, total ou parcialmente, de forma arbitrária e sem acompanhamento de política substitutiva ou equivalente, o nível de concretização alcançado por um determinado direito fundamental social.

Na prática, as medidas tomadas em prol dos direitos sociais devem ser mantidas e aprimoradas, nunca restringidas. O progresso se dará a partir de parâmetros mínimos estipulados por tratados internacionais.

Esses parâmetros seriam elevados na medida em que os Estados-membros desses tratados publicassem leis e estabelecessem políticas públicas que defendessem níveis cada vez mais altos de proteção em relação aos direitos sociais fundamentais: educação, saúde, moradia, proteção aos desempregados, previdência social, notadamente em relação à cobertura nos casos de morte e adoecimento, dentre outros.

A progressividade da implantação dos direitos sociais deve ser observada como uma constante evolução e nunca um retrocesso; outrossim, essa progressividade evita até mesmo que normas ditas programáticas possam implicitamente violar tal princípio; isso porque elas abrem espaço para a implementação dos direitos sociais por meio da imposição de programas a serem implantados posteriormente.

Assim se manifestou o Ministro Celso de Mello sobre o princípio em tela, no julgamento das ADIs ns. 3.105-8/DF e 3.128-7/DF:

Refiro-me, neste passo, ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, e uma vez alcançado determinado nível de concretização de tais prerrogativas (como estas reconhecidas e asseguradas, antes do advento da EC n. 41/2003, aos inativos e aos pensionistas), impedem que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, 1. ed., 2. tir. 2002, Brasília Jurídica, p. 127-128; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1998, Almedina, item n. 03, p. 320-322; ANDREAS JOACHIM KRELL, *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, 2002, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 40; INGO W. SARLET, Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, *in Revista Interesse Público*, n. 12, 2001, p. 99).

De se verificar que no julgamento da ADI n. 1.946/DF, o Plenário do STF, por unanimidade, decidiu “dar ao art. 14 da Emenda

Constitucional n. 20, de 15.12.98, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal”. É que, não tendo sido revogado por norma constitucional derivada, o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal não poderia perder sua aplicabilidade “pela mera aplicação do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/98, sob pena de se incorrer em retrocesso histórico”.

Pautadas as noções fundamentais sobre o referido princípio, na sequência se pretende demonstrar como as multimencionadas medidas provisórias violam o princípio da vedação do retrocesso social, além de outros princípios constitucionais.

3.4.1. Pensão por morte. Redução do valor para 50% do salário de benefício, acrescido de 10% para cada dependente. Desproporcionalidade

A MP n. 664/14, alterando o art. 75 da Lei n. 8.213/91, assim dispôs:

Art. 75. O valor mensal da pensão por morte corresponde a cinquenta por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, acrescido de tantas cotas individuais de dez por cento do valor da mesma aposentadoria, quantos forem os dependentes do segurado, até o máximo de cinco, observado o disposto no art. 33.

Revelando o caráter absolutamente precarizante da MP n. 664/14, a medida em comento trata-se — somando-se as alterações no seguro-desemprego, promovidas pela MP n. 665/14 — do *maior retrocesso social* contido nas medidas anunciadas pelo Executivo Federal nos últimos anos.

Na prática, a imensa maioria das pensões por morte no Brasil terá o seu valor limitado a um salário mínimo, ainda que se trate de famílias com elevado número de dependentes, posto que o valor médio de pagamento dos benefícios no Brasil gira em torno de R\$ 987,54.

Segundo os dados constantes do anuário do INSS de 2013, “o valor médio dos benefícios apresentou um crescimento de 8,0% no ano, passando de R\$ 914,28 em 2012 para R\$ 987,54 em 2013. O valor médio dos benefícios urbanos foi 56,97% maior que o dos benefícios rurais, respectivamente, R\$ 1.064,52 e R\$ 678,19”.

Sendo assim, na imensa maioria dos casos o que o governo federal fez foi limitar todos os benefícios de pensão por morte ao valor do salário mínimo.

Evidente, portanto, a *inconstitucionalidade da MP n. 664/14*, também em relação às alterações relativas à pensão por morte, em face da violação dos princípios da vedação do retrocesso social e da proporcionalidade, além de afrontar de forma grave toda a racionalidade do sistema previdenciário brasileiro.

Ressalte-se que o *mandamento da proporcionalidade* decorre dos próprios direitos fundamentais. Pelo menos desde o século passado o Supremo Tribunal Federal utiliza a regra da proporcionalidade como parâmetro para o controle de constitucionalidade.

Daí que não há absoluto poder discricionário por parte do legislador, pois os direitos fundamentais, enquanto direitos de hierarquia constitucional, somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional — ao que se chama de restrição imediata — ou mediante lei ordinária, mas desde que promulgada esta com alicerce *imediato* na própria Constituição — a restrição mediata, que, portanto, não pode violar a Constituição. Se o legislador se afastar dessa premissa, incorrerá em *excesso de poder legislativo*.

Conforme doutrina o (atual) Ministro do STF, Gilmar Mendes:

A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismäßigkeitsprinzip; Übermassverbot*), que se revela mediante contradição, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. (...) No Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade

(*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito. (...) Uma lei será inconstitucional, por infringente ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, diz o *Bundesverfassungsgericht*, “se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas. (...) No Direito português, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido como princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), foi erigido à dignidade de princípio constitucional (...), consagrando-se, no art. 18, 2, do Texto Magno, que “*a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*”. O princípio da proibição de excesso, tal como concebido pelo legislador português, afirma Canotilho, “constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador”.

Com efeito, a doutrina constitucional contemporânea enfatiza que, “em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal)”, mas também (e igualmente importante) sobre a *compatibilidade das restrições estabelecidas pela lei nova com o princípio da proporcionalidade*. E conclui Gilmar Mendes:

(...) Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no *princípio da reserva legal proporcional* (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*) (...), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a *necessidade* de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).

Em suma: o poder estatal de proceder à alteração da legislação previdenciária não pode chegar à desmedida do poder de obstar ou

limitar excessivamente os benefícios previdenciários, de forma a agredir a dignidade humana e outros valores constitucionais, gerando graves distorções no próprio sistema, afetando os *princípios da vedação do retrocesso social e da proporcionalidade*.

Enfim, as inconstitucionalidades decorrentes do retrocesso social e da violação do princípio da proporcionalidade se aplicam não somente aos valores da pensão por morte, mas também às seguintes alterações:

- a) estabelecimento de carência de 24 meses para a pensão por morte;
- b) ausência de previsão de dispensa de carência no caso de acidentes de qualquer natureza e de doenças previstas na listagem do SUS e do MTE;
- c) redução do período de pagamento das pensões por morte em razão da idade do cônjuge sobrevivente;
- d) alteração, de 6 para 18 meses, do período de vínculo de emprego para efeitos de recebimento do seguro-desemprego (primeira solicitação).

Em relação ao seguro-desemprego, a violação dos princípios da adequação e da proporcionalidade é ainda mais grave, posto que a Constituição previu, expressamente, a exigência de regulamentação da vedação de dispensa arbitrária (art. 7º, I, da CF), bem como a necessidade de instituição de tributação adicional das empresas cujo índice de rotatividade seja superior ao índice médio (art. 239 da CF), como se verá mais adiante.

3.4.2. Realização de perícia previdenciária por empresa privada. Inconstitucionalidade do cometimento, à entidade privada, de atividade típica do Estado

O art. 1º da MP n. 664/14, dando nova redação ao § 5º do art. 60 da Lei n. 8.213/91, assim estabeleceu:

O INSS a seu critério e sob sua supervisão, poderá, na forma do regulamento, realizar perícias médicas:

I – por convênio ou acordo de cooperação técnica com empresas; e

II – por termo de cooperação técnica firmado com órgãos e entidades públicos, especialmente onde não houver serviço de perícia médica do INSS.

A prestação de serviços relacionados à avaliação pericial médica, para fins de concessão de benefícios previdenciários, com avaliação da incapacidade e do nexo causal entre as condições de trabalho e os agravos à saúde, é *atividade típica de Estado*, não sendo passível de delegação a empresas privadas, que não raramente se omitem na adoção de proteção eficaz à saúde dos trabalhadores e na adequação do meio ambiente laboral.

Resta, portanto, amplamente configurada a inconstitucionalidade da MP n. 664/14, nesse aspecto.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, quanto à *absoluta impossibilidade de delegação*, à entidade privada, de atividade típica de Estado, o que configuraria grave ruptura do modelo constitucional, podendo gerar graves transtornos à administração pública e aos próprios segurados.

Assim decidiu o E. STF no julgamento da ADI n. 1.717-DF:

Isso porque a interpretação conjugada dos arts. 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. (ADI 1.717-6, rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 22.9.1999, Plenário, DJ de 25.2.2000.)

Ao deferir a medida cautelar, assim consignou o STF:

Também está presente o *periculum in mora*, pois a ruptura do sistema atual e a implantação do novo, trazido pela Lei impugnada, pode acarretar graves transtornos à Administração Pública e ao próprio exercício das profissões

regulamentadas, em face do ordenamento constitucional em vigor.

A flagrante inconstitucionalidade da previsão contida na Medida Provisória n. 664/14 não causa espécie somente pela impossibilidade formal de delegação, à entidade privada, de atividade típica de Estado, mas também pela *absoluta inconveniência* de realização de perícias por empresas que, na grande maioria das vezes, são direta e deliberadamente responsáveis pelos agravos à saúde gerados nos trabalhadores e trabalhadoras, o que viola de forma flagrante os princípios da moralidade e da eficiência da administração pública.

A Constituição Federal não acolhe o “princípio” de “botar a raposa para cuidar do galinheiro”; ao contrário, foram alçados como valores fundantes da sociedade brasileira os princípios e valores da dignidade da pessoa humana, da vida digna, da proteção à saúde, do trabalho decente, da redução dos riscos inerentes ao trabalho, bem como da moralidade e da eficiência da administração pública, todos eles violados com a fantástica e mirabolante proposta do Executivo federal, contida na malfadada e famigerada Medida Provisória n. 664/14.

Ressalte-se que, por força da MP n. 664/14, também foi alterada a Lei n. 10.876/04, com a supressão do termo “exclusivamente”, contido no art. 1º da referida lei.

O efeito jurídico daí decorrente é indelével e inexorável, qual seja, a partir do dia 30.12.2014, subsistem *peritos do INSS e médicos de empresas*, ambos com atribuições para as seguintes atividades periciais: I) emissão de parecer conclusivo quanto à capacidade laboral para fins previdenciários; II) inspeção de ambientes de trabalho para fins previdenciários; III) caracterização da invalidez para benefícios previdenciários e assistenciais.

Ocorre que, no âmbito do serviço público, além de não poder ensejar a delegação de atividades típicas — e, por isso, exclusivas do Estado —, a terceirização não pode servir de

instrumento à violação do preceito constitucional que exige a realização de concurso público, por força de inúmeros dispositivos constitucionais, dentre os quais os arts. 23, II, 175 e 201 e seguintes da CF.

Outrossim, a MP n. 664/14 viola a dicção do art. 175 da CF, ao prever convênios ou termos de cooperação técnica com empresas para a realização de perícias médicas, quando a norma constitucional exige, para a realização de atividades típicas do Estado, a prestação de serviços de forma direta, cabendo a execução por particulares apenas no caso de atividades econômicas passíveis de concessão e delegação, mediante licitação.

Paradoxalmente, um dos argumentos do Executivo federal para justificar a trágica minirreforma é justamente a existência de distorções no modelo.

Ocorre que, sob o prisma exclusivamente econômico e financeiro, recente Relatório do TCU apontou que a *terceirização das perícias médicas* foi uma das causas de *ampliação dos gastos previdenciários* nas últimas décadas, situação que começou a ser regularizada com o advento da Lei n. 10.876/04, que criou a carreira de perícia médica da Previdência Social.

Eivada, assim, de flagrante inconstitucionalidade a medida provisória que visa *privatizar* a perícia médica do INSS, delegando tal atividade típica e exclusiva de Estado às próprias empresas.

3.4.3. Ampliação do prazo de 15 para 30 dias para recebimento de benefícios previdenciários. Efeitos jurídicos decorrentes da estabilidade acidentária. Precarização dos direitos dos trabalhadores. Retrocesso social

Inovando na ordem jurídica vigente há décadas, no Brasil, a MP n. 664/14, alterando o art. 60 da Lei n. 8.213/91, assim dispôs:

Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado que ficar incapacitado para seu

trabalho ou sua atividade habitual, desde que cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei:

I – ao segurado empregado, a partir do trigésimo primeiro dia do afastamento da atividade ou a partir da data de entrada do requerimento, se entre o afastamento e a data de entrada do requerimento decorrerem mais de quarenta e cinco dias;

(...)

§ 3º Durante os primeiros trinta dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença ou de acidente de trabalho ou de qualquer natureza, caberá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral.

A ampliação de 15 para 30 dias do período de custeio, pelas empresas, da remuneração integral dos trabalhadores, conquanto implique em redução significativa de gastos previdenciários, de outra banda *precariza* o quadro de direitos trabalhistas no tocante à estabilidade acidentária, prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/91, que tem como *requisito* o recebimento de auxílio-doença, a saber:

Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente. (destacou-se)

Não havendo a percepção de auxílio-doença acidentário ou não havendo a percepção de auxílio-doença comum, com posterior demanda judicial visando o reconhecimento da natureza ocupacional da doença ou do acidente, a única conclusão possível é a da *ausência* do preenchimento dos requisitos previstos no art. 118 da Lei n. 8.213/91, ensejadores do direito à estabilidade acidentária.

A partir da edição da MP n. 664/14, somente serão detentores de estabilidade acidentária os empregados que, acometidos de doenças ocupacionais ou acidentes do trabalho, forem *afastados do emprego por período superior a 30 dias*.

O elastecimento do prazo de 15 para 30 dias para pagamento da remuneração em caso

de afastamentos, a cargo da empresa, amplia, e muito, as possibilidades de dispensas discriminatórias de trabalhadores adoentados, precarizando a tutela jurídica aos empregados acometidos de doenças ocupacionais, sem que sequer se possa questionar eventual estabilidade acidentária, que somente será devida no caso de recebimento de benefício previdenciário.

Outrossim, a medida afeta negativamente as notificações de doenças ocupacionais.

A partir do ingresso no mundo jurídico do nexo técnico epidemiológico, ampliaram-se as notificações de doenças ocupacionais, notadamente em relação a transtornos mentais e comportamentais e distúrbios osteomusculares, ressaltando-se que até a edição da MP n. 664/14, a partir dos 15 dias de afastamento incumbia aos peritos do INSS avaliar a incapacidade e o nexo causal entre os agravos à saúde e as condições de trabalho.

Com a edição da medida provisória em comento somente nos afastamentos *superiores* a 30 dias será avaliado, pelos peritos do INSS, o nexo causal entre as patologias que acometem os trabalhadores e as condições de trabalho, o que evidentemente representa grave retrocesso social.

A MP n. 664/14, ao dispor que o auxílio-doença somente será devido depois de 30 dias de afastamento, com ampliação da responsabilidade das empresas pelo pagamento do período inicial, traz como efeito jurídico decorrente a *limitação* do instituto da estabilidade acidentária, prejudicando, ainda, os esforços da sociedade para fomentar a notificação de doenças ocupacionais.

3.4.4. Carência de 24 meses para a percepção de pensão por morte

A MP n. 664/14, além de instituir, de forma inconstitucional, o requisito de 24 meses de matrimônio ou união estável, alterou o art. 25 da Lei n. 8.213/91, estabelecendo carência de 24 meses para o recebimento de pensão por morte, salvo nos casos em que o segurado esteja em gozo de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez.

Trata-se de grave retrocesso social, precarizador dos direitos fundamentais dos trabalhadores que se encontram em situação de *vulnerabilidade social* pela perda de um ente querido.

Entretanto, visando à conservação da norma (inconstitucional) constante da medida provisória em comento, a partir de um grande esforço hermenêutico e com recurso à técnica da interpretação conforme a Constituição, poder-se-á admitir as seguintes conclusões:

A alteração do art. 25 da Lei n. 8.213/91 somente pode ser tida como constitucional na hipótese de *redução* do período de carência de 24 para 12 meses, instituindo-se a dispensa da carência nas hipóteses de acidente de qualquer natureza ou causa, bem como nas hipóteses de acometimento de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e do Trabalho e Emprego.

Tal entendimento decorre da interpretação do art. 196 da CF, o qual determina que a Previdência Social deve assegurar cobertura dos eventos doença e invalidez, morte e idade avançada, além de uma interpretação sistêmica da Lei n. 8.213/91.

Outrossim, a Lei n. 8.213/91 prevê, para o recebimento de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, *carência de doze meses*, salvo na hipótese de acidentes de qualquer natureza, *verbis*:

Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26:

I – auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais;
(...)

Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações:
(...)

II – auxílio-doença e aposentadoria por invalidez nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista

elaborada pelos Ministérios da Saúde e do Trabalho e da Previdência Social a cada três anos, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência, ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado.

Ressalte-se que a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos exigem que seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado (conforme) à Constituição Federal.

Destarte, a partir da técnica de interpretação em conformidade com a Constituição somente será possível admitir como constitucional a instituição da carência para recebimento de pensão por morte quando fixada em 12 meses, posto que em harmonia com os demais prazos de carência previstos para benefícios similares, como auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, bem como quando acompanhada da previsão de dispensa de carência nas mesmas hipóteses previstas no art. 26 da Lei n. 8.213/91.

3.4.5. Alteração das carências para seguro-desemprego de 6 meses para 18 meses na 1ª solicitação e para 12 meses na 2ª, admitindo-se o prazo de 6 meses apenas a partir da 3ª habilitação

Sobre o tema, assim dispõe o art. 7º da CF:

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

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário.

Reza ainda o § 4º do art. 239 da CF:

§ 4º O financiamento do seguro-desemprego receberá uma contribuição adicional da empresa cujo índice de rotatividade da força de trabalho superar o índice médio da rotatividade do setor, na forma estabelecida por lei.

Com efeito, *desde 1988*, aguarda-se a *regulamentação* da proteção contra as despedidas arbitrárias e o financiamento complementar do seguro-desemprego por empresas com alto índice de rotatividade, medidas que representariam um *caminho seguro e justo* à redução da rotatividade de mão de obra, bem como a adoção de critérios adequados de financiamento ao programa do seguro-desemprego.

Ora, como considerar constitucional tamanha flexibilização desse direito humano fundamental se passados mais de 26 anos ainda não houve nem sequer a regulamentação efetiva desse direito?

E agora, seguindo caminho totalmente diverso, o Executivo federal, ao editar a MP n. 665/14, afasta-se do modelo constitucional consagrado, adotando medidas precarizadoras dos direitos dos trabalhadores em situação de *vulnerabilidade social em razão de desemprego involuntário*, com a ampliação dos requisitos para recebimento do direito em comento.

A MP n. 665/14, alterando o art. 3º da Lei n. 7.998/89, assim dispôs sobre os *requisitos* para a concessão do seguro-desemprego:

Art. 3º (...)

I – ter recebido salários de pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, relativos:

- a) a pelo menos dezoito meses nos últimos vinte e quatro meses imediatamente anteriores à data da dispensa, quando da primeira solicitação;
- b) a pelo menos doze meses nos últimos dezesseis meses imediatamente anteriores à data da dispensa, quando da segunda solicitação; e
- c) a cada um dos seis meses imediatamente anteriores à data da dispensa quando das demais solicitações.

Ao assim proceder, o Executivo federal incorreu em outra flagrante inconstitucionalidade.

A rigor, é facultado à legislação infraconstitucional a possibilidade de alteração dos requisitos de concessão do seguro-desemprego.

Todavia, sua validade constitucional encontra-se limitada ao princípio da proibição do retrocesso social, de forma que a nova legislação

não pode promover a drástica redução ou o completo esvaziamento da norma constitucional.

O debate sobre a redução do direito fundamental dos trabalhadores à proteção contra o desemprego involuntário está diretamente relacionada à elevada rotatividade da mão de obra no Brasil.

A obra *“Rotatividade e Políticas Públicas ao Mercado de Trabalho”*, editada pelo Dieese, aborda os problemas da proteção ao desemprego involuntário nos seguintes termos:

O mercado de trabalho brasileiro sempre se caracterizou por elevadas taxas de rotatividade, o que revela que há extrema flexibilidade para o empregador promover o rompimento do vínculo de emprego. A inexistência de mecanismos que limitem a demissão imotivada; a baixa preocupação do empresariado com o investimento em qualificação para expressivos segmentos da força de trabalho; a disponibilidade de uma vasta oferta de mão de obra desempregada ou ocupada de maneira precária e sem proteção laboral e social; a baixa escolaridade e a insuficiente formação profissional; a ocupação como meio de seleção; a substituição como meio de reduzir o custo do trabalho são alguns dos fatores que explicam esta dinâmica do mercado de trabalho nacional.

No tocante ao impacto da medida adotada pelo Governo federal em relação aos *jovens*, parcela bastante vulnerável do mercado de trabalho, assim consignam os autores do citado estudo:

A baixa qualidade dos postos de trabalho no Brasil, em grande quantidade oferecida aos jovens, com condições de trabalho ruins e baixo rendimento, jornadas amplas e inadequadas para combinar com estudos, não só não incentiva a continuidade no posto de trabalho, como acelera o seu rompimento.

Para se ter ideia do impacto sobre os jovens, de se notar que o levantamento realizado pelo Dieese relaciona a distribuição dos desligamentos segundo as faixas de tempo de emprego no Brasil, da seguinte maneira:

Dispensas sem justa causa

Faixa Etária x Tempo de Empresa	10 a 14 anos	15 a 17 anos	18 a 24 anos	25 a 29 anos	30 a 39 anos	40 a 49 anos	50 a 64 anos	65 ou mais	Total por tempo de empresa
Até 2,9 meses	41	16.876	422.058	281.185	366.447	169.382	78.920	3.483	1.338.392
3,0 a 5,9 meses	48	18.040	508.100	374.578	504.788	246.283	117.702	5.311	1.774.850
6 a 11,9 meses	30	28.276	870.977	654.932	896.797	450.291	220.897	9.855	3.132.055
12 a 17,9 meses	9	7.758	403.271	332.398	453.705	223.069	109.891	5.263	1.525.364
18 a 23,9 meses	7	2.017	258.195	237.899	334.649	166.023	83.016	4.212	1.086.018
24 a 59,9 meses	8	365	381.535	508.929	797.670	419.280	221.534	13.161	2.342.482
60 a 119,9 meses	2	9	18.636	110.773	255.465	157.602	93.770	7.575	643.832
120 meses ou mais	0	0	51	3.048	62.617	75.512	75.546	9.541	226.315
N Class	0	66	1.822	1.625	2.458	1.380	713	82	8.146
Total	145	73.407	2.864.705	2.505.367	3.674.596	1.908.822	1.001.989	58.483	12.087.514

Fonte: RAIS/2013 – Ministério do Trabalho e Emprego

A partir da MP n. 665/14, o número de benefícios não elegíveis para o recebimento do seguro-desemprego será *em torno de 64% das rescisões sem justa causa que ocorrem no país*, residindo justamente neste aspecto fático a grave inconstitucionalidade da norma que *reduz de forma substancial* o direito humano fundamental previsto no art. 7º, II, da CF.

Vale dizer, aproximadamente, 64% dos trabalhadores dispensados sem justa causa não terão direito a receber o benefício do seguro-desemprego, garantido inclusive pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, com a vigência da abominável regra da medida provisória em estudo.

A inconstitucionalidade decorrente da violação do princípio da vedação do retrocesso social resulta, pois, cristalina.

Não se trata de vedar de forma absoluta eventuais alterações legislativas em relação ao seguro-desemprego — que são, em princípio, lícitas e amparadas constitucionalmente —,

mas de anunciar a inconstitucionalidade de norma que obsta o exercício de um direito constitucional à imensa maioria dos trabalhadores, notadamente em relação aos jovens desempregados.

Estima-se que, com a MP n. 665/14, *aproximadamente 80% dos jovens deste país não terão mais acesso ao benefício do seguro-desemprego*.

A projeção consta da avaliação de estudo formulado pelo Prof. Hélio Zylberstajn, professor de economia das relações de trabalho da USP, em matéria publicada do site Conjur, *verbis*:

Retrocesso Social. Mudança na Previdência tira seguro-desemprego de 80% dos jovens, diz economista. Quatro em cada cinco trabalhadores jovens deverão ficar sem acesso ao seguro-desemprego a partir da Medida Provisória que propõe mudanças no regime previdenciário e de direitos trabalhistas do país. Segundo Hélio Zylberstajn, professor de economia das relações de trabalho da

USP, a nova regra — que ainda deve passar pela validação do Congresso, por se tratar de Medida Provisória — ‘vai limar o acesso dos jovens ao seguro desemprego’. De acordo com Zylberstajn, os números do Ministério do Trabalho mostram que 80% dos trabalhadores jovens não completam 18 meses ininterruptos no mesmo emprego — condição imposta pela proposta do governo para que o trabalhador tenha acesso ao auxílio.

Com efeito, os termos da MP n. 665/14, que *triplicaram* de 6 para 18 meses o requisito de vínculo de emprego para fins de percepimento do seguro-desemprego, configuram evidente *discriminação indireta* contra jovens trabalhadores.

Sobre a conceituação de *discriminação indireta*, assim tem se pronunciado a doutrina:

(...) a discriminação indireta engendra seus efeitos por meio de previsões, critérios ou práticas aparentemente neutros, mas que sejam suscetíveis de colocar em situação de desvantagem uma proporção substancial de membros que atendam aos aludidos critérios constitucionais desfechos de discriminação, descontados os casos em que tais previsões, critérios ou práticas se mostrem apropriados e necessários, além de justificáveis por fatores objetivos legítimos. (...)

Originária dos Estados Unidos dos anos setenta do século passado, costuma-se empregar a teoria do impacto desproporcional como suporte à impugnação de medidas públicas ou privadas, aparentemente neutras quanto ao gênero ou raça, mas que detenham potencial para resultar em discriminação indireta contra minorias vulneráveis.

Consiste ela na ideia de que:

(...) toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio

constitucional da igualdade material, se em consequência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas. (...)

Ainda que essa teoria não apareça com frequência na jurisprudência constitucional brasileira, Daniel Sarmento observa que nossos tribunais vêm se mostrando cada vez mais abertos aos argumentos por ela formulados, acerca do real impacto de certas medidas sobre grupos estigmatizados, “(...) independentemente da comprovação de qualquer intenção discriminatória”.

Demonstrado, portanto, que a MP n. 665/14 *triplicou*, de 6 para 18 meses, a condição de existência de vínculo de emprego, para fins de recebimento do seguro-desemprego — obstando o benefício a cerca de 80% dos jovens trabalhadores deste país, grupo social com grande vulnerabilidade no mercado de trabalho, em geral submetido a condições de trabalho bastante precárias —, não resta dúvida quanto à inconstitucionalidade da norma em face dos princípios da vedação do retrocesso social e da vedação de conduta discriminatória indireta, a qual afrontaria o art. 5º da CF.

A vulnerabilidade de jovens no mercado de trabalho, sobretudo daqueles com menor grau de escolaridade, já foi referida neste artigo.

Sobre a relação entre vulnerabilidade social e desemprego involuntário assim restou consignado na obra do Dieese:

(...) Os dados do Gráfico 15 também demonstram que, entre os vínculos rompidos, há uma prevalência de trabalhadores com menor escolaridade, apontando que a rotatividade atinge mais os que têm escolaridade mais baixa. Os dados da Tabela 8 (página 47) confirmam que os desligados têm, em média, menor escolaridade, observando que o percentual de trabalhadores desligados com até o ensino médio incompleto é geralmente superior ao dos trabalhadores que continuam ativos.

Para os autores desse estudo, as soluções a serem adotadas não passam pela precarização de direitos sociais, mas pela redução da rotatividade no mercado de trabalho por meio de políticas públicas instituidoras de direitos, como a regulamentação do art. 7º, I, da CF ou a ratificação da Convenção Coletiva n. 158 da OIT, *verbis*:

A rotatividade é um fenômeno que revela a alta flexibilidade existente para a contratação e demissão dos trabalhadores por parte dos empregadores privados e públicos, quando estes contratam celetistas. A primeira medida, mais estruturante e com outra concepção e política de relações de trabalho, seria a ratificação da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata de colocar limites à demissão imotivada. Não se trata de proibir a demissão, mas de colocar regras e limites, invertendo a lógica pela qual a força de trabalho — o ser humano — é um recurso ajustado segundo a necessidade exclusiva da produção e dos resultados operacionais das empresas. Essa ratificação e a necessária regulamentação em lei abriria o debate sobre um novo patamar para as relações sociais de produção no Brasil.

Sobre os problemas afetos ao financiamento do seguro-desemprego, sugerem os autores as seguintes medidas:

(...) a promoção de um debate público sobre a regulamentação do “adicional de rotatividade”, conforme previsto no art. 239 da Constituição Federal. Neste sentido, cabe ressaltar que o estudo, além de mostrar a diferenciação setorial da rotatividade, também revelou forte concentração da rotatividade em um pequeno número de estabelecimentos que informam a Rais. Além disso, cerca de 53% dos desligamentos ocorridos no decorrer dos últimos anos concentraram-se em 20 famílias ocupacionais, praticamente as mesmas. A segunda alternativa aqui apresentada refere-se à eliminação da DRU como forma de aportar a parte dos recursos da arrecadação do PIS/Pasep que tem sido destinada ao Tesouro

Nacional. A continuidade do crescimento das despesas, ainda que o forte impacto deste crescimento tenha ocorrido na década passada, pode colocar em risco a função constitucional de financiar o desenvolvimento através dos aportes ao BNDES, bem como limitar o papel do MTE na promoção de políticas públicas voltadas para a qualificação, intermediação e geração de renda, ou seja, de suporte e de melhoria do mercado de trabalho brasileiro. E, por último, causa preocupação o impacto da desoneração fiscal promovida pelo Simples Nacional, sobre a base de arrecadação do PIS/Pasep, ampliando a perda de receita já imposta pela DRU. A mensuração dos impactos desta desoneração na receita do FAT depende de entendimentos com os órgãos responsáveis pelo controle e pela arrecadação fiscal.

No tocante à existência de fraudes na concessão do seguro-desemprego, anotam corretamente os autores:

Resta saber se a elevação da rotatividade, indicada anteriormente, deve-se ao aumento da fraude no seguro-desemprego — estimulando uma saída oculta do posto de trabalho para acumular o benefício — ou se, de fato, reflete uma dinâmica ocupacional que afeta prioritariamente alguns segmentos do mercado de trabalho. Ou seja, é o trabalhador conivente com a rotatividade, ou ele surge como “vítima” de uma dinâmica que caracteriza algumas ocupações e trabalhadores com alguns atributos específicos? Os dados apresentados nos outros estudos indicados e resumidos acima indicam que a segunda hipótese se aproxima mais da realidade social brasileira.

Para finalizar, a terceirização também contribuiu para o desemprego (rotatividade), sendo de todos conhecida a precarização das condições de trabalho por ela proporcionada. Veja-se:

De todo modo, a rotatividade nessas empresas é alta (setor de serviços), assim como

é elevado o número de trabalhadores que nelas atuam: estima-se que 12 milhões é o universo de trabalhadores que podem ter vínculo com uma empresa prestadora de serviços terceirizados. Existem ainda indicações de que há crescimento do total de empresas prestadoras de serviço, bem como do trabalho autônomo para uma ou mais empresas. Esse fenômeno desloca empregos dos demais setores, principalmente industrial, para o setor de serviço.

4. Vigência das medidas provisórias

As medidas provisórias estabeleceram para as diversas alterações, períodos de vigência distintos, a saber:

- a) período de vigência a partir da publicação, em relação à possibilidade de realização de perícias previdenciárias por empresas privadas, por meio de convênio ou termo de cooperação técnica;
- b) período de vigência de 15 dias para o requisito de 24 meses de casamento ou união estável para fins de pensão por morte;
- c) 1º de março de 2015 para os demais dispositivos.

5. Conclusões

A partir das inúmeras incongruências das medidas provisórias, apontadas de modo sintético neste artigo, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

- I – as alterações realizadas por meio de medidas provisórias configuram um grave retrocesso social e precarização dos direitos fundamentais dos trabalhadores, notadamente aqueles em situação de vulnerabilidade social em razão de desemprego involuntário, morte de ente familiar e doenças ocupacionais. Dos 55 bilhões de reais previstos para o ajuste fiscal, os trabalhadores arcarão com 18 bilhões (cerca de 32%), um alto custo pela retirada de direitos sociais;
- II – as medidas provisórias contêm inconstitucionalidades formais: a) relativas à

ausência de urgência e relevância, requisitos constitucionais previstos no art. 62 da CF, mormente em se tratando de direitos fundamentais que vigoram durante décadas no país; b) por força do art. 246 da CF, é imperioso concluir que somente por meio de lei ordinária poderá o Executivo federal regulamentar ou mudar os critérios definidos em lei para a concessão de benefícios previdenciários;

III – as medidas provisórias também são eivadas de inconstitucionalidades materiais decorrentes da violação aos princípios da proibição do retrocesso social, da igualdade, do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, da indelegabilidade da atividade típica de Estado, em relação aos benefícios de auxílio-doença e pensões por morte de empregados celetistas e servidores públicos;

V – mantidos os termos da MP n. 665/14, cerca de 65% dos trabalhadores dispensados sem justa causa não serão abrangidos pelo benefício do seguro-desemprego;

V – a redução da alta rotatividade de trabalhadores depende da regulamentação do art. 7º, I, da CF, por meio da ratificação da Convenção n. 158 da OIT e da eliminação ou pelo menos regulamentação restritiva das terceirizações no Brasil, e não da edição de medida provisória inconstitucional, que apenas posterga a solução do problema.

6. Referências bibliográficas

Anuário Estatístico da Previdência Social. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/aepe-2013-secao-i-beneficios-subsecao-a/>> Acesso em: 16 jan. 2015.

BARROSO, Roberto Luís *apud* GARCIA, Sérgio Renato Tejada. *O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria, análise de precedentes do STF e dos TRF e da Turma Nacional de Uniformização*. Disponível em: <http://www.revistadourina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadourina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html> Acesso em: 15 jan. 2015.

DIEESE. *Rotatividade e Políticas Públicas ao Mercado de Trabalho*. São Paulo, 2014, p. 98. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/livro/2014/livroRotatividade.pdf>> Acesso em: 18 jan. 2015.

MELLO, Celso *apud* GARCIA, Sérgio Renato Tejada. *O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria, análise de precedentes do STF e dos TRF e da Turma Nacional de Uniformização*.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17.

MELO, Ricardo. Disponível em: <<http://www.contextolive.com.br/2015/01/chama-o-sindico.html>> Acesso em: 15 jan. 2015.

MENDES, Gilmar. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas Leituras*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-gilmar-mendes.pdf> Acesso em: 17 jan. 2015.

MERCADANTE, Aloízio. Disponível em: <http://www.ocorreionews.com.br/novo/index.php?option=com_k2&view=item&id=9164:governo-muda-benef%C3%ADcios-como-pens%C3%A3o-por-morte-e-seguro-desemprego&Itemid=143> Acesso em: 15 jan. 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 37.

RODRIGUES, João Augusto. *Discriminação indireta no trabalho por motivo de raça e gênero: um enfoque a partir das teorias da justiça distributiva e da economia da discriminação*. Dissertação (Mestrado). Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Centro Universitário de Brasília (Uniceub), p. 64. Disponível em: <<http://www.uniceub.br/media/188729/JoaoAugustoDiscriminacaoIndiretaNoTrabalho.pdf>> Acesso em: 19 jan. 2015.

ROUSSEF, Dilma. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/09/1517323-nem-que-a-vaca-tussa-governo-mexe-no-13-e-nas-ferias-afirma-dilma.shtml>> Acesso em: 22 jan. 15.

SILVA, José Afonso *apud* GARCIA, Sérgio Renato Tejada. *O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria, análise de precedentes do STF e dos TRF e da Turma Nacional de Uniformização*.

Tribunal de Contas de União. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas_governo/areas_atuacao/previdencia_social/Relat%C3%B3rio_Aux%C3%ADlio%20Doen%C3%A7a.pdf> Acesso em: 17 jan. 2015.

ZYLBERSTAJN, Hélio. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-31/mudanca-previdencia-tira-seguro-desemprego-80-jovens>> Acesso em: 18 jan. 2015.

Os trabalhadores imigrantes no Brasil: a condição de ilegalidade como fator de superexploração

Alyane Almeida de Araújo^(*)

Resumo:

- ▶ No Brasil, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho são fundamentos do Estado Democrático de Direito, mas o Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/1980) não tem regras condizentes com esses princípios. O Projeto de Lei n. 5.655/2009 também parece não superar as dificuldades. O problema da pesquisa consiste em descobrir a influência dos requisitos legais para a formalização da situação jurídica do estrangeiro na proteção social do trabalhador imigrante. Com as técnicas de prospecção bibliográfica e documental em leis e documentos, o resultado indicou que a regulação para entrada e permanência regular do estrangeiro no território do Brasil dificulta a sua formalização, tornando-o presa fácil de intermediadores de mão de obra que não garantem condições dignas de existência e remuneração, cerceando também o seu direito de acesso ao Judiciário. Concluiu-se, pela confrontação dos dados oficiais acerca dos trabalhadores com visto de permanência regular com as operações fiscalizatórias do Ministério Público do Trabalho, que os fatores jurídicos regulatórios contribuem para a situação de vulnerabilidade social do imigrante irregular que trabalha no Brasil, gerando um estado de superexploração.

Palavras-chave:

- ▶ Proteção social — Trabalhador imigrante — Estatuto do Estrangeiro.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A condição jurídica do estrangeiro no Brasil
 - ▶ 2.1. Constituição da República Federativa do Brasil
 - ▶ 2.2. Requisitos de entrada e permanência do estrangeiro

(*) Técnica Judiciária do TRT da 21ª Região. Mestranda em Direito pela UFRN, Área de Concentração em Processo e Garantias de Direitos e Linha de Pesquisa em Direito Internacional (em andamento). Especialista em Processo e Direito do Trabalho pela Uniderp (2008) e em Direito Internacional pela UFRN (2014). Integrante do Grupo de Estudos Trabalho, Estado e Sociedade, GETES-UFRN.

- ▶ 2.2.1. O que diz o Estatuto do Estrangeiro
- ▶ 2.2.2. As críticas ao Estatuto do Estrangeiro
- ▶ 2.2.3. O Projeto de Lei n. 5.655/2009
- ▶ 3. Trabalhadores imigrantes regulares e irregulares no Brasil
 - ▶ 3.1. Conselho Nacional de Imigração – CNIg
 - ▶ 3.2. Fiscalizações do Ministério Público do Trabalho
- ▶ 4. Conclusão
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

A globalização mundial não ficou restrita à circulação de bens e informações; a circulação de pessoas também faz parte desse fenômeno comumente designado para evidenciar o atual nível de intercâmbio além das fronteiras nacionais.

As pessoas atravessam as fronteiras dos seus países por variados motivos — turísticos, sociais, ambientais, por catástrofe natural ou humana. Mas é a busca de trabalho que mais se destaca, especialmente diante das diferenças socioeconômicas entre os países do globo terrestre. O objetivo de melhoria nas condições de vida é comum à maior parte das pessoas que saem do seu país em busca de trabalho.

De acordo com dados da Organização Internacional para as Migrações — OIM, a mobilidade do trabalho tornou-se uma característica fundamental da globalização e da economia global. Estima-se que 105 milhões de pessoas estão trabalhando em um país diferente do local de nascimento. O ganho econômico dos trabalhadores, em torno de 440 bilhões de dólares, apenas em 2011, ocasiona uma considerável distribuição de renda para os países de origem dessas pessoas, pois dados do Banco Mundial dão conta da transferência de 350 bilhões de dólares do total recebido, na forma de remessas. O organismo internacional adverte, no entanto, que, apesar dos esforços envidados para garantir a proteção dos trabalhadores migrantes, muitos

continuam vulneráveis e assumem riscos significativos durante o processo de migração⁽¹⁾.

A migração laboral é um fato social com variados ângulos de observação científica, que vão desde o aproveitamento econômico até questões de identidade cultural. No presente trabalho, intentamos abordar a influência da formalização da situação jurídica do estrangeiro na proteção social dos trabalhadores imigrantes no território do Brasil.

Inicialmente, serão analisados os valores e normas constitucionais que permeiam o princípio da igualdade jurídica entre o brasileiro e o estrangeiro no Brasil, a regulação jurídica para entrada e permanência do estrangeiro no território do Brasil, as críticas feitas a essa regulação, o projeto de lei criado para se adequar aos valores sociais e os atuais requisitos específicos para a concessão de autorizações temporárias e permanentes para trabalho. Em seguida, será feita uma ponderação para se perquirir a relação entre os fatores jurídicos regulatórios e a vulnerabilidade da proteção social do trabalhador imigrante.

(1) “Today, an estimated 105 million persons are working in a country other than their country of birth. Labour mobility has become a key feature of globalization and the global economy with migrant workers earning US\$ 440 billion in 2011, and the World Bank estimating that more than \$350 billion of that total was transferred to developing countries in the form of remittances. However, despite the efforts made to ensure the protection of migrant workers, many remain vulnerable and assume significant risks during the migration process.” Disponível em: <<http://www.iom.int/cms/en/sites/iom/home/what-we-do/labour-migration.html>> Acesso em: 30 set. 2014.

2. A condição jurídica do estrangeiro no Brasil

2.1. Constituição da República Federativa do Brasil

A importância de ressaltar o quadro jurídico da Constituição a respeito do tema reside na relevância do que a sociedade já consentiu sobre o que deve ser considerado na construção de um bem comum social, na perspectiva do Poder Constituinte Originário.

A dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa são fundamentos do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil (art. 1º, incisos III e IV, CRFB/88). Além disso, são objetivos fundamentais da Nação a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incisos I e IV, CRFB/88).

A igualdade entre todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, está estatuída no art. 5º, que também garante aos brasileiros e aos estrangeiros a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Cabe registrar que, embora a letra da Constituição faça referência expressa ao “estrangeiro residente no país”, o Supremo Tribunal Federal interpreta esse dispositivo de modo a abranger também a proteção dos estrangeiros não residentes⁽²⁾.

Desse modo, ao trabalhador estrangeiro e ao trabalhador nacional deve ser conferida a mesma proteção social prevista na legislação trabalhista e previdenciária. É claro que,

quando se fala no princípio da igualdade entre nacional e estrangeiro, não está a se referir aos casos em que existe disciplina própria na Constituição sobre os cargos privativos de brasileiro nato previstos no art. 12, § 3º (Presidente e Vice-Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal, Ministro do Supremo Tribunal Federal, da carreira diplomática, de oficial das Forças Armadas e Ministro de Estado da Defesa).

Como o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser o norteador de todas as interpretações legislativas, por se constituir em fundamento da nossa República, entendemos que o estrangeiro merecedor da proteção estatal não deve ser apenas aquele que atendeu aos requisitos para entrada e permanência no Brasil, mas também aqueles que estão em situação irregular, exatamente porque são os que mais a necessitam.

A posição de que os residentes ilegais são detentores de direitos trabalhistas no Brasil é defendida pela Procuradora do Trabalho Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes, que entende que o acesso ao emprego pode até ser pré-condicionado à regularização, mas, se já houve a prestação de serviços, são devidos os direitos decorrentes do trabalho que o imigrante tenha exercido, inclusive podendo ele optar por ajuizar uma ação perante a Justiça do Trabalho, a fim de buscar o pagamento dos direitos previstos na legislação nacional.

Observe-se a transcrição do seu posicionamento:

Por isso, só se pode concluir que os direitos humanos garantidos pela Constituição de 1988 valem inclusive para estrangeiros não residentes ou residentes ilegais. Só cabe a ressalva quanto ao motivo ensejador da situação concreta que afasta o residente irregular da regularidade administrativa. A admissibilidade da restrição a direitos decorre de que o exercício das liberdades não é independente de eventual atendimento a requisitos legais. Assim, por exemplo, o

(2) HC 94.016, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16.9.2008, Segunda Turma, DJE de 27.2.2009; HC 102.041, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20.4.2010, Segunda Turma, DJE de 20.8.2010; HC 94.404, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18.11.2008, Segunda Turma, DJE de 18.6.2010. Vide: HC 94.477, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 6.9.2011, Segunda Turma, DJE de 8.2.2012; HC 72.391-QO, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 8.3.1995, Plenário, DJ de 17.3.1995.

fato do imigrante estar trabalhando informalmente pode privá-lo do direito ao emprego específico caso não seja promovida a sua regularização (e isso para os estrangeiros comuns, pois os mercosulinos têm um *status* privilegiado, que lhe garantem o direito a qualquer trabalho lícito), mas não pode privá-lo dos direitos decorrentes do trabalho que tenha sido exercido, inclusive de sua tutela jurisdicional, devidamente previstos dentre os direitos e garantias fundamentais no seio da Constituição Federal. Assim, devem ser definitivamente afastadas interpretações simplistas do *caput* do art. 5º, que neguem direitos a estrangeiros considerados “não residentes” pela situação de irregularidade migratória. E toda alteração legislativa que pretenda instituir disparidade de tratamento, terá de ser justificada com base em fundamento que respeite os direitos humanos, os valores de reciprocidade da comunidade internacional, a proibição do retrocesso histórico, a razoabilidade, a proporcionalidade e o direito ao pertencimento de todo cidadão do mundo.⁽³⁾

A necessidade de regularidade da condição jurídica para admissão pode ser encontrada no art. 359, da CLT, que determina que nenhuma empresa poderá admitir a seu serviço empregado estrangeiro sem que este exiba a carteira de identidade de estrangeiro devidamente anotada.

Entretanto, a contraprestação pelos serviços já prestados pelo trabalhador imigrante irregular não pode ser obstaculizada diante do princípio da vedação do enriquecimento ilícito pela empresa exploradora da mão de obra.

Entendemos que não deveria ser outra a consideração da proteção social do trabalhador

estrangeiro, que é considerada uma pessoa detentora da mesma dignidade que o nacional, e por esta razão é merecedor da tutela protetiva do Estado.

2.2. Requisitos de entrada e permanência do estrangeiro

2.2.1. O que diz o atual Estatuto do Estrangeiro

Cada país regula a abertura das suas fronteiras de acordo com o seu programa político estabelecido em leis. No Brasil, a situação jurídica do estrangeiro é regulada pela Lei n. 6.815/1980, editada na vigência da Constituição anterior à atual.

De acordo com essa lei, as modalidades de visto são: de trânsito, de turista, temporário, permanente, de cortesia, oficial e diplomático (art. 4º).

Os vistos de trânsito, de turista, de cortesia, oficial e diplomático são inservíveis aos trabalhadores imigrantes, pois não é permitida a finalidade imigratória, nem intuito de exercício de atividade remunerada. Restam, portanto, os vistos temporário e permanente, a seguir analisados.

O visto temporário pode ser concedido ao estrangeiro que pretenda vir ao Brasil em viagem cultural ou em missão de estudos, em viagem de negócios, na condição de artista ou desportista, estudante, cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria, sob regime de contrato ou a serviço do Governo brasileiro, de correspondente de jornal, revista, rádio, televisão ou agência noticiosa estrangeira, de ministro de confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa (art. 13).

No entanto, é vedado o exercício de atividade remunerada ao portador do visto temporário na condição de estudante ou de correspondente de jornal, revista, rádio, televisão ou agência estrangeira, neste último caso,

(3) LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Menos nacionalismo e mais direitos humanos: o papel do MPT diante do trabalho do estrangeiro em situação irregular. *Revista ANPT. Revista do Ministério Público do Trabalho/Procuradoria-Geral do Trabalho*, São Paulo, LTr, n. 41, p. 210, 2011.

se ele for remunerado por fonte brasileira (art. 98). Também é proibido que o portador de visto temporário estabeleça firma individual ou exerça cargo ou função de administrador, gerente ou diretor de sociedade comercial ou civil, bem como inscrever-se em entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada (art. 99). Essa inscrição somente é permitida, para o portador de visto temporário, na condição de cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria, sob regime de contrato ou a serviço do Governo brasileiro (art. 99, parágrafo único).

Observa-se, portanto, que as hipóteses de utilização do visto temporário para o trabalhador imigrante são escassas e limitadas, sem falar que, se ele for admitido na condição de temporário sob regime de contrato, só poderá exercer atividade junto à entidade pela qual foi contratado na oportunidade da concessão do visto, salvo autorização expressa do Ministério da Justiça, ouvido o Ministério do Trabalho (art. 100).

Vale ressaltar, porém, que os chamados trabalhadores fronteiriços, que são aqueles domiciliados em cidade contígua ao território nacional e trabalham em cidades fronteiriças no Brasil têm regulação especial com maior abertura (art. 21).

O exercício de trabalho remunerado é permitido, por sua vez, ao estrangeiro que consiga o visto permanente, que é aquele concedido a quem pretenda se fixar definitivamente no Brasil (art. 16), mas as possibilidades de concessão desse visto são muito restritas.

O visto permanente basicamente só pode ser concedido em três casos: reunião familiar (Resolução Normativa n. 36 do Conselho Nacional de Imigração), transferência de aposentadoria (Resoluções Normativas ns. 45 e 95 do Conselho Nacional de Imigração) e investidor estrangeiro (Resolução Normativa n. 84 do Conselho Nacional de Imigração).

É interessante notar que o parágrafo único do art. 16 dispõe que a imigração objetivará,

primordialmente, propiciar mão de obra especializada aos vários setores da economia nacional, visando à Política Nacional de Desenvolvimento em todos os aspectos e, em especial, ao aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos.

Observamos, pelo exposto, que não é fácil nem simples que o trabalhador estrangeiro consiga preencher os requisitos legais para regularidade de entrada e estadia no território brasileiro.

E se ele, estando clandestino ou irregular, for encontrado por alguma autoridade pública, a lei proíbe a legalização da sua condição (art. 38), devendo se retirar voluntariamente do território nacional em prazo determinado; caso contrário, será promovida sua deportação (art. 57), que nada mais é do que a saída compulsória do estrangeiro para o país de nacionalidade ou de procedência, ou para outro que consinta em recebê-lo (art. 58).

Para finalizar a análise dos dispositivos do Estatuto do Estrangeiro, trazemos a extremidade da previsão legal de que, se o estrangeiro estiver em situação de “vadiagem” ou “mendicância” (termos utilizados na alínea “c” do parágrafo único do art. 65), incidirá a figura da expulsão do território nacional, à qual também se submete aquele que praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil (alínea “a” do mesmo dispositivo).

É inequívoco, portanto, que as condições estabelecidas nessa Lei para entrada e permanência no Brasil são de difícil cumprimento.

2.2.2. As críticas ao Estatuto do Estrangeiro

O Estatuto do Estrangeiro, como dito, foi promulgado antes da vigência da atual Constituição de 1988.

Essa observação temporal é importante, na medida em que a Constituição Federal de 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã”, instaurou um novo regime

democrático que norteia o funcionamento de toda a sociedade. Faz-se necessário, portanto, usar as “lentes” da Constituição para “fazer a leitura” da Lei n. 6.815/1980, diante do risco de haver dispositivos não recepcionados pela Constituição.

Questões como “segurança nacional” e “organização institucional” (art. 2º), “interesses nacionais” (art. 3º), expressões vagas e carregadas de demagogia moralista como “vadiagem” (art. 65, parágrafo único, alínea “c”), além do medo e receio da liberdade de pensamento, estampado na proibição de que o estrangeiro exerça “junto a compatriotas ou não”, a “adesão a ideias, programas ou normas de ação de partidos ou facções políticas de qualquer país” e organize ou participe de “desfiles, passeatas, comícios e reuniões de qualquer natureza” (art. 107, incisos II e III) são notoriamente heranças de um período ditatorial repleto de violações a direitos humanos.

Torna-se necessária, portanto, uma atualização legislativa sobre a condição de entrada e permanência do estrangeiro, considerando que o Brasil não vive mais em uma época de restrição de direitos e liberdades públicas.

2.2.3. O Projeto de Lei n. 5.655/2009

Está em trâmite um Projeto de Lei (PL n. 5.655/2009) que visa substituir o atual Estatuto do Estrangeiro. Atualmente, ele está na Câmara Federal, aguardando Parecer do Relator na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional (CREDN)⁽⁴⁾.

De acordo com a redação dos seus artigos iniciais, a mudança é norteada pela garantia dos direitos humanos, interesses nacionais, socioeconômicos e culturais, preservação das instituições democráticas e fortalecimento das relações internacionais, além da intenção de combater práticas abusivas advindas de situação migratória irregular.

(4) Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=443102>> Acesso em: 2 out. 2014.

Na parte dedicada aos vistos temporários, há a inovação da previsão da figura do “visto de trabalho”, “com ou sem vínculo empregatício ou funcional no Brasil” (art. 21, inciso III), que abrangerá atividades de treinamento ou capacitação profissional, assistência técnica ou transferência de tecnologia, pesquisa, trabalho marítimo ou de técnico embarcado, trabalho voluntário, administrador, gerente, diretor ou executivo de sociedade, de grupo ou de conglomerado econômico, de fundação e de entidade sem fins lucrativos e professor, técnico ou cientista aprovado em concurso público em instituição pública de ensino ou de pesquisa científica e tecnológica, ou seja, trata-se de atividades com certo grau de capacitação, que objetiva dar vazão à declarada finalidade da “política imigratória” (art. 4º), que é direcionada à admissão de “mão de obra especializada adequada aos vários setores da economia nacional, ao desenvolvimento econômico, social, cultural, científico e tecnológico do Brasil, à captação de recursos e geração de emprego e renda, observada a proteção ao trabalhador nacional”.

Há dois tipos de visto temporário de trabalho: sem vínculo empregatício e com vínculo empregatício ou funcional, ambos com até dois anos de duração.

Para a primeira hipótese, não é admitido o estabelecimento de vínculo empregatício no Brasil, o exercício de atividade remunerada por fonte brasileira e a sua transformação em permanente (art. 26, § 1º).

Para a segunda, admite-se uma única prorrogação e o visto poderá ser transformado em permanente pelo Ministério da Justiça, mediante justificativa da necessidade da permanência do estrangeiro no País, e prévia manifestação do Ministério do Trabalho e Emprego (art. 28), ficando o estrangeiro vinculado aos termos do contrato que ensejou a concessão do visto (art. 29), onde qualquer alteração contratual dependerá de manifestação do Ministério do Trabalho e Emprego (art. 29, §1º).

É interessante notar que houve preservação da proteção do mercado de trabalho nacional, pois a prorrogação do visto de trabalho temporário será indeferida se implicar situação que caracterize substituição indevida da mão de obra nacional, ouvido o Ministério do Trabalho e Emprego (art. 30).

As disposições sobre a expulsão do estrangeiro em situação de “vadiagem” ou “mendicância” (art. 65 do atual Estatuto do Estrangeiro) foram retiradas do Projeto de Lei.

Além disso, o art. 156 do Projeto de Lei autorizou o Poder Executivo a: I – firmar acordos internacionais que estabeleçam as condições para a concessão, gratuidade, isenção ou dispensa dos vistos estatuidos nesta Lei, observado o princípio da reciprocidade de tratamento a brasileiros e respeitados a conveniência e os interesses nacionais; II – promover regularização migratória para estrangeiros residentes no País, desde que garantida a reciprocidade de tratamento a brasileiros ou, ainda, unilateralmente em caso de interesse nacional; e III – estabelecer, sob reciprocidade, tratamento migratório mais favorável a estrangeiros provenientes de países do Mercosul e Estados Associados ou da Comunidade de Países de Língua Portuguesa — CPLP.

O Projeto de Lei, contudo, não é imune a críticas.

O “Manifesto em Defesa de Uma Nova Lei de Migração Pautada nos Direitos Humanos e na Solidariedade entre os Povos”, elaborado por Instituições integrantes do Fórum Social pela Integração e Direitos Humanos dos Migrantes no Brasil em abril de 2012⁽⁵⁾, se

pronuncia pela insuficiência do Projeto de Lei em andamento para a garantia de tratamento digno para os imigrantes e melhor gestão das questões ligadas à imigração no Brasil.

Também são destacados no Manifesto aspectos inconstitucionais do Projeto que demonstram o excessivo controle na vida diária do cidadão migrante, o não cumprimento do objetivo constitucional de combate à pobreza, o retrocesso de criminalização do imigrante que se encontra em condição de irregularidade administrativa, a atitude discriminatória e restritiva quanto à preferência por profissionais qualificados e a necessidade de um trabalho formal para obtenção do visto, e a ausência de concessão de direitos políticos ao imigrante.

Segundo o Manifesto, esse projeto faz com que os procedimentos administrativos permaneçam extremamente burocratizados e o interesse e a segurança nacional prevaleçam sobre os direitos humanos. Como uma das pautas reivindicativas, o Manifesto propõe a criação de um órgão civil responsável pelas questões migratórias e um serviço público de imigração que não seja mais a Polícia Federal⁽⁶⁾.

3. Trabalhadores imigrantes regulares e irregulares no Brasil

3.1. Conselho Nacional de Imigração — CNIg

O Conselho Nacional de Imigração foi criado pelo Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/1980).

(5) As Instituições são: Agência de Informações Frei Tito para América Latina e Caribá — ADITAL, Articulação Sulamericana Espaço sem Fronteiras, Associação Bolbra, Bolívia Cultural, Associação de Imigrantes Paraguios — Japayke, Associação Peruana de São Paulo, Associação Salvador Allende, Casa das Áfricas, Central Única dos Trabalhadores — CUT, Centro de Direitos Humanos e Cidadania do Imigrante — CDHIC, Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos, Comitê contra o Genocídio da Juventude Negra de SP, Confederação Sindical das Américas — CSA, Convergência das Culturas, Cooperativa dos Empreendedores Bolivianos e Imigrantes em Vestuário e Confecção — COEBIVECO, Força Sindical, Grito dos Excluídos Continental, Instituto de Reintegração

do Refugiado — ADUS, Instituto de Sociologia da USP, Instituto para o Desenvolvimento da Diáspora Africana no Brasil — IDDB, Juventud Sin Fronteras. Marcha Mundial das Mulheres — MMM, Presença da América Latina — PAL, Projeto de Extensão Universitária “Educar para o Mundo” do Instituto de Relações Internacionais da USP, Rádio Infinita, Sindicato das Costureiras de São Paulo e Osasco, Uneafro Brasil e União Geral dos Trabalhadores — UGT. Disponível em: <<http://www.cdhic.org.br/wp-content/uploads/2013/05/Manifesto-em-Defesa-de-Uma-Nova-Lei-de-Migra%C3%A7%C3%A3o-pautada-em-direitos-humanos-2012.pdf>> Acesso em: 2 out. 2014.

(6) Disponível em: <<http://www.cdhic.org.br/wp-content/uploads/2013/05/Manifesto-em-Defesa-de-Uma-Nova-Lei-de-Migra%C3%A7%C3%A3o-pautada-em-direitos-humanos-2012.pdf>> Acesso em: 2 out. 2014.

Vinculado ao Ministério do Trabalho, tem a organização e o funcionamento definidos pelos Decretos ns. 840/1993 e 3.574/2000, e é o órgão competente para formular a política de imigração, coordenar e orientar as atividades de imigração, efetuar o levantamento periódico das necessidades de mão de obra estrangeira qualificada, para admissão em caráter permanente ou temporário, promover ou fornecer estudos de problemas relativos à imigração, estabelecer normas de seleção de imigrantes, dirimir as dúvidas e solucionar os casos omissos, além de opinar sobre alteração da legislação relativa à imigração, quando proposta por qualquer órgão do Poder Executivo.

De acordo com a base estatística atualizada até 30 de junho de 2014, o CNIg demonstra que foram concedidas 2.984 autorizações para visto de estrangeiro no Brasil, sendo 2.821 permanentes e 163 temporárias. Desse total, a categoria de visto mais utilizada é a “Residência em caráter humanitário”, contando com 2.525 do total, e a principal nacionalidade é do Haiti, com 1.539, seguido por Bangladesh, com 415 imigrantes⁽⁷⁾.

Esses números contrastam, no entanto, com a exposição de outra base estatística, específica para a concessão de vistos do trabalhador estrangeiro, divulgada em março de 2011 pela Coordenação Geral de Imigração (CGig), que pertence ao CNIg. De acordo com esses últimos dados, 56.006 trabalhadores estrangeiros foram autorizados a trabalhar no Brasil em 2010, onde 53.441 representavam autorizações de caráter temporário (até dois anos).

Por ocasião da apresentação desses dados, o Coordenador Geral de Imigração do MTE, Paulo Sérgio de Almeida, afirmou que:

O aumento do número dessas autorizações, desde 2006, está relacionado aos crescentes investimentos no Brasil, especialmente

nos setores industrial, óleo, gás e energia. Isso está caracterizado pela aquisição de equipamentos no exterior e implantação no país de novas empresas de capital estrangeiro. No setor industrial, por exemplo, o aumento representa a expansão do nosso parque industrial, bem como a modernização e a implantação de novas indústrias. A aquisição de equipamentos e tecnologia no exterior demanda a vinda de profissionais especializados na supervisão de montagem e da execução de etapas mais sensíveis no processo de implantação desses equipamentos e para transferência de tecnologia.⁽⁸⁾

Observa-se, que em relação às autorizações permanentes, a maioria foi concedida para administradores, diretores, gerentes e executivos com poderes de gestão e concomitância, num total de 1.218.

Não podemos olvidar a presença cada vez mais crescente de empresas multinacionais no país que têm demandado trabalhadores estrangeiros (geralmente do país de origem dessas empresas); houve a concessão de mais 1.061 de vistos para estrangeiros virem trabalhar no Brasil com vínculo de emprego, representando um aumento de 43%.

Por país de origem, os dados apresentaram a informação de que os americanos foram os que mais solicitaram autorizações de trabalho: 7.550 em 2010, contra 5.590 no ano anterior. Em seguida, aparecem as Filipinas, com 6.531; o Reino Unido, 3.809; a Índia, 3.237; e a Alemanha, 2.904.

No âmbito do Mercosul, os argentinos são os que mais solicitam autorizações de trabalho no Brasil. Em 2010, foram 644 concessões para trabalhadores desta naturalidade. Em seguida, apareceram a Venezuela, com 562; o Chile, 383; a Bolívia, 90; o Uruguai, 66; e o Paraguai, com 28.

Cabe ressaltar que essa realidade apresentada nessas estatísticas não representa a total realidade do mundo dos fatos.

(7) Fonte: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A488558B90148ADC8D9E0068D/6%20-%20Autoriza%C3%A7%C3%B5es%20concedidas%20pelo%20Conselho%20Nacional%20de%20Imigra%C3%A7%C3%A3o.pdf>> Acesso em: 2 out. 2014.

(8) Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/imprensa/autorizacoes-para-estrangeiros-trabalharem-no-brasil-crescem-30-em-2010.htm>> Acesso em: 2 out. 2014.

Trata-se apenas dos pedidos formais apresentados ao órgão público. Isto implica no fato de que, em relação aos trabalhadores estrangeiros que estão em situação informal, inexistente uma base de dados unificada que possa demonstrar com segurança a quantidade de pessoas estrangeiras trabalhando no Brasil.

Como prova disso é que as pessoas demandantes nesses processos de concessão de vistos são, em sua grande maioria, detentoras de um alto grau de escolaridade. Ainda, de acordo com o Relatório da Coordenação Geral de Imigração (CGig), 31.662 estrangeiros que conseguiram autorização tinham curso superior completo ou habilitação legal equivalente; 21.639 tinham o 2º grau completo ou técnico profissional; 476, mestrado; e 202 pós-graduação. Apenas 88 possuíam o 2º grau incompleto e 54 ainda não tinham completado o 1º grau.

Obviamente que essa estatística não reflete a realidade enfrentada diariamente pelo Ministério Público do Trabalho em fiscalizações destinadas a coibir a existência de trabalho em condições análogas às de escravos⁽⁹⁾.

Por fim, apresentamos as Resoluções Normativas do CNlg sobre a concessão de vistos temporários para trabalhadores imigrantes: permissão de trabalho para cônjuge de estrangeiro com contrato de trabalho (RN n. 99); visto técnico de três meses, emitido diretamente pelos consulados, sem análise prévia do MTE (RN n. 100); *summer jobs*: permissão de trabalho por até 90 dias para pós-graduandos que queiram trabalhar no Brasil durante as férias letivas (RN n. 103); prazo de 60 dias para empresa emitir visto e apresentar documentos consularizados e com tradução juramentada (RN n. 104); possibilidade para estrangeiro mudar de local de trabalho, cargo ou empresa (no mesmo grupo econômico) sem autorização

do Ministério da Justiça (MJ), bastando informar a mudança (RN n. 104); prazo de até 30 dias da entrada do estrangeiro no Brasil para o contrato de trabalho começar a vigorar. Nesse período, ele poderá obter RNE e carteira de trabalho, o que evitará a necessidade de folha de pagamento retroativa (RN n. 104).

3.2. Fiscalizações do Ministério Público do Trabalho

É frequente a veiculação na mídia de comunicação da existência de fiscalizações do Ministério Público do Trabalho em lugares que desrespeitam as condições mínimas de trabalho, em que é flagrante a presença de trabalhadores imigrantes em situação irregular.

Em um dos registros, foi noticiado o exercício de uma jornada de trabalho de 16 horas por dia, sem folga, cujo salário se resumia ao irrisório valor de R\$ 0,30 a R\$ 1,00 como contraprestação por peça de roupa produzida pelo estrangeiro em situação irregular no país, ou seja, condições de trabalho que muito se assemelham às existentes antes da proteção da legislação trabalhista. Observe-se:

No local denunciado, verificamos que os bolivianos laboravam, aproximadamente, 16 horas ao dia, sem folga, montando peças de roupas para uma confecção de coreanos, recebendo por peça de R\$ 0,30 a R\$ 1,00. Esses bolivianos são, na maioria, irregulares no país. (...) Em quase dois anos de intensas investigações, pudemos verificar que tudo começa com anúncios veiculados em rádios da Bolívia, “seduzindo” as pessoas a trabalhar na cidade de São Paulo, com todos os gastos pagos (transporte, casa e comida) e promessas de grandes salários e vida digna. Esses imigrantes viajam milhares de quilômetros e entram no Brasil, pela cidade de Corumbá, sem passaporte ou apenas com visto de turista.⁽¹⁰⁾

(9) Observar as seguintes matérias jornalísticas: Disponível em: <<http://mpt-prt15.jusbrasil.com.br/noticias/3150063/operacao-em-20-oficinas-de-costura-no-interior-de-sao-paulo-flagra-condicoes-irregulares-de-trabalho>>; <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/05/130508_trabescravo_estrangeiros_fl> Acesso em: 10 out. 2014.

(10) MENDES, Almara Nogueira. Nova forma de escravidão urbana: trabalho de imigrantes. *Revista ANPT. Revista do Ministério Público do Trabalho/Procuradoria-Geral do Trabalho*, São Paulo, LTr, n. 26, p. 67-68, 2003.

Condições degradantes de trabalho, tais como as acima noticiadas, são inadmissíveis nos dias atuais.

No nosso sistema jurídico, capitulado como crime contra a liberdade pessoal, há o crime de redução à condição análoga à de escravo (art. 149, do Código Penal). Para a caracterização deste crime, a vítima deve ser submetida a trabalhos forçados, jornada exaustiva, condições degradantes de trabalho ou restrição de sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Também responde pelo crime aquele que cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho, mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

A pena é de reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Mas a pena pode ser aumentada até pela metade se o crime for cometido contra criança ou adolescente ou por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

O crime de redução à condição análoga à de escravo também é conhecido como “trabalho escravo contemporâneo”:

O caráter migrante do escravo, confirmado nas centenas de inspeções realizadas por auditores fiscais do trabalho e procuradores do trabalho ao longo dos últimos anos, é igualmente observado no cenário da imigração de estrangeiros que se encontram sem os necessários documentos em solo brasileiro. Assim, por exemplo, paraguaios e bolivianos, *sin papeles*, têm sido alcançados pelos órgãos e instituições responsáveis pelo combate ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil.⁽¹¹⁾

(11) PRADO, Eraldo José Peixoto do. Integração comunitária e trabalho escravo: o papel do MPT. In: *Estudos Aprofundados MPT*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 736-737.

Por outro lado, como a maioria dos imigrantes estrangeiros em situação irregular saem do seu país em busca de melhores condições de vida e de trabalho, fugindo de situações piores, nem sempre eles expressam vontade de retornar ao seu local de origem:

Na maioria das vezes percebemos fortes indícios de trabalho escravo, porém os trabalhadores nada dizem com receio de represália e de possível expulsão, já que afirmam viverem em melhores condições no Brasil do que em seu país.⁽¹²⁾

E, entre os que não suportam mais as condições de exploração, também existem aqueles que têm medo de possíveis represálias, tanto por parte do explorador, quanto por parte de órgãos oficiais que agem em nome da legislação, uma vez que a penalidade aplicada ao estrangeiro em situação irregular, como dito acima, é a deportação e a expulsão do território nacional.

Não é demais rememorar, mais uma vez, que o atual Estatuto do Estrangeiro foi editado em pleno período ditatorial, refletindo a ideologia repressora da época:

Uma das dificuldades reside na nossa lei de estrangeiros, que foi editada em 1980, em plena ditadura, e reflete exatamente a ideologia da época, proibindo expressamente o exercício da atividade remunerada pelo estrangeiro. Ora, vedado o trabalho legal a essas pessoas, não resta outra alternativa senão a de se submeter às condições impostas pelos chamados “espertos de plantão”. Em consequência, o estrangeiro irregular não denuncia o seu verdadeiro explorador, que muitas vezes o impede de exercer o direito humano fundamental de ir e vir e o direito ao trabalho.⁽¹³⁾

(12) MENDES, Almara Nogueira. Nova forma de escravidão urbana: trabalho de imigrantes. *Revista ANPT. Revista do Ministério Público do Trabalho/Procuradoria-Geral do Trabalho*, São Paulo, LTr, n. 26, p. 68, 2003.

(13) *Ibidem*, p. 69.

Contudo, a autoridade pública competente em matéria de imigração e trabalho, que é a Polícia Federal, frequentemente adota a providência de tramitar a deportação imediata (ou depois do pagamento das verbas rescisórias) dos estrangeiros flagrados “em situação irregular”:

As autoridades públicas com autoridade em matéria de imigração e trabalho, na maioria dos casos em que se encontrou estrangeiros trabalhando irregularmente a serviço de empresas interessadas em rebaixar o custo da mão de obra, têm adotado a providência de tramitar a deportação imediata (ou após o pagamento das verbas rescisórias) dos estrangeiros flagrados “em situação irregular”. Nesse tipo de casos, a Polícia Federal tem assumido a liderança da atuação governamental, mas essa liderança se revela limitada pela sua própria função de controlar fluxos de pessoas. Para a Polícia Federal, a consequência lógica da irregularidade administrativa é a deportação; logo, verificada a hipótese, deve-se aplicar a sanção: a deportação. No entanto, esta forma de agir acaba apenando injustamente o imigrante.⁽¹⁴⁾

Essa aplicação da penalidade ao trabalhador imigrante termina estimulando um círculo vicioso de superexploração em condições degradantes desse mesmo trabalhador, pois a punição mais sentida é a aplicada unicamente à vítima, trabalhador hipossuficiente, inserida num complexo processo em que o explorador imediato, por vezes, não garante o capital suficiente para cobrir o pagamento de todas as verbas trabalhistas decorrentes (geralmente são empresas “de fachada”). Isto porque caracterizam-se, em sua maioria, como intermediadores de mão de obra interessados apenas no lucro imediato, não garantindo

condições dignas de existência e remuneração. Na ponta da cadeia estrutural de exploração, aparece o explorador mediato (sendo comum o aparecimento de representantes de marcas de “renome”), o qual já se beneficiou de todo o proveito gerado com a mão de obra extremamente barateada.

Isso quando os órgãos de fiscalização conseguem descobrir a situação de exploração. E quando nem mesmo isso chega a acontecer, a legislação também é um fator contributivo?

A resposta é sim, pois antes mesmo da aplicação da penalidade de deportação ou expulsão, as condições da legislação são nefastas para a maioria dos trabalhadores hipossuficientes, com baixa escolaridade e alto grau de vulnerabilidade. Vejamos:

A distância geográfica e cultural com o país de origem, as dificuldades com o idioma, as dívidas geradas com as “despesas” de viagem e acomodação (normalmente criadas pelos atravessadores com o intuito ilícito de restrição da locomoção em razão de dívidas) e, acima de tudo, a esperança frustrada de melhoria de condições de vida, tudo isso conta em favor dos que se valem dessas condições para desrespeitar os direitos trabalhistas e humanos assegurados pelo ordenamento jurídico.

Descumprir a legislação aumenta os lucros, irradiando efeitos funestos tanto para causar uma concorrência desleal com a atividade empresarial organizada que a cumpre, quanto para irradiar um padrão cada vez mais precário de exploração do trabalho.

É por esta razão que entendemos que os exploradores da mão de obra se valem da condição de ilegalidade dos imigrantes para mantê-los nessa situação, já que os trabalhadores têm receio da deportação ao insurgir-se contra aqueles que os exploram.

Além disso, as dificuldades com o idioma ocasionam uma situação de total falta de informação sobre os direitos que lhes assiste, pois, ainda enquanto trabalhador irregular do ponto de vista administrativo, merece a garantia da

(14) LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Menos nacionalismo e mais direitos humanos: o papel do MPT diante do trabalho do estrangeiro em situação irregular. *Revista ANPT. Revista do Ministério Público do Trabalho/Procuradoria-Geral do Trabalho*, São Paulo, LTr, n. 41, p. 215, 2011.

proteção social trabalhista e previdenciária destinada a todo e qualquer trabalhador.

Como dito no tópico destinado à análise dos dispositivos constitucionais, a nossa ordem jurídica assegura o princípio da igualdade entre o nacional e o estrangeiro, acima de tudo com vistas à realização do princípio maior da dignidade da pessoa humana.

No entanto, sem informação e amparo, dificilmente o trabalhador imigrante em situação irregular no território nacional poderá chegar a acionar o Poder Judiciário para reclamar possíveis violações ou ameaças a direitos.

Todo esse contexto ocasiona situações de vulnerabilidade social, tanto para os trabalhadores imigrantes, que não gozam de todos os direitos trabalhistas do país em que prestam os serviços, quanto para os trabalhadores locais, que são preteridos para a redução de custos na contratação dos primeiros.

Pelo exposto, concluímos, a partir dessas reflexões, que uma nova legislação é indispensável, na medida em que a atual contribui, de forma inequívoca, como fator de superexploração do trabalho do imigrante em situação irregular no território do Brasil.

4. Conclusão

O atual estágio de globalização tem ocasionado níveis intensos de circulação de pessoas, em que a busca pelo trabalho tem se destacado por representar uma possibilidade de melhoria nas condições de vida do indivíduo.

A nossa Constituição Federal, também conhecida como Carta Cidadã, está permeada de normas protetivas, como a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (art. 1º, incisos III e IV), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incisos I e IV) e a igualdade entre todos perante a lei, sem distinção de qualquer

natureza (art. 5º, *caput*). Assim, proteção social do trabalhador estrangeiro é a mesma do trabalhador nacional, pois é considerado uma pessoa detentora da mesma dignidade imposta pela tutela protetiva do Estado.

Por outro lado, a legislação infraconstitucional, especificamente o Estatuto do Estrangeiro, apresenta requisitos burocráticos de difícil cumprimento, estimulando situação de irregularidade de entrada e estadia no território brasileiro de trabalhadores estrangeiros em situação de hipossuficiência.

O Projeto de Lei n. 5.655/2009, que visa substituir o atual Estatuto do Estrangeiro, parece não ser suficiente para superar essas dificuldades, especialmente para os trabalhadores menos qualificados.

As fiscalizações deflagradas pelo Ministério Público do Trabalho têm demonstrado que as estatísticas do Conselho Nacional de Imigração não retratam a realidade, pois está limitada aos pedidos formais apresentados ao órgão público responsável; além disso, tem sido comum a descoberta da presença de trabalho em condições análogas às de escravo entre trabalhadores imigrantes em situação irregular no território nacional, crime tipificado no nosso ordenamento jurídico (art. 149 do Código Penal).

O trabalhador imigrante em situação irregular é injustamente “penalizado” com a deportação ou expulsão para o país de origem.

Ainda que lhe sejam pagos os direitos trabalhistas previstos na legislação depois da deflagração da fiscalização, entendemos que essa legislação permite que os exploradores da mão de obra se beneficiem da condição de ilegalidade dos imigrantes para mantê-los nessa situação de vulnerabilidade, o que deve ser prontamente combatido.

Uma nova legislação é indispensável, na medida em que a atual contribui como fator de superexploração do trabalho do imigrante em situação irregular no território do Brasil.

5. Referências bibliográficas

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 5.655/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=443102>> Acesso em: 2 out. 2014.

BRASIL. Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça. *Mercosul e as migrações: os movimentos nas fronteiras e a construção de políticas públicas regionais de integração*. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2008.

BRASIL. Fórum Social pela Integração e Direitos Humanos dos Migrantes no Brasil. *Manifesto em defesa de uma nova lei de migração pautada nos direitos humanos e na solidariedade entre os povos*. Abril de 2012. Disponível em: <<http://www.cdhic.org.br/wp-content/uploads/2013/05/Manifesto-em-Defesa-de-Uma-Nova-Lei-de-Migra%C3%A7%C3%A3o-pautada-em-direitos-humanos-2012.pdf>> Acesso em: 2 out. 2014.

BRASIL. Ministério do Trabalho. Conselho Nacional de imigração. *Relatório de bases estatísticas*. Fonte: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A488558B90148ADC8D9E0068D/6%20-](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A488558B90148ADC8D9E0068D/6%20-%20Autoriza%C3%A7%C3%B5es%20concedidas%20pelo%20Conselho%20Nacional%20de%20Imigra%C3%A7%C3%A3o.pdf)

[-%20Autoriza%C3%A7%C3%B5es%20concedidas%20pelo%20Conselho%20Nacional%20de%20Imigra%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A488558B90148ADC8D9E0068D/6%20-%20Autoriza%C3%A7%C3%B5es%20concedidas%20pelo%20Conselho%20Nacional%20de%20Imigra%C3%A7%C3%A3o.pdf)> Acesso em: 2 out. 2014.

IOM. *International Organization for Migration*. Disponível em: <<http://www.iom.int/cms/en/sites/iom/home/what-we-do/labour-migration.html>> Acesso em: 30 set. 2014

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Menos nacionalismo e mais direitos humanos: o papel do MPT diante do trabalho do estrangeiro em situação irregular. *Revista ANPT. Revista do Ministério Público do Trabalho/Procuradoria-Geral do Trabalho*, São Paulo, LTr, n. 41, p. 202-219, 2011.

MENDES, Almara Nogueira. Nova forma de escravidão urbana: trabalho de imigrantes. *Revista ANPT. Revista do Ministério Público do Trabalho/Procuradoria-Geral do Trabalho*, São Paulo, LTr, n. 26, p. 67-70, 2003.

PRADO, Erlan José Peixoto do. Integração comunitária e trabalho escravo: o papel do MPT. In: *Estudos Aprofundados MPT*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

Da impossibilidade da cessão de crédito na Justiça do Trabalho: aspectos processuais e materiais

Thiago Henrique Ament^(*)

Resumo:

- ▶ O artigo enfrenta as questões materiais e processuais que envolvem o controvertido tema da cessão do crédito no âmbito da Justiça do Trabalho. A discussão revela-se atual, na medida em que o E. STF reconheceu a repercussão geral da controvérsia sobre a possibilidade da cessão do direito creditório alterar a natureza alimentar do precatório⁽¹⁾. O presente estudo é desenvolvido mediante análise comparativa entre a legislação civil e trabalhista, interpretadas a partir das normas constitucionais e internacionais que incidem na matéria. Finalmente, verificam-se os complicadores práticos que dificultam a aceitação deste negócio jurídico privado como instrumento para se afastar as normas imperativas que determinam o recebimento do crédito alimentar diretamente pelo prestador pessoal de serviços.

Palavras-chave:

- ▶ Justiça do Trabalho — Cessão de crédito — Impossibilidade.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Da cessão de crédito no Direito Civil
- ▶ 3. Da cessão de crédito na Justiça do Trabalho — Aspectos processuais
- ▶ 4. Da cessão do crédito trabalhista — Aspectos materiais
- ▶ 5. Conclusões
- ▶ 6. Referências bibliográficas

(*) Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 15ª Região. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura.

(1) CRÉDITO CONTRA A FAZENDA — CESSÃO — NATUREZA ALIMENTAR — TRANSMUDAÇÃO DO CRÉDITO ALIMENTÍCIO EM NORMAL. Possui repercussão geral a

controvérsia sobre a possibilidade de a cessão de direito creditório alterar a natureza alimentar do precatório. (RE n. 631.537 RG/RS — RIO GRANDE DO SUL. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 16.12.2010. Publicação DJe-074 DIVULG. 18.4.2011 PUBLIC. 19.4.2011).

1. Introdução

O tema da cessão de créditos trabalhistas sempre foi controvertido na doutrina e nos Tribunais, ganhando especial destaque na atual crise econômica em que aumento do desemprego leva muitas vezes os reclamantes a cederem para terceiros os créditos de seus processos trabalhistas por valores irrisórios, na maior parte das vezes para o próprio advogado que patrocina a causa⁽²⁾.

A partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, que elevou ao patamar de garantia fundamental

a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII), inúmeras alterações legislativas, principalmente no âmbito do processo civil, buscam solucionar o problema da realização e concretização das condenações em obrigação de pagar.

Nada obstante os esforços dos aplicadores do direito trabalho, inclusive com recurso à aplicação subsidiária dos novos mecanismos agilizadores do direito processual comum, o certo é que crédito trabalhista passa por dificuldades de efetivação⁽³⁾.

No embate judicial, o ônus do tempo sobre o trabalhador é muito pesado, considerando que busca a satisfação de verbas alimentares não quitadas tempestivamente pelo empregador. Nestas circunstâncias, a autonomia da vontade do reclamante para ceder seu crédito sempre foi vista com ressalvas pela jurisprudência trabalhista.

Nesse sentido, o revogado⁽⁴⁾ PROVIMENTO N. 2, DE 17 DE MAIO DE 2000, da

(2) Confirmam-se julgados diametralmente opostos do C. STJ e E. TST exemplificadores da divergência jurisprudencial: “Ação de prestação de contas. Cessão de direitos trabalhistas por escritura pública. Provimento n. 06/00 da CGJT. Possibilidade. É legal, embora eticamente questionável, o negócio em que o trabalhador cede, mediante pagamento, os direitos decorrentes do contrato de trabalho ao advogado que o patrocina em causa trabalhista. Tal cessão não envolve relação trabalhista. No caso, incidem as normas do Direito Civil, pois os créditos, sejam ou não trabalhistas, podem ser livremente negociados. A regra, portanto, é a da liberdade contratual. Se o ora recorrente, para não correr riscos, optou por receber valor inferior ao pleiteado na reclamatória trabalhista, o fez por julgar, naquele momento, conveniente. A tentativa de anular o acordo firmado, sem alegar vício de consentimento, é improcedente.” (STJ Órgão Publicador DJ N. Acórdão n. 764.325/RS, Data de Publicação 1º.8.2007, relator Humberto Gomes de Barros). RECURSO DE REVISTA — EXECUÇÃO DE SENTENÇA — (...) CESSÃO DE CRÉDITO TRABALHISTA — NÃO RECONHECIMENTO PERANTE A JUSTIÇA DO TRABALHO — CPCGJT, ART. 51. 1. A maior parte dos documentos constantes dos presentes autos (cerca de 20 dos 34 volumes que compõem o feito) se refere a cessões de crédito, postulando os cessionários o reconhecimento de seus créditos perante a Justiça do Trabalho. 2. Ora, o art. 51 da Consolidação dos Provimentos da CGJT dispõe que — a cessão de crédito prevista em lei (Código Civil de 2002, art. 286) não pode ser operacionalizada no âmbito da Justiça do Trabalho, visto que se trata de um negócio jurídico entre empregado e terceiro que não se coloca em quaisquer dos polos da relação processual trabalhista. 3. Assim, tratando-se de matéria estranha à relação processual trabalhista, nada há a deferir, devendo o processo seguir sua tramitação normal, sem reconhecimento algum, por parte desta Justiça Especializada, quanto ao pretenso direito dos cessionários. Recurso de revista não conhecido. (TST – RR – 4088/2002-911-11-00.6 – Data de Julgamento: 9.4.2008, relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DJ 11.4.2008).

(3) Trata-se de entendimento pacífico no âmbito doutrinário e jurisprudencial que a modernização do processo de execução celetista é necessária. A divergência parece residir apenas quanto à forma da implementação de uma maior efetividade ao processo do trabalho. A partir de uma interpretação literal do art. 769 da CLT, muitos defendem que isto somente poderia ocorrer por meio de alteração legislativa. Outra corrente, com fundamento principal na instrumentalidade do processo, defende uma maior liberdade dos juízes do trabalho na condução dos processos tendo em vista a celeridade exigida pelo caráter alimentar do crédito que visa tutelar. Ao meu ver, a maior atividade interpretativa do juiz do trabalho para efetivação do direito material do trabalho é um princípio albergado expressamente pela CLT. A aplicação supletiva do direito processual comum é prevista tanto para a fase de conhecimento como para execução. A própria origem do processo especial do trabalho está ligada aos princípios da celeridade e simplicidade. Enquanto o processo civil comum foi construído sob a ótica do devedor, o processo do trabalho é estruturado com vistas à necessidade do credor em relação a verbas alimentares. A partir do momento em que o processo civil passa a ficar bem mais efetivo, não vejo como, sob o fundamento de autonomia do processo do trabalho, continuar.

(4) Depois da Emenda Constitucional n. 32 que tratou da cessão de créditos no âmbito dos precatórios, o Provimento n. 6, de 29 de dezembro de 2000 da

Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho estabelecia o seguinte: “1 – Declarar que o crédito trabalhista não é cedível a terceiros, 2 – Determinar que qualquer pretensão nesse sentido, manifestada em Juízo, seja indeferida, liminarmente, independentemente da forma como tenha sido feita a cessão.”

Todavia, o entendimento dominante sobre a impossibilidade da cessão do crédito alimentar perdeu força depois da Lei de Falências n. 11.101/2005 que, no seu o § 4º, art. 83, expressamente, trata da cessão de créditos trabalhistas para ressaltar que, nesta hipótese, o crédito cedido perde o privilégio legal de preferência na ordem de pagamento sobre os demais⁽⁵⁾.

No cotidiano dos Fóruns, dificilmente a cessão de crédito é informada nas reclamações trabalhistas, circunstância que poderia levar a uma conclusão precipitada de que o estudo da matéria não teria maior importância. Todavia, a experiência e observação demonstram que a cessão de crédito trabalhista fora do processo não é tão incomum, conquanto não formalizada nos autos⁽⁶⁾.

De uma forma geral, pode-se dizer que o contrato de cessão de crédito somente costuma

ser levado ao conhecimento do Juízo em três hipóteses principais, todas elas ligadas direta ou indiretamente à demora na satisfação da verba alimentar.

O caso mais comum de notícia de cessão de créditos trabalhistas ocorre nas execuções movidas em face da Fazenda Pública, de procedimento mais demorado e realizada mediante precatórios, cuja espera não pode ser suportada pelo trabalhador. A reiteração da discussão sobre a possibilidade da cessão de direito creditório modificar a natureza alimentar do precatório, inclusive, levou o C. STF a reconhecer a repercussão geral da matéria⁽⁷⁾.

A segunda hipótese de incidência de cessão creditória refere-se exatamente aos créditos decorrentes de ação trabalhista movida em face sociedades empresárias em processo falimentar, circunstância que levou até mesmo o legislador a tratar da matéria no § 4º, art. 83, da Lei n. 11.101/2005.

A terceira situação, também ligada à impossibilidade do trabalhador aguardar o pagamento da verba alimentar, refere-se aos casos de falecimento do reclamante, quando o contrato de cessão de crédito é levado ao processo pelo cessionário.

Tendo em vista que este novo credor não manteve relação de trabalho com a empresa executada, surge o problema da competência material para a execução deste crédito oriundo de uma relação de natureza civil diante da norma do art. 114, inciso I, da CFRB/88.

A questão fica ainda mais controvertida quando os herdeiros do finado exequente também postulam sua habilitação no polo ativo da execução e não reconhecem validade deste

Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho, revogou o antigo Provimento n. 2, dispondo que: “A cessão de crédito prevista em lei (art. 1.063 do Código Civil (de 1916) é juridicamente possível, não podendo, porém, ser operacionalizada no âmbito da Justiça do Trabalho, sendo como é um negócio jurídico entre empregado e terceiro que não se coloca em quaisquer dos polos da relação processual trabalhista.” Hoje, o art. 100 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, alterada pelo Ato GCGJT n. 001/2009, estabelece que: “A cessão de crédito prevista no art. 286 do Código Civil não se aplica na Justiça do Trabalho.”

- (5) Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: (...) § 4º Os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários.
- (6) Conforme leciona Manoel Antonio Teixeira Filho: “Sem embargo, malgrado o cessionário possua legitimidade para promover a execução, ou nela prosseguir, inexistente, quanto a ele, qualquer obrigação de assumir o lugar do cedente-credor; a espécie traduz, apenas, uma faculdade que lhe defere a lei.” (*Execução no Processo do Trabalho*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001. p. 135.)

- (7) CRÉDITO CONTRA A FAZENDA – CESSÃO – NATUREZA ALIMENTAR – TRANSMUDAÇÃO DO CRÉDITO ALIMENTÍCIO EM NORMAL. Possui repercussão geral a controvérsia sobre a possibilidade de a cessão de direito creditório alterar a natureza alimentar do precatório. (RE n. 631.537 RG/RS – RIO GRANDE DO SUL – REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 16.12.2010).

contrato civil que muitas vezes sequer tinham conhecimento⁽⁸⁾.

No presente estudo, busca-se o aprofundamento da reflexão sobre as questões que envolvem a utilização do instituto direito civil da cessão de crédito na Justiça do Trabalho, seus efeitos sobre os respectivos processos trabalhistas e direito material do trabalhador.

2. Da cessão de crédito no Direito Civil

A cessão de crédito é negócio jurídico bilateral por meio do qual o credor (cedente) transmite a um terceiro (cessionário) o seu crédito na relação obrigacional que fica mantida com o devedor originário (notas).

Trata-se de uma alteração do elemento subjetivo ativo da relação obrigacional que independe da concordância do devedor, conquanto este deva ser comunicado para que possa cumprir a obrigação junto ao legítimo detentor do crédito (CC, art. 290). Muito embora não exista impedimento para a cessão gratuita do crédito, normalmente, trata-se de alienação onerosa de bem incorpóreo, realizada com o intuito de lucro.

É negócio jurídico tipicamente negocial, podendo a cessão de crédito ser total ou parcial e, salvo disposição em contrário, abrange todos os acessórios do crédito (CC, art. 287). Esta forma de transmissão das obrigações por ato entre vivos está regulada no art. 286 do Código Civil, nos seguintes termos:

“O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser à natureza da obrigação, à lei ou à convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta

ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.”

Regra geral, portanto, todos os créditos podem ser cedidos, porquanto a transmissibilidade é nota característica dos direitos patrimoniais. Da mesma forma que os outros direitos patrimoniais que integram o patrimônio do credor, os seus créditos também podem ser alienados. Na cessão de crédito, portanto, opera-se a “venda” de um bem imaterial, do crédito.

No entanto, é importante ressaltar que determinados créditos não podem ser objeto de cessão diante da natureza de sua obrigação, principalmente quando se originam de relações jurídicas de caráter personalíssimo ou de direito de família, devendo ser analisadas as exceções da regra geral.

A discussão proposta no presente ensaio busca avaliar a possibilidade ou não do reclamante/exequente alienar o seu crédito trabalhista perseguido em processo judicial trabalhista.

3. Da cessão do crédito na Justiça do Trabalho — Aspectos processuais

A execução trabalhista de título judicial sempre recebeu tratamento diferenciado da execução do tradicional processo civil, inclusive podendo ser iniciada de ofício pelo juiz do trabalho, uma vez que é considerada apenas uma fase do processo⁽⁹⁾.

Com fundamento no art. 878 da CLT, muitos autores de renome concluem que estaria autorizada a cessão do crédito trabalhista⁽¹⁰⁾,

(8) Lei n. 6.858/80, art. 1º Os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-PASEP, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, serão pagos, em quotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento.

(9) Atualmente, a Lei n. 11.232/05 unificou também no processo civil as fases de conhecimento e execução, instituindo o chamado processo sincrético, com a fase de cumprimento de sentença.

(10) Manoel Antonio Teixeira Filho segue este corrente doutrinária, manifestando-se da seguinte forma: “Entendemos que, por princípio, nada impede ao empregado ceder a terceiro o seu crédito reconhecido por sentença transitada em julgado (ou que foi objeto de sentença homologatória), fazendo com que o cessionário fique legitimado a promover a execução ou nela prosseguir, conforme seja o momento que a cessão ocorreu.” (*Execução no Processo do Trabalho*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001. p. 134.)

uma vez que na Justiça do Trabalho “A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio* pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior”.

Diante da omissão da norma celetista que não apresenta definição sobre quem seria “qualquer interessado”, pela aplicação subsidiária do art. 567 do CPC⁽¹¹⁾, esta vertente interpretativa majoritária defende não apenas a possibilidade de cessão do crédito do trabalhador, como também o prosseguimento da execução pelo cessionário na Justiça do Trabalho.

Neste sentido, por exemplo, é o posicionamento de Renato Saraiva⁽¹²⁾:

Em relação à expressão “qualquer interessado” insere no art. 878 consolidado, temos que a execução poderá ser promovida pelo credor, pelo devedor, pelo Ministério Público do Trabalho e pelos legitimados do art. 567 do CPC, quais sejam:

- espólio, herdeiros ou sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo;
- o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos; e
- o sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional.

Da mesma forma, manifesta-se o saudoso professor Valentin Carrion⁽¹³⁾:

(11) Art. 567 do CPC: “Podem também promover a execução, ou nela prosseguir: I – o espólio, os herdeiros, ou os sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo; II – o CESSIONÁRIO, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos; III – o sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional.”

(12) SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho* 11. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 586.

(13) CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 27. ed. atual. e ampl. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 690.

Legitimação ativa. Podem promover a execução trabalhista o autor e, se falecido, o seu dependente (Lei n. 6.858/80) e, na sua falta, o herdeiro, habilitado na ação, se não houver impugnação, ou o inventariante, se não for dativo, caso tenha sido aberto inventário. Como no processo civil (CPC, art. 567), também podem promover a execução trabalhista o que se sub-rogou no direito do credor, legal ou convencionalmente, e o cessionário (com as cautelas e reticências que aqui sofre a cessão, igual ao que ocorre com a proteção ao salário, CLT, art. 462).

Nos termos do art. 769 da CLT, “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

Dois requisitos, portanto, afiguram-se indispensáveis para aplicação subsidiária das normas do direito processual comum ao processo do trabalho: omissão normativa e compatibilidade principiológica.

A norma do art. 878 da CLT trata de regra processual, de condição da ação de execução e da legitimidade para prosseguimento na execução. Não possui natureza jurídica de direito material e, tampouco, autoriza a cessão de crédito no curso da execução trabalhista.

Conforme ressalta Amador Paes de Almeida: “A expressão ‘qualquer interessado’, utilizada no dispositivo consolidado acima transcrito, obviamente se refere às partes, convindo pôr em relevo que o principal interessado em promover a execução é o credor beneficiário no julgado, ou seja, o exequente.”⁽¹⁴⁾

Assim, a aplicação subsidiária da norma do direito processual comum ao processo do trabalho sobre a legitimação do cessionário para promover a execução, em primeiro lugar, depende da verificação sobre a existência de

(14) ALMEIDA, Amador Paes de. *CLT comentada*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 679.

autorização nas normas de direito material trabalhista para a cessão de crédito de natureza alimentar.

Na realidade, a discussão que o dispositivo celetista em questão acaba trazendo para a prática forense é saber se, uma vez admitida a cessão do crédito trabalhista — a ser avaliada segundo as regras de direito material —, continuaria a Justiça do Trabalho competente para prosseguir na execução deste crédito de natureza civil, não originado de uma relação de trabalho.

Teixeira Filho defende a continuidade da competência material executória da Justiça do Trabalho argumentando que, além de facultativa, “a presença do cessionário, na execução, não elimina a pessoa do cedente-credor, sabendo-se que aquele figurará no processo em nome do substituído”⁽¹⁵⁾.

Da mesma forma, manifesta-se Franciso Antonio de Oliveira⁽¹⁶⁾:

A cessão de crédito na processo trabalhista não encontra óbice legal, desde que presentes os requisitos dos arts. 221 e 286 e ss. do CC e Lei n. 6.015, de 31.12.1973 (Lei dos Registros Públicos). A substituição do cedente (empregado) pelo cessionário (terceiro) não modifica a competência da Justiça do Trabalho (art. 87, CPC).

Em sentido contrário, destacando a ausência de relação de trabalho entre o novo sujeito ativo da execução (cessionário) e o devedor (reclamado), o professor Mauro Schiavi⁽¹⁷⁾ defende a incompetência da justiça do trabalho para prosseguimento da execução depois da notícia da cessão do crédito:

(...) pensamos que o crédito trabalhista pode ser cedido, mas se tal ocorrer ele perderá a

natureza trabalhista e se transmutará num crédito de natureza civil, uma vez que se desvinculará de sua causa originária que é a prestação de serviços ou relação de emprego. Dessa forma, pensamos que, uma vez cedido o crédito a terceiro, cessará a competência material da Justiça do Trabalho para executá-lo, pois a controvérsia não será oriunda ou decorrente da relação de trabalho (art. 114, do Constituição Federal, incisos I e IX).

Aliás, já decidiu o C. STJ sobre a competência da Justiça Comum para executar o crédito trabalhista cedido, conforme ementa abaixo transcrita:

Processo civil. Conflito de competência. Justiça do Trabalho e Justiça Comum. Ação de cobrança. Cessão de crédito trabalhista. — Compete à Justiça Comum processar e julgar ação de cobrança de débito oriundo de cessão de direitos trabalhistas. — Irrelevante para definir a competência a origem do direito objeto da cessão. Conflito conhecido para declarar competente o juízo suscitado. (Processo: CC 20148 SC 1997/0054320-0 – Relator(a): Ministro BARROS MONTEIRO – Órgão Julgador: S2 – SEGUNDA SEÇÃO – Publicação: DJ 8.6.2005, p. 146)

No âmbito da Justiça Trabalhista, o Provimento n. 6 da CGJT do TST, de 19.12.2000, estabelece que:

A cessão de crédito prevista em lei (art. 1.063 do Código Civil) é juridicamente possível, não podendo ser operacionalizada no âmbito da Justiça do Trabalho, sendo como é um negócio jurídico entre empregado e terceiro que não se coloca em quaisquer dos polos da relação processual trabalhista.

Com o devido respeito às opiniões contrárias⁽¹⁸⁾, o entendimento firmado pelo C. TST

(15) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Execução no Processo do Trabalho*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001. p. 135.

(16) OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Execução na Justiça do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 470.

(17) SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 960.

(18) Eduardo Gabriel Saad, ao comentar o art. 876 da CLT, critica o entendimento da CGJT sobre a matéria com os seguintes argumentos. “O Provimento n. 6, de 21.2.2001, admite a cessão de crédito prevista no art. 286 do Código Civil de 2003, mas afirma não ser ela realizável na Justiça do Trabalho por ser negócio jurídico entre empregado e terceiro que não se coloca em quaisquer dos polos da

quanto à ineficácia da cessão do crédito em relação ao processo trabalhista apresenta-se correto e encontra fundamento na autonomia do direito processual perante o direito material. Neste sentido, garantindo a estabilidade subjetiva da relação processual estabelece o art. 42 do CPC:

Art. 42. A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes. § 1º O adquirente ou o cessionário não poderá ingressar em juízo, substituindo o alienante, ou o cedente, sem que o consinta a parte contrária. § 2º O adquirente ou o cessionário poderá, no entanto, intervir no processo, assistindo o alienante ou o cedente. § 3º A sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário.

Já a regra de estabilização de competência do art. 87 do Código de Processo Civil, fixa as exceções legais ao princípio da perpetuação da jurisdição: “Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.”

Depois de ajuizada a ação, portanto, são irrelevantes para definição de competência as alterações do estado de fato, como se verifica na hipótese de cessão de crédito para outro titular. Além disso, o adquirente somente poderá

relação processual trabalhista. Divergimos desse entendimento, porque o art. 42, do CPC, estatui que “a alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes. O ingresso do cessionário no processo, como substituto processual do cedente, só se efetiva com a anuência da parte contrária. Em havendo oposição a essa pretensão do cessionário do crédito, a lei (art. 42, § 2º, do CPC) autoriza-o a intervir no processo como assistente do cedente (ou reclamante no processo do trabalho).” (SAAD, Eduardo Gabriel, 1915 — *Consolidação das Leis do Trabalho comentada*. Eduardo Gabriel Saad. 37. ed. atual. e rev. por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2004. p. 651).

ingressar em substituição ao alienante com concordância do devedor (art. 42, § 1º, do CPC).

Também não se discute a supressão de órgão judiciário ou alteração de competência em razão da matéria ou da hierarquia, únicas hipóteses previstas na lei processual comum para o deslocamento de justiça.

Incide no particular a norma específica do art. 877 da CLT, segundo a qual é competente para execução das decisões o juiz ou o presidente do tribunal que tiver conciliado ou julgado originariamente o dissídio.

Poder-se-ia argumentar que a Justiça do Trabalho não teria competência absoluta para o prosseguimento da execução uma vez que entre o cessionário e o executado não existiria relação de trabalho (art. 114, I, da CFRB/88).

Todavia, também não existe relação de trabalho entre os herdeiros do trabalhador e o antigo empregador do finado, não restando qualquer dúvida sobre a competência da Justiça do Trabalho para a execução deste crédito oriundo de uma relação de trabalho e cedido por *causa mortis*.

O art. 877 da CLT fixa a competência do juízo que julgou o litígio para a execução de sua decisão, porquanto a execução é um aspecto muito importante da jurisdição, sendo impossível seu fracionamento. A título de exemplo, são executadas na Justiça do Trabalho sem maiores objeções as condenações de honorários advocatícios em benefício do sindicato que patrocina a causa, honorários periciais e outras parcelas que não tratam de créditos oriundos de relação de trabalho com o executado.

Dessa forma, com respeito às posições em sentido contrário, ainda que no curso do processo de execução trabalhista seja alegada a cessão do crédito laboral, entendo que a Justiça do Trabalho continua competente para a execução de sua condenação no pagamento de verbas salariais e trabalhistas.

Não devem ser acolhidas, portanto, alegações comuns de embargos à execução no sentido de

que uma vez apresentado o instrumento negocial de cessão de crédito pelo cessionário, automaticamente, estaria terminada a competência material executória do Juízo trabalhista.

Ainda que o devedor concorde com a sucessão processual (CPC, art. 42, § 1º), numa autêntica tentativa de escapar da execução no Fórum trabalhista, sob o argumento da natureza civil da dívida, tal expediente não se presta ao fim colimado.

Isto porque não parece correto a extinção sem resolução de mérito da execução de uma condenação trabalhista antes da análise e reconhecimento da validade de referido negócio jurídico de cessão de crédito, em grande parte das vezes impugnado sob a alegação de estado de necessidade ou lesão, em razão da flagrante desproporção das prestações⁽¹⁹⁾.

Assim como todo e qualquer negócio jurídico privado, a cessão de crédito está sujeita ao preenchimento dos requisitos de legais dos atos jurídicos em geral, dentre eles a presença de agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei (Código Civil, art. 104), bem como dos requisitos específicos do art. 286 do Código Civil.

Ocorre que tais requisitos não seriam suscetíveis de avaliação pelo Juiz do Trabalho, dado não existir relação de trabalho entre o cedente (trabalhador) e cessionário (terceiro), tratando-se de negócio tipicamente civil.

Mutatis mutandis, é o que ocorre com a incompetência trabalhista para o reconhecimento da fraude contra credores, outro defeito do negócio jurídico, regulado pelos arts. 158 e seguintes do Código Civil, que somente pode ser verificada pela chamada ação pauliana e não no curso da execução trabalhista⁽²⁰⁾.

(19) O art. 157 do Código Civil, ao tratar das hipóteses de vício de consentimento aptas à invalidação do negócio jurídico, estabelece que: "Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta."

(20) Conforme julgados a seguir: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO PAULIANA. EXECUÇÃO

Por isso mesmo, o art. 100 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho, alterada pelo Ato GCGJT n. 001/2009, estabelece que: "A cessão de crédito prevista no art. 286 do Código Civil não se aplica na Justiça do Trabalho."

Agora, uma vez reconhecida a ineficácia da cessão de crédito perante a Justiça do Trabalho, resta a definição sobre o recurso a ser interposto em face da decisão do juiz da execução trabalhista que não conhece da cessão de crédito. Tendo em vista o seu caráter jurisdicional e definitivo em relação à pretensão executória, o crédito do cessionário, o meio correto para sua impugnação é o agravo de petição (CLT, art. 897, "a"). Nesse sentido, aliás, colhe-se julgado do C. TST, conforme ementa abaixo:

MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. IMPUGNAÇÃO DE ATO JUDICIAL POR VIA PROCESSUAL PRÓPRIA.

TRABALHISTA. — É DA JUSTIÇA COMUM A COMPETÊNCIA PARA JULGAR AÇÃO E ANULAÇÃO DE ATO PRATICADO EM FRAUDE A CREDORES, AINDA QUE UM DESTES TENHA CRÉDITO TRABALHISTA." (CC 20.774/SP CONFLITO DE COMPETÊNCIA 1997/0073226-6, relator(a) Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR (1102) Órgão Julgador S2 – SEGUNDA SEÇÃO ta do Julgamento 26.11.1997 Data da Publicação/Fonte DJ 19.12.1997 p. 67.443). "AGRAVO DE PETIÇÃO — FRAUDE CONTRA CREDORES INVOCADA NO CURSO DA EXECUÇÃO — DESCABIMENTO — NECESSIDADE DO AJUIZAMENTO DE AÇÃO PAULIANA PARA OBTENÇÃO DA ANULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO — ARTS. 158 E SEQUINTE DO CÓDIGO CIVIL. O reconhecimento da fraude contra credores exige o ajuizamento de ação própria, qual seja, a ação pauliana, na forma dos arts. 158 e seguintes do NCC. E isso porque a fraude contra credores exige prova robusta da má-fé do devedor em relação ao negócio jurídico que se pretende atacar, prova esta que deve ser produzida dentro de um contexto em que se permita à parte contrária o exercício pleno da ampla defesa e do contraditório. Por essa razão, revela-se juridicamente inadequado o pleito de declaração da fraude contra credores no curso da execução trabalhista, como mero incidente processual, porque esta, ao contrário da fraude de execução, não se configura *ope legis*, necessitando, por isso, de provimento jurisdicional de natureza constitutiva visando à anulação do negócio jurídico. Agravo de petição a que se nega provimento. (Processo TRT/15ª Região n. 0188400-66.2004.5.15.0114 Luiz José Dezena da Silva relator designado).

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 92 DA SBDI-2 DO TST. A jurisprudência da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, consubstanciada na Orientação Jurisprudencial n. 92, está orientada no sentido de que 'não cabe mandado de segurança contra decisão judicial passível de reforma mediante recurso próprio, ainda que com efeito diferido'. Idêntica interpretação também se verifica na Súmula n. 267 do Supremo Tribunal Federal. Na hipótese, o ato apontado como coator consiste na decisão do Juízo da Vara do Trabalho proferida em fase de execução definitiva, em que indeferido o pedido de homologação de cessão de crédito, ato impugnável por agravo de petição, na forma do art. 897, "a", da CLT. Recurso ordinário conhecido e não provido.

A cessão de crédito prevista nas normas de direito civil, portanto, não possui qualquer aplicação no âmbito da jurisdição trabalhista, conforme parametrização da mais alta Corte Trabalhista. Todavia, esta conclusão não esgota o tema, restando a discussão ainda mais importante sobre quais seriam os fundamentos contrários à sua incidência também no âmbito das relações de direito material, ou seja, além da seara processual.

4. Da cessão do crédito trabalhista — Aspectos materiais

A partir da Lei n. 11.101/2005, ganhou força a corrente doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade da cessão de créditos trabalhistas, tendo em vista sua classificação na falência como quirografários (art. 83, § 4º)⁽²¹⁾. Já no âmbito do E. STF, foi reconhecida a repercussão geral da controvérsia sobre a possibilidade da cessão do direito creditório alterar a natureza alimentar do precatório.⁽²²⁾

(21) Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: § 4º Os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários.

(22) CRÉDITO CONTRA A FAZENDA — CESSÃO — NATUREZA ALIMENTAR — TRANSMUDAÇÃO DO CRÉDITO ALIMENTÍCIO EM NORMAL. Possui repercussão geral a controvérsia sobre a possibilidade de a cessão de direito creditório alterar a natureza alimentar do precatório. (RE n. 631.537 RG/RS —

Torna-se imperiosa, portanto, a análise sobre a compatibilização deste dispositivo legal específico da classificação de crédito nos processo falimentares com as demais normas de direito internacional, constitucional e do direito do trabalho, tendo em vista o caráter UNO do ordenamento jurídico⁽²³⁾.

O Direito do Trabalho possui sua origem e fundamento no princípio da proteção do trabalhador. Foi desenvolvido a partir da constatação de que pessoas com poder econômico e capacidade desiguais de contratação conduzem as mais diversas formas de exploração do mais fraco pelo mais forte. Não mais podendo fechar os olhos para a injustiça da igualdade jurídica e meramente formal, os Estados Sociais passam a conceder ao hipossuficiente um padrão superior de direitos que possam compensar sua inferioridade econômica.

Não por outra razão, o salário possui natureza alimentar e assume aspecto vital na subsistência do trabalhador e de sua família. A Convenção Internacional do Trabalho n. 95 ressalta a importância do salário, estabelecendo as seguintes medidas mínimas de proteção:

Art. 5º O salário será pago diretamente ao trabalhador interessado, a menos que a legislação nacional, uma convenção coletiva ou uma sentença arbitral disponha diferentemente ou que o trabalhador interessado aceite outro processo.

RIO GRANDE DO SUL — REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 16.12.2010. Publicação DJe-074 DIVULG. 18.4.2011 PUBLIC. 19.4.2011)

(23) Ressaltando o caráter sistemático do Direito, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que: "Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comandos. É mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade. Conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: RT. 1980. p. 58).

Art. 10 – 1. O salário não poderá ser objeto de penhora ou cessão, a não ser segundo as modalidades e nos limites prescritos pela legislação nacional. 2. O salário deve ser protegido contra a penhora ou a cessão na medida julgada necessária para assegurar a manutenção do trabalhador e de sua família. (grifei)

A partir de sua ratificação pelo Estado brasileiro (Decreto n. 71.721, de 25 de junho de 1957), além do compromisso no âmbito internacional com a proteção do salário, referida Convenção da Organização Internacional do Trabalho passa a ser fonte material de Direito do Trabalho a teor da norma do § 2º do art. 5º da Constituição Federal c/c art. 8º, parágrafo único, da CLT⁽²⁴⁾.

Releve-se, ademais, que segundo entendimento do E. Supremo Tribunal Federal⁽²⁵⁾, os

tratados internacionais sobre direitos humanos ostentam posição jurídica de norma suprallegal, ficando abaixo da Constituição, todavia, acima das leis ordinárias.

Com efeito, art. 83, § 4º, da Lei n. 11.101/2005, não autoriza, tampouco estabelece qualquer “modalidade” ou “limite” para a cessão de créditos trabalhistas, apenas determinando que o crédito trabalhista cedido será classificado como quirografário no processo falimentar.

Na decisão que reconheceu a repercussão da matéria (RE n. 631.537 RG/RS), o MM. Ministro Marco Aurélio defende o seguinte posicionamento: “É simples: o atrativo referente à busca da cessão acaba por desaparecer, prejudicando, justamente, aqueles a quem a Carta da República protege na satisfação de direito, os credores ditos alimentícios.”

Na realidade, por este “rebaixamento” da classificação do crédito trabalhista cedido, o legislador parece buscar mesmo um desestímulo à cessão da verba alimentar (e não sua ampliação), na medida em que retira o que de mais atrativo existe na cessão de direitos creditórios, ou seja, sua transmissão com todos os seus acessórios, conforme art. 287 do Código Civil⁽²⁶⁾.

Assim, concordamos apenas com a primeira parte da fundamentação do julgado que reconheceu a repercussão da matéria, pois certamente a manutenção do entendimento dominante sobre a perda da natureza alimentar do crédito cedido levará a uma diminuição dos casos de sua cessão, tendo em vista o menor interesse dos especuladores pela compra de crédito não dotado dos privilégios trabalhistas.

ato de adesão. (...). (RE n. 349.703/RS, por exemplo, julgado pelo Tribunal Pleno em 3.12.2008).

- (26) Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “A cessão pode ser total ou parcial, e abrange todos os acessórios do crédito, como os juros e os direitos de garantia (CC, art. 287). Assim, por exemplo, se o pagamento da dívida é garantido por hipoteca, o cessionário torna-se credor hipotecário; se por penhor, o cedente é obrigado a entregar o objeto empenhado ao cessionário” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. vol. 2: teoria geral das obrigações. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 219).

Por outro lado, a experiência demonstra que a fixação de limites para a cessão créditos trabalhistas e a consequente diminuição da utilização deste instituto na seara laboral não estaria prejudicando os trabalhadores. Ao contrário, estaria assegurando o princípio justralhista da proteção também em face de credores do empregado, principalmente naquelas situações em que os trabalhadores mais necessitados não podem aguardar o trâmite legal dos processos falimentares e para pagamento de precatórios.

Releve-se que não existe no ordenamento jurídico nacional norma fixando “modalidades” e “limites” para cessão de créditos trabalhistas, além daquelas tratadas no Decreto n. 4.840, de 17.9.2003, que regulamenta a MP n. 130/03⁽²⁷⁾. Logo, diante da imperatividade da Convenção da OIT n. 95, também não há como justificar a interpretação de que a legislação falimentar teria autorizado genericamente toda e qualquer cessão de crédito trabalhista, sem qualquer parâmetro ou limite mínimo, desprotegendo totalmente o salário.

Sob outro enfoque, a natureza alimentar da obrigação trabalhista é expressamente reconhecida pelo § 1º art. 100 da Constituição Federal⁽²⁸⁾, circunstância que milita

contrariamente a tese de que sua cessão estaria autorizada como se tratasse de mero direito patrimonial.

De forma expressa, aliás, o art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ressalva os créditos de natureza alimentar da possibilidade de cessão permitida para as demais modalidades creditícias⁽²⁹⁾. Neste sentido, aliás, colhe-se julgado do E. STF, conforme ementa abaixo transcrita:

PRECATÓRIOS DE NATUREZA ALIMENTÍCIA. DECOMPOSIÇÃO E CESSÃO DE CRÉDITOS. Vedação expressa no art. 78 do ADCT/CF. Concessão de efeito suspensivo ao RE do Estado para suspender a execução do acórdão que afasta a ressalva das Disposições Transitórias Constitucionais. Questão de ordem no sentido de se confirmar a decisão concessiva de liminar. Regimento não conhecido. (AC 75 MC-AgRg-QQ, relator(a): Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, julgado em 2.3.2004, DJ 26.3.2004).

Com efeito, a própria norma do art. 286 do Código Civil — cuja aplicação discute-se em relação aos créditos laborais — estabelece que a natureza da obrigação, a lei ou a convenção com o devedor podem excluir a possibilidade de cessão do crédito.

A natureza superprivilegiada da dívida trabalhista é reconhecida pelo art. 186 do Código Tributário Nacional, com a seguinte redação: “O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou tempo da constituição

(27) O Decreto n. 4.840, de 17.9.2003, que regulamenta a MP n. 130/03, disciplina os procedimentos para autorização de desconto em folha de pagamento dos valores referentes ao pagamento das prestações de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil a empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. No seu art. 3º, fixa importante limite de proteção do trabalhador em relação aos seus credores, proibindo desconto que exceda trinta por cento de sua remuneração. Já o art. 16 autoriza a previsão contratual do “desconto de até trinta por cento das verbas rescisórias referidas no inciso V do art. 2º para a amortização total ou parcial do saldo devedor líquido para quitação na data de rescisão do contrato de trabalho do empregado”.

(28) Art. 100, § 1º da Constituição Federal: Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial

transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

(29) Art. 78 do ADCT. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.

deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho.”

Neste quadro normativo, em que ressaltadas a importância e a natureza alimentar do crédito trabalhista, de natureza estritamente pessoal, contrariando o entendimento da grande maioria dos doutrinadores trabalhistas citados ao longo deste ensaio, o doutrinador civilista Carlos Roberto Gonçalves defende a impossibilidade de sua cessão:

Pela mesma razão não podem ser cedidos créditos atinentes aos vencimentos de funcionários ou os créditos por salários; os créditos decorrentes de direitos sem valor patrimonial; os créditos vinculados a fins assistenciais; os créditos que não possam ser individualizados, pois a cessão é negócio dispositivo, devendo ser seu objeto determinado, de forma que não valerá a cessão de todos os créditos futuros, procedentes de negócios etc.¹². Em virtude da lei, não pode haver cessão do direito de preempção ou preferência (CC, art. 520), do benefício da justiça gratuita (Lei n. 1.060/50, art. 10), **da indenização derivada de acidente no trabalho**, do direito à herança de pessoa viva (CC, art. 426), de créditos já penhorados (CC, art. 298), do direito de revogar doação por ingratidão do donatário (CC, art. 560) etc. Admite-se, porém, a cessão do direito do autor de obras intelectuais (Lei n. 9.610/98, art. 49) e do exercício do usufruto (CC, art. 1.393)¹³.⁽³⁰⁾ (negritei)

No que diz respeito à Lei e aos princípios protecionistas do salário incorporados aos arts. 462 e 464 da CLT⁽³¹⁾, com muito acerto, determinam seu pagamento direto ao empregado e

vedam os descontos não autorizados por lei, traduzindo verdadeira incompatibilidade geral do direito material trabalhista com o instituto civil da cessão de crédito.

Nesse sentido, também, é o posicionamento de Eduardo Gabriel Saad⁽³²⁾:

Estamos em que a empresa não deve efetuar quaisquer descontos no salário do empregado fora dos casos que a lei previu ou autorizou. Destarte, ainda que um credor exhiba instrumento de procuração do empregado com poderes para receber seu salário, não deve a empresa concordar com o desconto.

O princípio da irredutibilidade salarial não tem alcance restrito ao âmbito trabalhista. Não se dirige, apenas, ao empregador, para conter eventual investida contra a remuneração do empregado, ao arrepio da lei. Tem, também, em mira, resguardar o salário contra os efeitos de atos praticados fora da empresa. Essa orientação legal é correta, pois a subsistência do empregado e dos seus familiares depende do salário. Aliás, o § 4º, do artigo sob estudo, é muito claro; é vedado à empresa limitar, por qualquer forma, a liberdade dos empregados de disporem dos seus salários, salvo se a restrição tiver apoio em lei. Nesta, não consta expressamente a faculdade de o empregado conferir a um terceiro, seu credor, o poder de receber seu salário ou parte dele.

Releve-se que as verbas trabalhistas alimentares também não podem ser compensadas com dívidas civis que o trabalhador tenha com seu empregador, conforme entendimento consolidado pela Súmula/TST n. 18⁽³³⁾.

(30) GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 220

(31) Art. 462. Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

Art. 464. O pagamento do salário deverá ser efetuado contra recibo, assinado pelo empregado; em se tratando de analfabeto, mediante sua impressão digital, ou, não sendo esta possível, a seu rogo.

(32) SAAD, Eduardo Gabriel, 1915 — *Consolidação das Leis do Trabalho comentada*. Eduardo Gabriel Saad. — 37. ed. atual. e rev. por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2004. p. 651. SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 342.

(33) SUM-18 COMPENSAÇÃO (mantida) – Res. n. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 A compensação, na Justiça do Trabalho, está restrita a dívidas de natureza trabalhista.

Não faz sentido proteger o salário do trabalhador apenas contra abusos do empregador, mas autorizar sua venda por valores irrisórios para seus credores, em franca desestruturação das normas irrenunciáveis que estabelecem os direitos mínimos dos trabalhadores (art. 7º, *caput*, da CFRB/88).

Com o mesmo objetivo de proteção dos créditos trabalhistas de dívidas civis do empregado, o art. 649, IV do CPC estabelece que são absolutamente impenhoráveis:

“os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no 3º deste artigo.”

Alguns argumentam que findo o estado de subordinação inerente ao contrato de emprego o trabalhador estaria totalmente livre para manifestação voluntária de sua vontade, não possuindo mais qualquer aplicação do princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

Todavia, com este argumento não concordamos, uma vez que mantida a condição de hipossuficiente daquele que somente possui sua mão de obra para oferecer, ainda mais diante do poder econômico dos investidores e especuladores que enxerguem na compra antecipada de direitos trabalhistas um rentável negócio gerador de renda⁽³⁴⁾.

(34) Ementa: DIREITO DESPORTIVO — CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITOS ECONÔMICOS DE JOGADOR PROFISSIONAL DE FUTEBOL — NEGÓCIO JURÍDICO — REQUISITOS DE VALIDADE — OBJETO INDETERMINADO E INDETERMINÁVEL — DECLARAÇÃO DE NULIDADE — CABIMENTO — RESTITUIÇÃO AO STATUS QUO ANTE — DEVOUÇÃO DE PARCELAS RECEBIDAS — RECURSO PROVIDO. O art. 104, do NCCB, enumera os requisitos de validade de um negócio jurídico, dentre os quais se encontra o “objeto determinado ou determinável”. – A mera referência a “direitos econômicos”, sem a consequente vinculação do negócio jurídico a um contrato de trabalho entre o jogador de futebol e um clube, ou mesmo a uma determinada temporada

Com efeito, a prática revela que as conhecidas dificuldades financeiras por que passam os desempregados no país levam à situação extrema da cessão dos créditos trabalhistas antes mesmo de seu reconhecimento no processo, em flagrante violação da norma do art. 243 do Código Civil, segundo a qual “a coisa incerta será indicada, ao menos, pelo gênero e pela quantidade”.

Muitas vezes, no próprio ato de assinatura da procuração, o trabalhador já cede ao advogado seus créditos por meio de negócio jurídico privado, de modo antecipado e em circunstância totalmente incompatível com os princípios que regem a matéria⁽³⁵⁾.

ou campeonato, afasta por completo a possibilidade de se determinar o objeto da avença celebrada, incidindo, pois, o disposto no art. 166, II, do NCCB pelo qual “é nulo o negócio jurídico quando for indeterminável o seu objeto”, notadamente se analisado o contrato em consonância com os usos e costumes do lugar de sua celebração (art. 113 do NCCB), e com as peculiaridades do Direito Desportivo (TJ-MG – 100240627145300011 MG. Data de publicação: 18.1.2010).

(35) O Código Civil italiano, no seu art. 1.261, expressamente veda a cessão de crédito para os advogados do processo: “Art. 1.261 Divieti di cessione I magistrati dell’ordine giudiziario, i funzionari delle cancellerie e segreterie giudiziarie, gli ufficiali giudiziari, gli avvocati, i procuratori, i patrocinatori e i notai non possono, neppure per interposta persona, rendersi cessionari di diritti sui quali è sorta contestazione davanti l’autorità giudiziaria di cui fanno parte o nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni, sotto pena di nullità e dei danni (1.421 e seguenti, 2.043). La disposizione del comma precedente non si applica alle cessioni di azioni ereditarie tra coeredi, né a quelle fatte in pagamento di debiti o per difesa di beni posseduti dal cessionario”. Contudo, no direito brasileiro, não existe proibição expressa para o advogado da causa comprar o crédito de seu cliente, conforme se verifica das hipóteses de impedimento do art. 497 do Código Civil: “Art. 497. Sob pena de nulidade, não podem ser comprados, ainda que em hasta pública: I – pelos tutores, curadores, testamentários e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração; II – pelos servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta; III – pelos juizes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, os bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade; IV – pelos leiloeiros e seus prepostos, os bens de cuja venda estejam encarregados. Parágrafo único. As proibições deste artigo estendem-se à cessão de crédito.

Ocorre que não se pode validar a renúncia prévia de direitos antes mesmo de sua constituição, ainda mais de origem trabalhista, porquanto em momento anterior à sentença transitada em julgado o trabalhador possui apenas uma expectativa de direito, sem definição de gênero ou quantidade.

Noutro dizer, antes do julgamento da causa, não é possível renunciar a créditos ainda não certificados, em espécie de negócio jurídico de objeto totalmente incerto (Código Civil, art. 104) e frontalmente contrário aos princípios que informam os direitos trabalhistas.

5. Conclusões

Os princípios da proteção do trabalhador e do salário, justificam a legislação internacional, constitucional e infraconstitucional que protegem o crédito trabalhista não apenas contra abusos do empregador, mas também quanto aos credores do empregado.

O instituto de Direito Civil da cessão de crédito não possui aplicação na Justiça do Trabalho na qual a execução deve prosseguir normalmente até o cumprimento do comando sentencial e pagamento da verba alimentar diretamente ao prestador pessoal de serviços, cujas energias físicas e mentais formadoras da

sua personalidade foram gastas no cumprimento do contrato de atividade⁽³⁶⁾.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Amador Paes de. *CLT comentada*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 27. ed. atual. e ampl. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações*. 1ª Parte. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Execução na Justiça do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

SAAD, Eduardo Gabriel, 1915 — *Consolidação das Leis do Trabalho comentada*. Eduardo Gabriel Saad. 37. ed. atual. e rev. por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2004.

SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2013.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Execução no Processo do Trabalho*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001.

(36) Conforme ensina Washington de Barros Monteiro: "Pela sua natureza, não podem ser cedidas as relações jurídicas estritamente pessoais, inerentes à própria pessoa do titular como as de direito de família, nome civil e alimentos." (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações*. 1ª Parte. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 353)

Ministério Público do Trabalho (MPT) no combate à exploração sexual infantojuvenil: perspectivas atuais no Estado da Paraíba

Raphaella Viana Silva Asfora^(*) e Robson Antão de Medeiros^(**)

Resumo:

- **Introdução:** Mundialmente, a exploração sexual é uma experiência devastadora no tocante às crianças e adolescentes, ao trazer grandes consequências que os prejudicam no desenvolvimento físico, psicossocial, principalmente ao ser classificada sob o aspecto estrutural (desigualdade na distribuição da riqueza social, que interfere nos meios de vida e na dignidade humana). Deste mesmo modo, há o aumento das evidências de atividades criminosas relacionadas ao tráfico de crianças e adolescentes para fins sexuais. Há o seguinte questionamento: quais as principais ações de combate à Exploração Sexual Infantojuvenil

(*) Doutoranda em Direito e Ciências Sociais pela Universidad Nacional de Córdoba (UNC/400 Años de Tradición). Administradora de Empresas, Jornalista/*Official Member of Rotary Club International*, Evanston, USA (Brazil, District 4.500, Club 7.858) e Conciliadora Federal com atuação profissional no Tribunal Regional Federal da 5ª Região/Justiça Federal na Paraíba. Pós-graduanda em Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais/CEDHESC – Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (TJ/PB), Escola Superior da Magistratura do Estado da Paraíba (ESMA/PB), Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Departamento de Direito/Centro de Ciências Jurídicas (CCJ)/Aprovada no Processo Seletivo 2014 da ESMA/UFPB com o 1º Lugar (Média máxima 10,0 na Avaliação/Título: “Direitos Humanos e Justiça Internacional sob a Perspectiva Global” em 2014/2015. Trabalho de Conclusão de Curso: “Programa MPT na Escola: Cidadania, Direitos Humanos e Combate à Exploração do Trabalho Infantil no Estado da Paraíba” (em Curso) sob a Orientação do Professor PhD Robson Antão de Medeiros (UFPB/Coimbra). Pós-graduada e Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal CESED/Facisa/IBCCRIM. Graduada/Bacharelado em Direito pelo CESED/Facisa, pelo Título “Ministério Público do Trabalho (MPT) no Combate à Exploração Sexual Infantojuvenil: Perspectivas Atuais no Estado da Paraíba”, com aprovação com média máxima 10,0 em sua avaliação. Graduada/Bacharelado em

Comunicação Social (Jornalismo/2004) e Bacharelado em Administração (2008) pela UEPB. Pesquisadora Jurídica Multidisciplinar — UEPB/CNPq/Universidade de Salamanca/Espanha com destaque internacional em 2014 sob a orientação do Professor PhD Robson Antão de Medeiros (Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra/Portugal). Experiência internacional e multicultural em vários países do Continente Europeu: Portugal, França, Suíça, Itália e Espanha.

(**) Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor do programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas – UFPB. Com Pós-doutoramento (PhD) em Direito pela Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra – Portugal (2006). Doutorado em Ciências da Saúde, pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2002/2005). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil. Título: Relações de Trabalho em Tempos de AIDS – Ano de obtenção: 2005. Orientador Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti e Vania Vasconcelos Gico. Palavras-chave: AIDS; Relações de Trabalho; Direito. Grande área: Ciências da Saúde/Área: Medicina. Setores de atividade: A Saúde das Pessoas. Mestrado em Ciências Jurídicas (Conceito CAPES 5), pela Universidade Federal da Paraíba (1998/2002). Título: A Proteção Jurídica do Trabalhador Portador de HIV/AIDS: Abordagem Jurisprudencial. Orientador: Prof.

por parte do MPT na Paraíba no período de 2010 a 2014? **Objetivos:** analisar a atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT) no Estado da Paraíba em relação ao combate à exploração sexual infantojuvenil; apontar as principais ações do MPT no Estado da Paraíba no combate à exploração sexual infantojuvenil e elencar as estratégias de combate à exploração sexual infantojuvenil por parte do Ministério Público do Trabalho (MPT) em parceria com a Polícia Federal, Polícia Civil, Ministério Público Estadual e as Curadorias da Infância e Juventude presentes da em alguns municípios do Estado da Paraíba. **Metodologia:** pesquisa bibliográfica, ao recorrer à consulta de livros e artigos científicos sobre este tema, além de ser uma pesquisa documental, a partir da análise de textos normativos, leis e jurisprudências. Corresponde também a uma pesquisa indutiva, pesquisa descritivo-explicativa e pesquisa de campo, ao haver o questionamento, contextualização do problema, objetivos e a investigação de dados na sede do MPT em Campina Grande/PB. **Resultados:** neste contexto, há a exposição de um fato inédito, a participação do Ministério Público do Trabalho (MPT) em parceria com os meios de comunicação de massa no contexto do Estado da Paraíba, que juntos passam a investigar e conscientizar a população acerca dos casos de exploração sexual infantojuvenil, por entender que este tipo de exploração constitui relação de trabalho ilícita e degradante. **Conclusão:** a participação do Ministério Público do Trabalho (MPT), que investiga os casos de exploração sexual infantojuvenil, sendo um tipo de relação de trabalho ilícita e degradante, que não ofende apenas à vítima, mas toda a coletividade, ao violar o desenvolvimento psicossocial das vítimas e ao ferir o Princípio da Dignidade Humana.

Palavras-chave:

- ▶ Ministério Público do Trabalho (MPT) — Estado da Paraíba — Exploração sexual infantojuvenil — Direitos da infância e juventude.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O Ministério Público do Trabalho (MPT)
- ▶ 3. Atuação do MPT no Brasil
- ▶ 4. Marco histórico da exploração sexual infantojuvenil
- ▶ 5. Principais aspectos da exploração sexual e da violência infantojuvenil
- ▶ 6. A realidade da exploração sexual infantojuvenil na Paraíba
- ▶ 7. Considerações finais
- ▶ 8. Referências bibliográficas

Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst. Palavras-chave: Direitos Humanos; AIDS. Grande área: Ciências Sociais Aplicadas/Área: Direito. Especialização em Bioética, pela Universidade Federal de Lavras Minas Gerais (2010). Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Universidade Federal da Paraíba (1991). Coordenador do Curso de Direito Santa Rita da UFPB (2009-2012). Vice-Diretor do Centro de Ciências

Jurídicas – UFPB no período 2013-2016. Avaliador de Instituições de Educação Superior e de Cursos de Graduação, junto ao MEC. Tem experiência no Ensino, Pesquisa e Extensão, na área de Direito e Saúde Coletiva, com ênfase nos seguintes temas: Biotecnologia, Biodireito, Direitos Humanos, Direito Civil, Direito de Família, Direito Trabalhista, Direito Administrativo e Direito da Comunicação.

1. Introdução

Mundialmente, foi constatado pela ONU (Organização das Nações Unidas) e pela NCCAPR (*National Center on Child Abuse Prevention Research*), em recente Relatório acerca da Violência contra Crianças e Adolescentes (2012), que a cada ano um milhão de crianças e adolescentes são afetados com a exploração e a violência sexual. No Brasil, uma das maiores prioridades do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) é destinar uma contribuição para a garantia do direito de cada criança e adolescente sobreviver e desenvolver seu potencial. Graças a um intenso investimento governamental, há uma contribuição para redução das desigualdades sociais, enfrentamento da pobreza e construção de uma realidade mais justa, solidária, pautada pelos ideais de cidadania e igualdade de oportunidades para a educação de crianças e jovens brasileiros.

Em diversos países, a exploração sexual é uma experiência devastadora no tocante às crianças e adolescentes, ao trazer grandes consequências que os prejudicam no desenvolvimento físico e psicossocial, principalmente ao ser classificada sob o aspecto estrutural, marcado pelo cenário brasileiro pela desigualdade na distribuição da riqueza social, que prejudica o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes.

No tocante ao aspecto cultural, essencialmente nas relações de dominação de grupos e na delinquência, por se tratar de ações criminosas na sociedade, para o combate de tal realidade é preciso haver uma estrutura e prática constante de iniciativas do poder público para exterminar a violência contra crianças e adolescentes, objetivando o avanço de ações que possam levar à inclusão social no Estado da Paraíba e seus principais municípios que têm os maiores índices de ocorrência da exploração sexual infantojuvenil.

No atual contexto social, político e econômico do Estado da Paraíba, há o alarmante aumento

das ocorrências da exploração sexual infantojuvenil em vários municípios paraibanos. Diante desta realidade, há a atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT) no combate a este crime, enquanto instituição protetiva essencial à função jurisdicional do Estado existente para a defesa da ordem jurídica, de regime democrático e em prol dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme o art. 127 da Constituição Federal de 1988.

A meta desta pesquisa é diagnosticar a participação do Ministério Público do Trabalho (MPT) no Estado da Paraíba no combate à exploração sexual infantojuvenil, em face do recente Estudo das Nações Unidas sobre Violência contra Crianças e Adolescentes ao denunciar que a cada ano, um milhão de crianças e adolescentes são vítimas de exploração e violência sexual no mundo.

Deste mesmo modo, há o aumento das evidências de atividades criminosas relacionadas ao tráfico de crianças e adolescentes para fins sexuais na Paraíba. A missão do Ministério Público do Trabalho (MPT) no combate à exploração sexual infantojuvenil em suas perspectivas atuais no Estado da Paraíba consiste na defesa da ordem jurídica, do regime democrático nos direitos à proteção da criança e do adolescente na atuação da observância da legislação constitucional e infraconstitucional, viando à tutela coletiva dos direitos sociais constitucionais e infraconstitucionais garantidos.

A atuação do MPT no combate à exploração sexual infantojuvenil pode ser também associada aos preceitos do Jornalismo Investigativo, que pelo meios de comunicação de massa, em especial a televisão e a internet, possuem o compromisso de prestar um importante serviço à população: a transmissão dos fatos cotidianos e retratos da realidade em que vivemos, sobretudo acerca dos problemas sociais e a denúncia de crimes que envolvem crianças e adolescentes.

Na visão do Ministério Público do Estado da Paraíba e do Ministério Público do Trabalho

(MPT), a exploração sexual de crianças e adolescentes está abastecida pela demanda internacional e nacional, além da proliferação de crimes relacionados à Internet.

Neste estudo, há o fundamento para a reflexão e o conhecimento que possa consubstanciar uma ação efetiva engajada a este problema social, a exemplo da parceria com ONGs (Organizações Não Governamentais) e demais iniciativas do PROSOL (Promoção do Bem-Estar Social) a partir do momento em que deverá ter a intervenção judicial, mediante sensibilizar a população a fim de a mobilização social por meio da divulgação de campanhas educativas, a realização de audiências públicas e efetiva atuação dos membros do MPT como representantes deste órgão agente e interveniente em prol da paz e da justiça social.

O problema da investigação da pesquisa pode ser definido pelo seguinte questionamento: quais as principais ações do MPT no combate à exploração infantojuvenil compreendidas no período de 2010 a 2014? Ademais, os objetivos desta pesquisa podem ser definidos em analisar a atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT) no Estado da Paraíba em relação ao combate à exploração sexual infantojuvenil; apontar as principais ações do MPT no Estado da Paraíba no combate à exploração sexual infantojuvenil e elencar as estratégias de combate à exploração sexual infantojuvenil por parte do Ministério Público do Trabalho (MPT) em parceria com a Polícia Federal, a Polícia Civil, o Ministério Público Estadual e as Curadorias da Infância e Juventude presentes em alguns municípios do Estado da Paraíba.

2. O Ministério Público do Trabalho (MPT)

O Ministério Público do Trabalho (MPT) possui a competência de combater a exploração sexual infantojuvenil em suas perspectivas atuais no Estado da Paraíba. O MPT consiste na defesa da ordem jurídica e do regime democrático dos direitos à proteção da criança e

do adolescente, além de atuar na observância da legislação atual que visa à tutela coletiva dos direitos sociais, garantias fundamentais e dignidade humana.

O Ministério Público do Trabalho (MPT) por intermédio da Procuradoria Regional do Trabalho da 13ª Região e da Coordenadoria Regional de Combate à Exploração da Criança e do Adolescente, ao colocar em prática os preceitos de sua Missão, traz algumas recomendações para o cumprimento da Lei Federal n. 11.577/2007, ao permitir que possa haver: 1. afixar os cartazes de forma permanente, somente podendo ser retirados, com a substituição dos outros; 2. plastificar ou o emoldurar os cartazes para maior durabilidade e economia; 3. orientar os funcionários do estabelecimento para que, verificando a hipótese de exploração sexual infantojuvenil, denunciar os fatos à Polícia ou ao Ministério Público do Trabalho (MPT), essencialmente através do Disque 100:

E quanto a exploração sexual propriamente dita? Outra vez, façamos breve menção ao direito posto para, em seguida vislumbrar a realidade empírica e estatística. O Brasil é signatário da Convenção n. 183 da OIT (promulgada pelo Decreto n. 3.597/00), que dispõe sobre as piores formas de trabalho infantil e a ação imediata para a sua eliminação (Genebra, 1999). Seu texto foi aprovado, para efeitos internos, pelo Decreto Legislativo n. 178 de 14.12.1999 e em seguida, promulgado pelo Decreto n. 3.597 de 12.9.2000, do Poder Executivo Federal. Na Convenção n. 182, o art. 3º define em linhas gerais, as piores formas de trabalho infantil. Todas elas são contraditórias, em percentuais apreciáveis no Brasil, do universo de dados setoriais, elegemos aqueles tratados e classificados pelo Sistema Nacional de Combate ao Abuso e à Exploração Sexual Infantojuvenil. Por um lado, a figura da exploração sexual (essa etiológicamente ligada

à ideia de trabalho e sempre reconduzível, por isso mesmo, aos rigores da Convenção n. 182 da OIT e por outro, a figura do abuso sexual (que prescinde a relação de trabalho, logo do elemento de exploração econômica, desde que seja oportunizado por uma relação de qualquer espécie. (FELICIANO, 2010. p. 82-85.)

O Ministério Público do Trabalho (MPT) diretamente por intermédio das Delegacias Regionais do Trabalho, DPCA (Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente) ou por meio de outros órgãos competentes, tem a missão de fiscalizar os estabelecimentos mencionados no art. 2º da Lei n. 11.577/2007 e para aqueles que não cumprirem a determinação legal arcarão com as medidas judiciais tomadas pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), estando sujeitos a quaisquer sanções em Direito permitidas. (Fonte: Recomendações do MPT ao cumprimento da Lei n. 11.577/2007, Cartaz, *Banner* e Planejamento do MPT em Combate à Exploração Sexual Infantojuvenil.

3. Atuação do MPT no Brasil

As formas de atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT) podem ser definidas por duas modalidades: como Órgão Interveniente e como Órgão Agente. Na função de órgão interveniente, cabe ao Ministério Público do Trabalho (MPT) basicamente fiscalizar o cumprimento da lei, nos processos oriundos dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho, que são submetidos à apreciação e à emissão de pareceres pelos Procuradores. Como Órgão Agente, o MPT é parte nos processos em que busca a defesa dos direitos difusos, coletivos e indisponíveis dos trabalhadores. Desde o ano de 1999, o MPT vem enfatizando cinco áreas prioritárias: Erradicação do Trabalho Infantil e Regularização do Trabalho Adolescente, Combate ao Trabalho Escravo, Regularização do Trabalho Indígena, Combate a Todas as Formas de Discriminação no Trabalho, Preservação da Saúde e Segurança do Trabalhador e Regularização dos Contratos de Trabalho. As atividades

pertinentes ao Ministério Público do Trabalho, como agente envolvem o recebimento de denúncias e o uso de medidas administrativas (instauração de procedimentos investigatórios e inquéritos civis públicos) ou judiciais (ação civil pública ou coletiva e ação anulatória trabalhista), nos casos em que for necessário. Para tanto no que se refere à exploração sexual infantojuvenil:

De acordo com o Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), o trabalho é prejudicial ao desenvolvimento de crianças e adolescentes nas seguintes condições (I) Aquele realizado em tempo integral, em idade muito jovem; (II) O de longas jornadas; (III) O que conduza a situações de estresse físico, social ou psicológico; (IV) O que seja prejudicial ao pleno desenvolvimento psicossocial; (V) O exercido nas ruas em condições de risco para a saúde e a integridade física e moral das crianças; (VI) Aquele incompatível com a frequência à escola; (VII) O que exija responsabilidades excessivas para a idade; (VIII) O que comprometa e ameace a dignidade e a autoestima da criança, em particular quando relacionado com o trabalho forçado e com exploração sexual e (IX) Trabalhos sub-remunerados.” (PIOVESAN, 2012. p. 14.)

Em conjunto, as atividades desenvolvidas pelo MPT como agente no papel de orientador da sociedade são realizadas mediante audiências públicas, palestras, oficinas e reuniões setoriais, atuando, portanto, de forma preventiva em relação aos problemas comumente encontrados na relação trabalhista. Entretanto, com isso, busca-se uma atuação eficiente na raiz dos problemas, em especial à exploração sexual infantojuvenil, procurando beneficiar um conjunto maior de pessoas ao invés de ficar atuando corretivamente em casos isolados.

4. Marco histórico da exploração sexual infantojuvenil

Sobre o marco teórico da exploração sexual infantojuvenil no Brasil, é importante

resgatar a figura das crianças na história da humanidade, onde muitas vezes a sua presença é praticamente nula e, quando não, é recebedora de algumas atenções e cuidados, seja pelo seu *status* enquanto filho de nobre, de castas especiais, como aconteceu durante a idade antiga. Os estudos históricos sobre a criança e o adolescente são muito recentes, uma vez que iniciaram na década de 1960 e se difundiram na década de 1970.

Para a doutrina majoritária do Direito da Infância e da Juventude e sob a perspectiva interdisciplinar com o Direito de Família, é possível destacar a visão de muitos autores a exemplo de Oliveira (2002, p. 25), para quem a função da família na atualidade ainda conserva quatro grandes funções: Procriatividade, Educação e Treinamento Social da Prole, Economia e Emocional. Para tanto, é muito variada, segundo seu próprio tipo, a maneira que cada família se desenvolve e desempenha estas funções.

Como uma forma de conferir normalidade ao novo momento histórico-político do país, foi promulgada em 1967 uma nova Constituição Brasileira. O período dos governos militares em relação às políticas para a área da infância foi marcado por dois documentos significativos e indicadores da visão vigente: a Lei que criou a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Lei n. 4.513, de 1º.12.1964) e o Código de Menores de 1979 (Lei n. 6.697, de 10.10.1979).

Historicamente, a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor tinha como objetivo primordial a implantação da Política Nacional do Bem-Estar do Menor, herdando do SAM toda a sua cultura organizacional. Entretanto, a FUNABEM propunha-se a ser a grande instituição de assistência à infância, cuja linha de ação tinha na internação, tanto dos abandonados e carentes como dos infratores, seu principal foco.

Neste contexto, esta população era colocada como objeto potencial da administração da Justiça de Menores e o termo autoridade judiciária vem no Código de Menores de 1979 e

na Lei da Fundação do Bem-Estar do Menor, conferindo poderes ilimitados quanto ao tratamento e destino desta população. Em meados da década de 1970, começou a surgir (por parte de alguns pesquisadores acadêmicos) o grande interesse em pesquisar a população em situação de risco, a situação da criança de rua e o chamado delinquente juvenil.

Em 5 de outubro de 1988, foi então promulgada a Constituição Brasileira marcada por avanços na área social, introduziu um novo modelo de gestão das políticas sociais, com a participação ativa das comunidades pelos conselhos deliberativos e consultivos. Na Assembleia Constituinte, organizou-se um grupo de trabalho comprometido com o tema da criança e do adolescente, cujo resultado concretizou-se no art. 227 da CF/88, que introduziu preceitos da Doutrina de Proteção Integral da Organização das Nações Unidas (ONU), trazendo os avanços da normativa internacional para a população infantojuvenil brasileira.

Tal artigo garantia às crianças e adolescentes os direitos fundamentais de sobrevivência, desenvolvimento pessoal, social, integridade física, psicológica e moral, além de protegê-los de forma especial, ou seja, mediante dispositivos legais diferenciados, contra negligência, maus-tratos, violência, exploração, crueldade e opressão.

De acordo com vários doutrinadores do Direito da Infância e Juventude, a exemplo de Dupret (2010, p. 169), a implementação integral do ECA ainda representa um desafio para todos aqueles envolvidos e comprometidos com a garantia dos direitos da população infantojuvenil: “verificada a prática de ato infracional, devem ser observados os direitos individuais e as garantias processuais da criança e do adolescente, presentes nos arts. 106 a 111 do ECA”.

Na visão de Fonseca (2011, p. 15), as raízes da Proteção Integral estão na Convenção sobre os Direitos da Criança (aprovada pela Assembleia

Geral das Nações Unidas em 20.11.1989), bem como na Declaração Universal dos Direitos da Criança, das quais é sua base jurídica. No ano 2000, há uma referência direta aos desafios para implementação das políticas públicas, essencialmente ao haver destaque para o art. 86 do ECA que versa acerca dos preceitos atinentes às Políticas de Atendimento Institucional: o Poder Legislativo, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Sociedade Civil Organizada.

5. Principais aspectos da exploração sexual e da violência infantojuvenil

Acerca da história social do Brasil, é possível perceber que a exploração sexual e a violência infantojuvenil sempre estiveram presentes no cotidiano de crianças e adolescentes e a forma de abordagem tem relevância quando associada às especificidades dominantes em cada época e em cada sociedade. Portanto, os conceitos acerca da exploração e violência contra crianças e jovens se diferenciam e também se manifestam na sociedade e em várias instituições.

A exploração sexual e violência infantojuvenil nesses vários âmbitos são identificadas sob a forma da criança espancada, abuso emocional, físico e sexual, exploração econômica, negligência e abandono e tais crimes contra a criança e o adolescente, embora repudiados socialmente, podem ser considerados ainda hoje um fato cotidiano. Tornou-se um tema de preocupação e reflexão por parte da sociedade civil, leiga e acadêmica, por causa das formas disseminadas e intensificadas com que se tem caracterizado, especialmente, nas últimas décadas, nas áreas urbanas.

Para Rolim (2006, p. 9), a exploração sexual e a violência contra crianças e adolescentes acontecem no Brasil devido ao fato de que este é o mais rico entre os países com maior número de pessoas miseráveis. Para efeito estatístico, no entanto, os estudiosos chegaram a uma definição quase matemática sobre o que são miséria e pobreza, sobretudo em relação às

pessoas cuja renda não é suficiente para cobrir os custos mínimos de manutenção da vida humana: alimentação, moradia, transporte e vestuário.

Para Galtung (2004, p. 30) define prostituição como um contínuo de relações possíveis entre homens e mulheres que combinem sexo e dinheiro sem passar pelo casamento ou pela procriação. No âmbito da exploração sexual infantojuvenil, trata-se de um processo de coisificação de crianças e adolescentes, que são reduzidos a meros objetos dos desejos dos clientes (assim chamados pelas redes de prostituição) a quem devem ser assegurados a garantia da realização plena.

Sob o ponto de vista de Vaz (1994, p. 33), a prostituição é alimentada diariamente pelos mecanismos sociais, como linguagem, hábitos, educação, dominação, discriminação, competição, consumo, *status*. O mais lamentável desta realidade é o envolvimento sexual de crianças e adolescentes ou sua participação em atividades sexuais com adultos mediante um elemento de retribuição sob a forma de dinheiro, de presentes ou até mesmo drogas.

A exploração sexual infantojuvenil se insere como mais uma forma de violência contra a criança e o adolescente, que está cada ano lado a lado com o tráfico, assassinatos, abusos, negligências, exploração ilícita do trabalho, além do abandono político e social. No contexto da exploração sexual de crianças e adolescentes no Estado da Paraíba, tal realidade está diretamente relacionada ao consumo e tráfico de drogas e álcool, à subordinação aos agenciadores ou intermediários que negociam os programas, sendo que, cada vez mais os menores são as principais vítimas e são submetidos a esta vida pela situação de pobreza, fome e muitas vezes pelas drogas.

A expansão deste crime se dá com a atuação de redes globais do comércio e da prostituição infantojuvenil lideradas por organizações criminosas, que são consideradas no atual

contexto social, mais eficientes que a própria polícia ou a justiça, principalmente, via turismo sexual. As denúncias falam também da morbidade e da mortalidade de crianças e adolescentes associadas à exploração, à violência sexual e à prostituição. A existência da prostituição infantojuvenil no Brasil é inegável e se deve à presença cada vez mais constante das organizações criminosas em todas as unidades federadas do país:

Organização criminosa é a associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo preestabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita a ser partilhada com entre os seus integrantes. O conceito adotado pela nova Lei n. 12.850/2013 não é muito diferente, prevendo-se no art. 1º, § 1º, o seguinte: considera-se organização criminosa a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional. (NUCCI, 2013. p. 14.)

Segundo dados da UNICEF de 2010 pelo projeto UNICEF “*Progress for Children*”, o caráter transnacional da exploração sexual infantojuvenil, possui diversas considerações sobre o turismo sexual que envolve crianças e jovens em vários estados brasileiros, realidade não diferente também no Estado da Paraíba. Embora realizadas por formas diversificadas pelas organizações criminosas, há sempre as suas particularidades e adequação com a economia local. O turismo sexual infantojuvenil está presente nas 27 unidades federadas e a faixa etária mais visível é entre 12 e 16 anos.

Segundo este diagnóstico, a exploração sexual e a violência que a criança sofre nas

ruas é muito menor do que a sofrida dentro de casa, cometida pelo pai, padrasto ou irmão. É então esta falta de respeito e de solidariedade que está diretamente relacionada ao comércio de crianças, sendo este outro problema social frequente e de extrema gravidade que está intimamente ligado à prostituição.

As crianças são vendidas como mercadorias a bordéis e casas de massagens no Nordeste, mais em específico o Estado da Paraíba. Junto a tal comércio, vem o sequestro de crianças para serem comercializadas nas grandes cidades, em áreas de garimpo ou em agenciadoras no exterior. As crianças e adolescentes de classes menos favorecidas são alvo mais frequente, já que o empenho policial não é intenso no sentido de encontrá-las e devolvê-las às suas famílias.

6. A realidade da exploração sexual infantojuvenil na Paraíba

Por várias razões, crianças e jovens são alvos da exploração e principalmente da violência sexual no Estado da Paraíba. Esta situação é ainda mais complexa, pois não se trata de casos esporádicos que privilegiam uma faixa etária em detrimento de outras. O que se constata é que camadas populacionais inteiras são excluídas por um sistema político-econômico perverso, que nem sempre as crianças os adolescentes têm acesso de fato a todos os direitos e deveres inerentes à vida em comunidade, em se tratando de alimentação, escola, saúde e demais aspectos da dignidade humana.

Sob o ponto de vista de Teixeira (2002, p. 32), este é um contexto que as crianças e os jovens mais sofrem. Primeiro, por não terem condições de se autodefender, sendo vítimas fáceis da desnutrição e de todas as doenças, o que resulta em um elevado índice de mortalidade infantil. Desde pequena, a criança é jogada no mundo adulto, sendo explorada em sua força de trabalho, ficando distante dos bancos escolares, crescendo um adulto inabilitado para os requisitos de mão de obra especializada.

Para o Ministério Público do Trabalho (MPT), é preciso permanecer à frente disto, avaliando as possibilidades críticas de êxito e também os desafios de ações contínuas em favor da infância e da juventude, necessárias para se fazer esclarecer que todos os problemas, conforme se detalham, possuem seu próprio caráter e sua profundidade de se manifestar, que não são idênticas as consequências dessas para a humanidade em seu conjunto e para seus diversos grupos sociais.

No atual contexto social, político e econômico do Estado da Paraíba, há o alarmante aumento das ocorrências e consequências da exploração sexual infantojuvenil em vários municípios paraibanos e que, de acordo com a matéria do *Jornal da Paraíba*, crescem os casos de exploração sexual de crianças e adolescentes:

O número de casos de exploração sexual aumentou 52% na Paraíba, de acordo com os dados do Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS). Em 2012 foram registrados 443 casos e em 2013, 675 registros de atendimentos. O Disque Denúncia 123, serviço do Governo do Estado da Paraíba, registrou até maio deste ano 32 casos de exploração sexual, dos 123 registros de violações de direitos e para combater este tipo de crime, a Casa Pequeno Davi, o Centro da Mulher 8 de Março e a Concern Universal Brasil com o apoio do Ministério Público do Trabalho (MPT) lançam a campanha “Torça contra a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes e Jovens” em João Pessoa, no contexto dos megaeventos esportivos e culturais, a campanha tem como objetivo mobilizar a sociedade no combate à exploração sexual de adolescentes na Região Metropolitana de João Pessoa, em especial o *trade* turístico. A campanha faz parte das ações desenvolvidas pela Casa Pequeno Davi, Centro da Mulher 8 de Março e Concern Universal Brasil com o patrocínio da Petrobras. (*Jornal da Paraíba*,

Caderno Últimas. “Casos de Exploração Sexual crescem na Paraíba”, 17 jun. 2014, p. 8.)

Diante deste fato, a televisão ao longo dos anos tem apresentado reportagens e aspectos relacionados à exploração sexual infantojuvenil no Brasil e no Estado da Paraíba. Um recente exemplo é a Série Juventude Vendida veiculada no Sistema Correio de Televisão. Uma programação premiada com Menção Honrosa na Categoria Nacional de TV do 5º Concurso Tim Lopes para Projetos de Investigação Jornalística e pela Agência de Notícias dos Direitos da Infância em parceria com o Instituto WCF Brasil, UNICEF e OIT.

Deste mesmo modo, há o aumento das evidências de atividades criminosas relacionadas ao tráfico de crianças e adolescentes para fins sexuais. A exploração de meninas e meninos por turistas e viajantes, também está relacionada à proliferação de imagens de crianças sendo abusadas e crimes relacionados à internet. Na visão do Ministério Público do Estado da Paraíba (MPE), e do Ministério Público do Trabalho (MTT), a exploração sexual de crianças e adolescentes está abastecida pela demanda internacional e nacional.

Nessa mesma ocasião, também foi lançado o Plano Estadual de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, sendo que o Disque Denúncia e o Plano Estadual juntos representam um investimento de R\$ 1 milhão, ao prestar informações, tirar dúvidas e o pronto atendimento das demandas relacionadas à Defesa de Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes, tudo de forma gratuita e sigilosa:

É um serviço fundamental na proteção dos direitos das crianças na proteção dos direitos das crianças e adolescentes, onde a população poderá fazer a denúncia de qualquer ato de violação desses direitos. É importante destacar que o Conselho de Segurança está junto com o Governo do Estado, Ministério Público do Trabalho e o Poder Judiciário, então não será apenas

a denúncia, mas sobretudo o acompanhamento das ações após a denúncia, a apuração e a punição, já que a impunidade é a maior causa de reincidência. O Estado da Paraíba está sempre presente na proteção da criança e do adolescente. A solução para a nossa juventude são políticas públicas para acompanhar as crianças e adolescentes e envolver a família na construção de uma sociedade paraibana bem melhor do que a que temos hoje. Haverá a ampliação, articulação e integração de políticas públicas para a promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes com ênfase no fortalecimento ou resgate do vínculo com a família de origem, além de assegurar a excepcionalidade e a provisoriedade do acolhimento da criança e do adolescente em serviço de abrigo ou Programa de Famílias Acolhedoras. O Disque Denúncia 123 conta com a parceria da Secretaria de Estado da Segurança e Defesa Social (SEDS), Companhia de Processamento de Dados (CODATA) da Paraíba, Ministério Público e Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, além do Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte (PP-CAM), criado no ano passado, por meio do Decreto 33.791 e a proteção por meio do PPCAM é um serviço sigiloso e garante segurança à vítima e à família. (*Jornal da Paraíba* – PB implanta Disque Denúncia: Serviço de Proteção e Defesa dos Direitos das Crianças, Adolescentes, Idosos e Pessoas com deficiência é pioneiro no país. In: Caderno Cidades, p. 6, 22 fev. 2014.)

Com a repercussão da Série Juventude Vendida, a televisão aparece como um importante meio de comunicação, porque as informações transmitidas por este veículo atingem várias regiões e a todo tipo de público. Na sociedade contemporânea, a população utiliza muito a televisão, proporcionando um positivo relacionamento com seus telespectadores, desenvolvimento de senso crítico e formação de opinião.

Diante deste fato, o relacionamento humano, que nem sempre é harmonioso, muitas vezes, é marcado pelo conflito e, a partir deste momento, aparecem as formas de dominação, os problemas sociais e as demais dificuldades a serem solucionadas.

A cidade de Pombal, de acordo com o MPT e MPE, lidera o *ranking* no Estado da Paraíba, com o maior número de ocorrências de exploração sexual infantojuvenil. Há anos, este município convive com este problema grave, cruel e complexo e, apenas nesta cidade, o Conselho Tutelar Municipal conseguiu mapear 18 pontos de exploração sexual de crianças e adolescentes de todas as idades. Em suas ações, houve a entrega de relatórios ao Ministério Público do Trabalho (MPT), à Polícia Federal, à Polícia Civil, ao Ministério Público Estadual e às Curadorias da Infância e Juventude presentes no Estado da Paraíba.

Ante este caso, foi feita uma denúncia ao Conselho Tutelar e ao Ministério Público do Trabalho (MPT) que, a partir deste fato, há um perfil das vítimas da exploração sexual infantojuvenil no Estado da Paraíba. São crianças e jovens com faixa etária de 10 a 19 anos, filhos de pais desempregados e de famílias muito humildes. Entretanto, são crianças e adolescentes vítimas da exploração sexual, não apenas por dinheiro, mas por brinquedos e comida. São meninos e meninas que vivem em meio à pobreza e não sabem o significado de uma moradia digna, boa alimentação ou lazer. Os clientes sabem disso e se apresentam com objetos de valor, em carros ou em motos.

Em Patos, uma das cidades mais ricas do interior paraibano, o comércio do sexo envolvendo crianças e adolescentes é organizado e chega a preços inacreditáveis. Muitas vezes, o valor dos programas de prostituição infantojuvenil custa R\$ 15. A Polícia Rodoviária Federal e o Ministério Público do Trabalho (MPT) identificaram que as vítimas têm idade entre 15 e 17 anos e a exploração sexual infantojuvenil é conduzida por pessoas influentes e de prestígio

social, dificultando as denúncias e alimentando cada vez mais a impunidade.

A realidade da exploração sexual infantojuvenil na Paraíba, em cidades como Pombal, Patos, Sousa, Bayeux, Rio Tinto e Sapé, é semelhante em Fortaleza, Natal, Rio de Janeiro e São Paulo. As autoridades policiais que lidam no combate à exploração sexual infantojuvenil no Estado da Paraíba têm o conhecimento de redes de prostituição que lidam com crianças e adolescentes e a virgindade de uma criança ou jovem na Paraíba neste meio de prostituição é negociada pelos valores de R\$ 200, R\$ 300, R\$ 600 e às vezes um simples prato de comida ou um passeio de carro. Na cidade de Sapé, por exemplo, graças a várias denúncias, uma quadrilha de exploração sexual infantojuvenil foi desarticulada.

Havia exploração de crianças e adolescentes de 12 a 16 anos de idade e este fato foi à tona no ano de 2007. Depois de várias denúncias das próprias vítimas, a polícia indiciou os envolvidos e o caso tornou-se público, havendo destaque para a atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT), que propôs uma tese inédita: na ação, a Procuradoria do Trabalho pediu que a Justiça Trabalho julgasse o caso por entender que este tipo de exploração constitui relação de trabalho ilícita degradante, que não ofende apenas à vítima, mas toda a coletividade.

Portanto, são necessárias maiores iniciativas dos membros do Ministério Público do Trabalho (MPT), do Ministério Público Federal (MPF) e do Ministério Público Estadual (MPE) no combate a este crime. Em junho de 2010, o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) condenou 11 dos 13 envolvidos e multa de R\$ 500 mil, sendo esta uma decisão pioneira e histórica no país. Muitas soluções são apontadas para o combate à exploração sexual infantojuvenil: a população deverá buscar o Conselho Tutelar mais próximo, as Delegacias de Polícia e o Disque 100, em ligação gratuita, que tem serviço 24 horas.

Segundo o Centro de Referência às Vítimas de Violência (CNRVV), informação presente

na mesma matéria jornalística veiculada no *UOL Notícias*, a redução no número de casos registrados no Nordeste se deve ao fato do trabalho das ONGs e Governos na tentativa de diminuir a incidência desse tipo de crime na região. Sob o ponto de vista da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH), ainda não há um controle sobre a quantidade de pessoas que foram denunciadas, indiciadas ou presas por meio das denúncias registradas no Disque 100, mas existe um serviço de busca ativa nos casos envolvendo vítimas entre zero e seis anos de idade para saber se a violência denunciada foi cessada.

Diante da importância do Disque 100, que é o serviço mais conhecido por quase toda a sociedade e também ao trabalho dos diversos órgãos governamentais e não governamentais que fazem a divulgação deste canal, há uma referência no que se refere ao Senado na aprovação de um projeto que torna exploração sexual de crianças e adolescentes, crime hediondo. A partir deste ano, conforme matéria jornalística veiculada no *Jornal da Paraíba* no dia 22 de maio de 2014, há a inclusão deste delito na Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990):

A Presidente Dilma Rousseff sancionou, na tarde de ontem, lei que torna crime hediondo a exploração sexual de crianças e adolescentes. O texto torna o crime inafiançável e foi aprovado pelo Congresso na semana passada. Quem for condenado pela prática também fica impedido de obter anistia, graça ou indulto. O condenado por esse crime terá que cumprir um período maior de regime fechado para poder pleitear a progressão da pena. Se for réu primário, vem a cumprir no mínimo, 2/5 do total da pena. Se for reincidente, é necessário passar por 3/5 da pena antes de pedir a mudança no regime. A pena prevista é de quatro a dez anos de reclusão. Enquadram-se nesse quesito os donos ou gerentes de bordéis em que ocorrem prostituição. Quem for flagrado praticando sexo com menores de

idade que estejam se prostituindo, também pode responder por crime hediondo. No Brasil há inúmeros grandes eventos que movimentam milhões de pessoas e terá que haver uma rede estruturada para agir em conjunto, segundo a Ministra de Direitos Humanos Ideli Salvatti, em referência ao Disque 100, que recebe denúncias por meio de ligações telefônicas, além do aplicativo Proteja Brasil. (*Jornal da Paraíba*. Caderno Últimas. “Exploração Sexual vira Crime Hediondo”, 22 maio 2014, p. 8.)

De acordo com o Centro de Referência, Estudos e Ações sobre Crianças e Adolescentes, a Agenda de Ação de Estocolmo (1996) define que a exploração sexual comercial infantil é todo tipo de atividade que as redes, usuários e pessoas usam o corpo de uma menina, menino ou de adolescente para tirar vantagem ou proveito de caráter sexual com base numa relação de exploração comercial e poder, que declara a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes um crime contra a humanidade.

A exploração tanto de crianças quanto de adolescentes pode acontecer de maneira formal ou informal. No mercado formal, crianças e adolescentes são explorados/agenciados diretamente por uma terceira pessoa, que não o cliente final do serviço sexual. Essa terceira pessoa, por sua vez, tem direitos sobre os lucros gerados pelo serviço oferecido pela criança ou adolescente. Além disso, neste tipo de mercado, há uma relação contratual mais rigorosa entre crianças, adolescentes e clientes. Já no mercado informal, não existe uma terceira pessoa que agencia os serviços com as crianças e adolescentes oferecendo esses serviços sexuais autonomamente. (MORAIS, 2007. p. 263.)

Na realidade brasileira, especialmente no Estado da Paraíba, convém registrar, todavia, que a exploração sexual infantojuvenil de crianças e adolescentes não ocorre, apenas, quando há a figura do intermediário ou aliciador. Neste sentido, há o entendimento

das autoras Eva Faleiros e Josete de Oliveira Campos, em pesquisa apoiada pelo UNICEF:

A análise das relações contratuais existentes no mercado do sexo permite distinguir-se duas realidades distintas, que se caracterizam por formas diferenciadas de contrato: A exploração sexual no mercado do sexo na qual os(as) trabalhadores(as) neste mercado encontram-se subordinadas a dois contratos: o sexual e o de trabalho e o contrato sexual autônomo, no qual a subordinação ocorre no contrato sexual entre trabalhador e cliente. (FALEIROS e CAMPOS, 2000.)

Acerca do entendimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ao tratar de exploração sexual de crianças e adolescentes, conceitua a figura do explorador:

É toda pessoa, homem ou mulher que utiliza diretamente ou faz intermediação de crianças e adolescentes para atividades sexuais com terceiros em troca de pagamento ou qualquer outro tipo de compensação. Portanto, são exploradores os que usam diretamente serviços sexuais de crianças e adolescentes (inapropriadamente chamados “clientes”, os que facilitam atividades sexuais entre crianças e adolescentes e outra pessoa, os que recrutam crianças e adolescentes para o comércio sexual e os que, mesmo não se envolvendo diretamente, têm benefícios diretos ou indiretos com a exploração sexual comercial infantil. (Relatório da OIT/IPEC — Programa de Prevenção e Eliminação da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes na Tríplice Fronteira Argentina/Brasil/Paraguai, 2010.)

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) também destaca que a exploração sexual infantojuvenil não é apenas uma simples relação de trabalho, mas trata-se, em verdade, de uma das piores formas de trabalho infantil, que implica deterioração física e psicológica de crianças e adolescentes, afetando, muitas vezes de forma irreversível, sua individualidade e sua integridade moral.

Em relevante atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT), há, sobretudo, a ratificação da Convenção n. 182 da OIT, sendo esta destaque na coletânea de textos publicada pelo Comitê Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes:

Após a ratificação da Convenção pelo Brasil, outras instituições agora também se envolvem no tema, tais como: Ministério Público do Trabalho, Delegacia Regional do Trabalho, Fórum de Erradicação do Trabalho Infantil e outros. Devem, portanto, ser envolvidos nos movimentos em prol da eliminação de todas as formas, sobretudo as consideradas mais danosas, de trabalho infantil. Deste modo, configura-se inquestionavelmente a legitimidade do Ministério Público do Trabalho face à típica lesão a interesses difusos e coletivos da sociedade, a exploração sexual de crianças e adolescentes, dano moral coletivo) e a direitos individuais indisponíveis, o direito subjetivo dos jovens lesados em sua integridade física e moral. (CASTANHA, 2008. p. 65.)

Em 2014, o Ministério Público do Trabalho (MPT) no Estado da Paraíba, mediante atribuições da Procuradoria Regional do Trabalho da 13ª Região, lança ações com foco na Copa do Mundo 2014 da FIFA, no combate à exploração sexual de crianças e adolescentes durante os jogos realizados no Brasil. Com o tema “Não Deixe esse Time Entrar em Campo” e “Torça contra a Exploração Sexual”, tais iniciativas buscam alertar a população e as autoridades sobre o risco de ocorrer aumento dessa violência nos municípios paraibanos, especialmente em João Pessoa, por causa do *trade* turístico.

Os detalhes foram divulgados na sede da Procuradoria Regional do Trabalho da 13ª Região, com base em estatísticas oficiais da Concern Universal Brasil sediada em João Pessoa/PB, sendo estes referentes à última Copa do Mundo, ocorrida em 2010 na África do Sul, quando os registros de abusos aumentaram em 63%:

Foram 40 mil crianças e adolescentes violentados e isso serve de alerta, porque a África do Sul é um país que tem dados socioeconômicos iguais aos do Brasil e a posição geográfica da Paraíba facilita a ação dos crimes sexuais praticados por estrangeiros. Um estudo divulgado por uma televisão de Londres apontou a Paraíba como um dos destinos mais baratos da Copa, porque o local não terá jogos e não estará com valores inflacionados, mas fica entre dois locais (Natal e Recife), que são sedes da Copa do Mundo FIFA de 2014. O trabalho de combate à exploração sexual infanto-juvenil será feito com apoio de anúncios divulgados em rádio, televisão, jornais impressos, cartazes, *outdoors*, *outbus* e panfletos. As informações são anunciadas em português, inglês, francês, espanhol, italiano e alemão e as denúncias podem ser feitas de forma sigilosa pelos números do Disque 100, 123, 190 e 197. (*Jornal da Paraíba*. Campanha Combate à Exploração Sexual: Procuradoria Regional do Trabalho lança ação com foco na Copa do Mundo FIFA em 2014. Quinta-feira, 21 maio 2014. p. 8)

No Estado da Paraíba, as atividades de investigação acerca da exploração sexual de crianças e adolescentes são realizadas principalmente pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), em parceria com o Ministério Público Estadual, Polícia Civil, Polícia Federal, além das Curadorias de Infância e Juventude, cujos dados são os que mais interessam e alimentam as crônicas policiais, programas de televisão e portais de notícias *on-line*. Entretanto, pela maior proximidade do crime, o impacto da notícia de um acontecimento polêmico e atual, a exemplo da exploração sexual infantojuvenil na Paraíba, sendo vários acontecimentos graves, violentos e intensos, despertam a curiosidade pública e repercutem socialmente.

7. Considerações finais

Ao destacar o pensamento de Miguel Reale, há, de fato, um poder de investigação por

parte da imprensa, chegando a denominá-la de “Ministério Público da Sociedade Civil”, mas adverte que essa tarefa exige os mesmos critérios de prudência e comedimento conaturais àquela instituição, para salvaguarda dos valores éticos da pessoa humana, que não pode ser acusada com bases em indícios, que além de noticiar os atos de investigação criminal, a mídia dá ensejo à instauração de inquérito policial, quando publica a ocorrência dos fatos que, em tese, são considerados crimes.

A Secretaria de Segurança Pública e a Defesa Social da Paraíba promoveram uma operação policial na cidade de Pombal e dez pessoas foram presas por envolvimento na exploração sexual infantojuvenil e o Ministério Público do Trabalho (MPT) na Paraíba, também ingressou com uma ação civil pública denunciando várias pessoas mostradas na série e a Polícia Civil em parceria com a Polícia Militar passaram a realizar fiscalizações ostensivas em bares, restaurantes, hotéis, motéis e bordéis, com ações efetivas contra a exploração sexual infantojuvenil, essencialmente na cidade de Rio Tinto, um dos focos da prática deste crime.

Ao longo destes três anos, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da Paraíba também têm promovido debates sobre a série em fóruns, seminários e oficinas. Outro resultado positivo foi a solicitação de imagens da reportagem, pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, para a produção de uma campanha nacional sobre o Abuso e Exploração Sexual contra crianças e adolescentes, chamada “Quem Cala Consente”.

Na sociedade contemporânea, a população utiliza muito a televisão, proporcionando um positivo relacionamento com seus telespectadores, desenvolvimento de senso crítico e formação de opinião. Diante deste fato, o relacionamento humano, que nem sempre é harmonioso, muitas vezes, é marcado pelo conflito e, a partir deste momento, aparecem as formas de dominação, os problemas sociais e as demais dificuldades a serem solucionadas.

Ante o exposto, também é importante afirmar que nas constituições anteriores não houve uma preocupação em estabelecer de fato os princípios fundamentais dos direitos da criança, como já havia em quase todos os Estados Democráticos de Direito. Tal constatação demonstra a desídia da nação brasileira, posto que já era consenso na comunidade internacional a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, documento o qual o Brasil já era signatário.

Portanto, é preciso haver uma proteção integral de fato e de direito de todas as crianças e adolescentes brasileiros, essencialmente o combate a este crime e assistência direcionada às vítimas da violência e da exploração sexual em cenário paraibano, sendo esta principal bandeira do Ministério Público do Trabalho (MPT) no Estado da Paraíba, em especial na ressocialização e proteção integral aos menores paraibanos vítimas da exploração sexual infantojuvenil, proporcionando novas perspectivas a serem desenvolvidas aos menores paraibanos, ao buscar melhores condições de desenvolvimento físico, mental, moral e educacional às crianças e adolescentes do Estado da Paraíba, que devem ter vida digna e seus direitos fundamentais valorizados e respeitados.

8. Referências bibliográficas

CASTANHA, Neide. *Direitos Sexuais são Direitos Humanos*. Coletânea de Textos. Brasília/DF, 2008. p. 65-70.

DUPRET, Cristiane. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Belo Horizonte: IUS, 2010.

FALEIROS, Eva T. Silveira; CAMPOS, Josete de Oliveira. *Repensando os conceitos de violência, abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes*. Brasília, fev. 2000.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Violência sexual contra a criança e ao adolescente no marco da precarização das relações de trabalho. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – AMATRA XV*, São Paulo, LTr, n. 3, 2010.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011.

GALTUNG, Johan. *Direitos Humanos: uma Nova Perspectiva*. Tradução de Margarida Fernandes. Lisboa: Instituto Piaget. 2004.

Folha de S. Paulo. Senado aprova projeto que torna exploração sexual de menor crime hediondo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/02/1411082-senado-aprova-projeto-que-torna-exploracao-sexual-de-menor-crime-hediondo.shtml>> Acesso em: 20 abr. 2014.

Jornal do Ministério Público Social. Pesquisa revela principais violações de direitos. Matéria de Capa do *Jornal do Ministério Público*, João Pessoa, ano III, n. 30, p. 4, out./nov. 2012.

Jornal da Paraíba. PB implanta Disque Denúncia: Serviço de Proteção e Defesa dos Direitos das Crianças, Adolescentes, Idosos e Pessoas com deficiência é pioneiro no país. In: Caderno Cidades, p. 6, 22 fev. 2014.

_____. Abuso sexual de crianças na Paraíba ocorre mais dentro de casa. Matéria de capa da edição de domingo do *Jornal da Paraíba*. Campina Grande, ano 42, n. 12.197, p. 9-12, 1^a dez. 2013.

_____. Vítimas da Exploração: MPT revela que mais de cinco mil crianças são exploradas na Região de Campina Grande/PB. *Jornal da Paraíba*, Caderno Cidades, p. 10, 4 dez. 2012.

_____. Caderno Últimas. Campanha Combate à Exploração Sexual: Procuradoria Regional do Trabalho lança ação com foco na Copa do Mundo FIFA, p. 8, quinta-feira, 21 maio 2014.

_____. Caderno Últimas. Casos de Exploração Sexual crescem na Paraíba, p. 8, terça-feira, 17 jun. 2014.

_____. Caderno Últimas. Exploração Sexual vira Crime Hediondo. Dados da *Folhapress*, p. 8, quinta-feira, 22 maio 2014.

MORAIS, Normanda Araújo *et al.* Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes: um estudo com caminhoneiros brasileiros. In: *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, vol. 23, n. 3, p. 263-272, jul./set. 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 1. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Gastão Barreto de. *Aspectos Sociológicos do Direito do Menor*. João Pessoa: Textoarte Editora, 2002.

PIOVESAN, Flávia; DE LUCA, Gabriela. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15^a Região – AMATRA XV*, São Paulo, LTr, n. 5, 2012.

Portal do Ministério Público do Estado da Paraíba (MPE). Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/>> Acesso em: 10 jan. 2014.

_____. Disponível em: <<http://portal.mpt.gov.br>> Acesso em: 10 jan. 2014.

Portal das Organizações das Nações Unidas (ONU Brasil). Disponível em: <<http://www.onu.org.br/>> Acesso em: 12 jan. 2014.

Portal da Polícia Civil do Estado da Paraíba. Disponível em: <<http://www.paraiba.pb.gov.br/seguranca-e-da-defesa-social/delegacias-regionais>> Acesso em: 15 jan. 2014.

Portal da Polícia Federal. Disponível em: <<http://www.dpf.gov.br/>> Acesso em: 15 jan. 2014.

Portal da Procuradoria Regional do Trabalho da 13^a Região (PRT13). Disponível em: <<http://www.prt13.mpt.gov.br/>> Acesso em: 10 jan. 2014.

Relatório da Organização Internacional do Trabalho (OIT/IPEC). Programa de Prevenção e Eliminação da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes na Tríplice Fronteira Argentina/Brasil/Paraguai, 2010.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direitos de Família e do Menor*. Inovações e tendências – doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

UOL Notícias. Brasil registra 87 denúncias de violência sexual contra menores por dia. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/02/20/brasil-registra-87-denuncias-de-violencia-sexual-contra-menores-por-dia.htm>> Acesso em: 18 abr. 2014.

VAZ, Marlene. *Meninas de Salvador*. Pesquisa sobre a População Infante Juvenil Prostituída. Salvador: CEDECA/UNICEF, 1994.

A importância da coletivização do acesso à Justiça do Trabalho nas despedidas em massa⁽¹⁾

Fausto Siqueira Gaia^(*) e Carlos Henrique Bezerra Leite^(**)

Resumo:

- ▶ O presente artigo propõe-se ao estudo sobre as despedidas coletivas de trabalhadores, a partir do conflito dialético entre as opções processuais de individualização e coletivização das demandas. A partir dos princípios fundamentais do acesso à justiça e da duração razoável do processo aplicáveis ao objeto de estudo, far-se-á uma análise crítica acerca das técnicas processuais clássicas para a solução dos conflitos trabalhistas de massa, especialmente aqueles envolvendo as despedidas em massa dos trabalhadores, tendo em vista a construção jurisprudencial realizada a partir da interpretação analógica do art. 476-A da CLT pelos órgãos judiciais da Justiça do Trabalho que exige, antes da realização da despedida de grupos de trabalhadores, a negociação coletiva.

Palavras-chave:

- ▶ Despedidas coletivas — Acesso à Justiça.

Abstract:

- ▶ This article proposes to study the collective of workers dismissed from the dialectical conflict between the procedural options for individualization and collectivization of demands. From the fundamental principles of access to justice and the reasonable duration of the procedure applicable to the object of study far will a critical analysis about the classic procedural techniques for the solution of the mass labor disputes, especially those involving the mass of goodbyes workers, in view of the jurisprudential construction made from the analogical interpretation of Article 476-A of the Labor Code by judicial institutions of the labor it requires, prior to the dismissal of groups of workers, collective bargaining.

(*) Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV, Professor no Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Individual e Processual do Trabalho na Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (ES).

(**) Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direitos

e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Desembargador do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (ES).

(1) Artigo elaborado junto ao GPAJ — Grupo de Pesquisa Acesso à Justiça na Perspectiva dos Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da FDV.

Key-words:

- ▶ Collectives layoffs — Access to Justice.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O acesso à Justiça como direito fundamental
 - ▶ 2.1. Acesso à justiça formal x acesso à justiça material. A efetividade do acesso à justiça
 - ▶ 2.2. Duração razoável do processo: a demora da prestação jurisdicional como barreira do acesso à justiça
- ▶ 3. Técnicas processuais clássicas para tutela coletiva de direitos: litisconsórcio ativo e conexão
- ▶ 4. Despedidas em massa e tutela coletiva
 - ▶ 4.1. Identificando as despedidas em massa como tema de direitos metaindividuais
 - ▶ 4.2. (In)adequação do dissídio coletivo
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

A economia em escala mundial, consubstanciada no fenômeno socioeconômico da globalização⁽²⁾, vem provocando diversas alterações nas organizações empresariais, com reflexos, inclusive, nas relações jurídicas em que figuram empregados e empregadores.

A busca da competitividade no mercado global passa pela reorganização das atividades empresariais, como forma de reduzir os custos de produção e permitir uma maior ampliação no mercado consumidor. Tais decisões, inseridas no *jus variandi* empresarial, são manifestadas de diversas formas, dentre elas, a transferência de unidades fabris, fusões e cisões de empresas, fechamento de setores de produção, terceirização de serviços, dentre outras formas de reorganização dos detentores dos meios produtivos.

Depois da crise mundial de 2008, especialmente nos países periféricos, observou-se que diversas empresas promoveram despedidas

coletivas de trabalhadores, como foi o caso da EMBRAER⁽³⁾ e da companhia aérea WEBJET⁽⁴⁾, de forma a reduzir os custos de produção e, consequentemente, ampliar a competitividade na economia global.

As dispensas de trabalhadores em massa, além do impacto social direto que sofrem pela perda dos respectivos postos de trabalho, refletem em outros setores indiretamente, inclusive na esfera pública, como se observa no aumento de demandas individuais apresentadas ao Poder Judiciário Trabalhista, como expressão da explosão da litigiosidade⁽⁵⁾.

O incremento das demandas individuais é um dos elementos contributivos ao retardamento

(2) FAVA, Marcos Neves. *Ação civil pública trabalhista: Teoria Geral*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 63.(2)

(3) CORREIA, Marcos Orione Gonçalves. A análise dos julgados envolvendo a demissão coletiva na EMBRAER. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *O mundo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 338-348.

(4) Notícia acessada na rede mundial dos computadores em 5 set. 2013, 7h08 em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2012/11/gol-anuncia-fim-da-webjet-e-desligamento-de-850-funcionarios.html>>.

(5) FAVA, Marcos Neves. *Ação Civil Pública Trabalhista: Teoria Geral*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 63.

e da inefetividade da prestação jurisdicional. A morosidade e a ausência da efetividade 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 sob as perspectivas formal e material⁽⁶⁾, já que 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.

Assinala Pedro da Silva Dinamarco⁽⁷⁾ que a visão tradicional do processo civil individualista deve ser reanalisada diante dos conflitos de natureza metaindividuais existentes nas sociedades de massa.

Nessa perspectiva, tendo como fio condutor a obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁽⁸⁾, o presente artigo científico tem por escopo investigar se os dissídios individuais são os instrumentos processuais mais adequados para assegurar o efetivo acesso à justiça e tutelar os direitos fundamentais metaindividuais dos trabalhadores dispensados em massa?

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 duração razoável do processo.

A partir da delimitação principiológica aplicável ao objeto de estudo, far-se-á uma análise crítica acerca das técnicas processuais clássicas

para a solução dos conflitos trabalhistas, especialmente aqueles envolvendo as despedidas em massa dos trabalhadores, passando pela construção jurisprudencial especializada que adota a “interpretação analógica” do art. 476-A da CLT a exigir, antes da realização da despedida em massa de trabalhadores, a negociação coletiva⁽⁹⁾.

Finalmente, a partir da perspectiva dialética, serão assentados os fundamentos para a necessidade da coletivização do processo nas demandas envolvendo direitos ou interesses metaindividuais dos trabalhadores despedidos coletivamente, como forma de assegurar o integral acesso à justiça desses trabalhadores na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

2. O acesso à Justiça como direito fundamental

2.1. Acesso à Justiça formal x acesso à justiça material. A efetividade do acesso à Justiça

A interpretação limitada à literalidade do art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988, pode provocar conclusões precipitadas e, conseqüentemente, imprecisas, acerca do alcance do princípio fundamental nele insculpido do acesso à justiça.

Em uma primeira análise, o princípio fundamental do acesso à justiça confunde-se com a inafastabilidade do controle jurisdicional, onde qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser levada ao Poder Judiciário para a solução da controvérsia.

A visão da igualdade sob o prisma formal, decorrente da concepção liberal do paradigma do Estado dos séculos XVIII e XIX, é evitada de diversas contradições e em nada contribui para a efetividade do princípio do acesso à justiça.

Nesse sentido, acentuam Cappelletti e Garth⁽¹⁰⁾, em estudo específico sobre o princípio

(6) MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 197.

(7) DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 10-11.

(8) CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988. p. 93.

(9) Entendimento manifestado pelo Tribunal Superior do Trabalho quando do julgamento do Processo RODC n. 309/2009.000.15.00-4.

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

fundamental em análise, 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.

Acerca da acessibilidade formal, importantes são as lições de Paulo César Pinheiro Carneiro⁽¹¹⁾:

“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 (manejaando 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, é insuficiente para a análise compreensiva do referido princípio constitucional. Nesse mesmo sentido, assevera Kazuo Watanabe⁽¹²⁾ que o acesso à justiça deve ser interpretado “*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⁽¹³⁾, 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 Brasileira 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.⁽¹⁴⁾

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, tais como aquelas referentes a despedidas coletivas de trabalhadores, tem como objetivo fundamental assegurar a todos os envolvidos no conflito a efetiva prestação jurisdicional, independentemente de constarem expressamente no (inconstitucional e ilegal) rol de substituídos.

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), substanciada na garantia de entrega do bem da

(11) 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.

(12) 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.

(13) CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, *Revista de Direito*

Comparado, vol. 03, Belo Horizonte: Mandamentos, p. 7, 2000.

(14) LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 50.

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.

Nesse mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque esclarece que “o processo deve ser não só assegurado a todos, mas representar instrumento apto a conferir tutela a quem realmente fizer jus a ela”⁽¹⁵⁾.

A acessibilidade material à justiça, em situações envolvendo as despedidas coletivas, 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 do pleno emprego é assegurado ao trabalhador a sua identidade como sujeito constitucional⁽¹⁶⁾.

2.2. Duração razoável do processo: a demora da prestação jurisdicional como barreira do acesso à Justiça

A Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, positivou o princípio da duração razoável do processo, incluindo-o no rol de direitos e garantias fundamentais.

O direito-garantia fundamental da duração razoável do processo já possuía referência internacional na Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, da década de 1950, como se observa do art. 6º do diploma normativo:

Art. 6º (Direito a um processo equitativo). 1.
Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente,

(15) 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.

(16) ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

No âmbito interamericano, a elevação da garantia fundamental da duração razoável do processo à categoria de direito humano fundamental remonta à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, internalizada no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, como se depreende do seu art. 8º, 1:

Art. 8º Garantias judiciais

1 – Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Assim, diante da mencionada Convenção, nenhuma novidade trouxe a expressão do poder constituinte derivado em 2004, ao incluir expressamente dentre o rol de direitos e garantias individuais a garantia da duração razoável do processo.

Acentua, além disso, Araken de Assis⁽¹⁷⁾ que, mesmo antes do Pacto de San José da

(17) ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 372, p. 12 e 21, out. 2008.

Costa Rica ter sido internalizado ao ordenamento jurídico pátrio, a garantia da duração razoável do processo, concebida como direito fundamental, era extraída da cláusula do devido processo legal, uma vez que a mesma é inseparável da noção de justiça e equidade processual.

A tessitura normativa aberta da garantia fundamental da duração razoável do processo permite interpretações dentro da moldura normativa kelseniana⁽¹⁸⁾ que vão desde aquelas que associam a razoabilidade da duração da tramitação do feito restrita a um elemento temporal, ou seja, “quando há o atendimento aos prazos previstos no ordenamento jurídico”⁽¹⁹⁾, ou, além, como sustentamos no nosso trabalho no sentido de que razoável é a duração do feito que assegura de forma plena a efetividade da prestação jurisdicional, o que representa em última análise o alcance ao acesso à justiça em sua vertente substancial.

Assim, razoável é a duração do processo que permita, depois da observância de outras garantias constitucionais como a do contraditório e da ampla defesa, a efetiva entrega do bem da vida em um período de tempo condizente com a complexidade da demanda apresentada.

Nesse aspecto, quando se aprecia a questão envolvendo as despedidas em massa de trabalhadores, a zona de penumbra deixa evidente a insuficiência da interpretação restritiva do princípio fundamental em análise ao seu aspecto temporal puro e simples, já que não raro um julgamento célere não é capaz de representar um julgamento justo e com efetiva entrega do bem da vida.

Certo, porém, e nesse aspecto deve ser ressaltado, é que não se pode falar em efetividade da prestação jurisdicional sem se falar em

acesso à justiça substancial e duração razoável do processo.

3. Técnicas processuais clássicas para tutela coletiva de direitos: litisconsórcio ativo e conexão

A sistematização dos institutos do litisconsórcio e da reunião de demandas no Código de Processo Civil é formulada a partir de um viés individualista do processo, o que nos permite de plano identificar diversas dificuldades de manejo nos conflitos sociais de massa de cunho metaindividual, como o da despedida coletiva, objeto de nosso estudo.

Em uma sistemática processual clássica, é facilmente identificado o caráter individualista do CPC de 1973, como se observa da própria leitura do art. 6º que, em referência à legitimidade ativa, preceitua que, salvo disposição legal em sentido contrário, somente poderá a vir pleitear em Juízo aquele suposto titular do direito material em disputa.

O cunho individualista do processo e, conseqüentemente, de sua condução pelo órgão judicante, reflete em diversos institutos processuais relacionados à cumulação de demandas, como o litisconsórcio ativo, que representa o cúmulo subjetivo, e a conexão, no viés objetivo da cumulação.

Nas situações envolvendo demissões em massa de trabalhadores⁽²⁰⁾, essas entendidas

(18) Kelsen, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 390.

(19) NEVES, Isabela Dias. Direito à razoável duração do processo no Estado Democrático. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 226, jul./dez. 2006.

(20) No âmbito do direito comunitário europeu, a Diretiva 75/129/CEE do Conselho, de 17 de Fevereiro de 1975 aponta em seu art. 1º critérios objetivos para definir uma despedida como coletiva. Dispõe o citado dispositivo internacional: Art. 1º, 1. Para efeitos da aplicação da presente diretiva: a) Entende-se por “despedimentos coletivos” os despedimentos efetuados por um empregador, por um ou vários motivos não inerentes à pessoa dos trabalhadores, quando o número de despedimentos abranger, segundo a escolha efetuada pelos Estados-membros: — ou, num período de 30 dias: 1. No mínimo 10 trabalhadores, nos estabelecimentos que empreguem habitualmente mais de 20 e menos de 100; 2. No mínimo 10% do número dos trabalhadores, nos estabelecimentos que empreguem habitualmente no mínimo 100 e menos de 300 trabalhadores; 3. No mínimo 30 trabalhadores, nos estabelecimentos que empreguem habitualmente

como sendo aquelas que envolvem uma coletividade de trabalhadores de um determinado setor ou de uma unidade fabril por inteiro, tem-se que os institutos processuais clássicos referidos são insuficientes para a solução dos conflitos, à luz dos princípios fundamentais do acesso à justiça em sua vertente substancial, bem como da duração razoável do processo.

Tanto o litisconsórcio ativo quanto a reunião de demandas por conexão têm em comum o fato de serem institutos processuais que, finalisticamente, objetivam evitar decisões contraditórias e imprimir celeridade processual ao deslinde do conflito de interesses posto em julgamento.

Nesse mesmo sentido, especificamente sobre o instituto do litisconsórcio ativo preceituam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart que *“a formação do litisconsórcio, então, na grande maioria das vezes, responderá a uma conveniência de aceleração e de decisão uniforme aos conflitos de interesse”*⁽²¹⁾.

Em uma análise perfunctória, portanto, vê-se que ambos os institutos processuais objetivam evitar decisões conflitantes dos dissídios individuais e imprimir celeridade ao julgamento das demandas, o que implica no reconhecimento de consonância com as garantias fundamentais do acesso à justiça e da duração razoável do processo insculpidas no art. 5º da Constituição da República.

No entanto, a insuficiência dos institutos processuais de caráter individualista para o

deslinde de controvérsias envolvendo demandas coletivas, como aquelas envolvendo as despedidas em massa, é facilmente detectada, seja por óbices de cunho processual ou mesmo em razão de ordem social dos interesses em conflito.

As dificuldades de ordem processual valem tanto para demandas que têm por objetos direitos individuais, como o pagamento de haveres resilitórios, quanto direitos coletivos em sentido amplo, ou seja, quando se discute a legalidade do ato unilateral de rescisão do contrato de trabalho. Especificamente no que diz respeito ao instituto do litisconsórcio ativo, o próprio legislador processual previu no parágrafo único do art. 46 do CPC a possibilidade de o órgão julgador limitar o número de litigantes em face do comprometimento à celeridade processual ou do exercício do direito constitucional da ampla defesa.

Quando se trata de despedidas coletivas de trabalhadores, ainda que não tenhamos no ordenamento jurídico um elemento objetivo definidor do número de trabalhadores despedidos necessários para a sua caracterização, certo é, porém, que essa modalidade coletiva de rescisão contratual envolve um grande número de trabalhadores. A possibilidade da limitação judicial do número de litisconsortes no polo ativo, com o consequente desmembramento das demandas, representa certamente um empecilho ao tratamento coletivo de demandas que envolvem sujeitos individualmente considerados, já que a cisão processual poderá implicar no próprio retardo da prestação jurisdicional, diante da necessidade de formação de novas autuações e autos do processo.

Ainda que não haja óbice à celeridade processual e ao exercício do direito da ampla defesa pelo empregador, a utilização da via processual individual clássica do litisconsórcio ativo dos trabalhadores despedidos coletivamente segrega parte dos potenciais autores individualmente considerados, já que nem

no mínimo 300; — ou, num período de 90 dias, no mínimo 20 trabalhadores, qualquer que seja o número de trabalhadores habitualmente empregados nos estabelecimentos em questão. No direito brasileiro, embora não haja um critério objetivo definido em lei para fixar a natureza coletiva da dispensa, a Secretaria Nacional do Trabalho, por meio da Portaria MTPS/SNT 01, de 9 de janeiro de 1992, dispôs sobre a fiscalização nas empresas em caso de dispensa coletiva.

(21) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 172.

todos os empregados ajuízam reclamações trabalhistas e, como se trata de modalidade facultativa de litisconsórcio ativo, não se tem como exigir daqueles outros trabalhadores que adiram ao polo ativo da demanda.

Diversas são as razões que levam ao não ajuizamento de demandas individuais por trabalhadores despedidos coletivamente. A primeira delas diz respeito ao próprio direito de informação acerca “dos direitos que temos e como utilizá-los”⁽²²⁾, o que representa, para Paulo César Pinheiro Carneiro, os pontos de partida e chegada ao acesso à justiça. Lembremo-nos de que, muito embora o grau de escolaridade dos brasileiros tenha alcançado níveis mais elevados ao longo da última década⁽²³⁾, onde o percentual de pessoas ocupadas com 11 anos ou mais de escolaridade cresceu 12,6 pontos percentuais, passando de 46,7% para 59,2%, entre os anos de 2003 e 2010, ainda existe uma gama de trabalhadores que desconhece seus direitos mais basilares.

Outro fator de igual importância diz respeito ao fato de que já que não se pode obrigar ninguém, no polo ativo, a litigar; muitos trabalhadores com receio das conhecidas “listas negras” deixam de reivindicar seus direitos fundamentais perante o antigo empregador⁽²⁴⁾.

Dessa forma, além dos limites do litisconsórcio ativo, relacionados ao número de litisconsortes nas demandas individuais plúrimas, fatores de natureza social contribuem, como acentuados anteriormente, para a não efetividade da via processual clássica para a tutela dos direitos coletivos em sentido amplo dos trabalhadores despedidos em massa.

Outra técnica processual clássico-individual que se revela insuficiente para a proteção de direitos-átomos⁽²⁵⁾ dos trabalhadores despedidos coletivamente é o da conexão das demandas.

Haverá conexão ou conexidade entre demandas, segundo Bruno Silveira de Oliveira⁽²⁶⁾, quando houver “a existência de alguma relação lógica entre os elementos objetivos e concretos das demandas: identidade, oposição (contraditoriedade, contrariedade e subcontrariedade) ou subordinação”. De forma simplificada, e com o intuito de identificar a existência do instituto jurídico em análise, tem-se que haverá conexão entre as demandas quando, julgadas de forma separada, poderá haver risco de decisões conflitantes.

No caso das despedidas coletivas de trabalhadores, a pulverização de dissídios individuais, em que a identidade das causas de pedir próxima e remota ou mesmo de pedidos será lugar-comum, há o risco real de decisões conflitantes proferidas por diversos órgãos judiciais, o que além de gerar o tratamento anti-isonômico entre os trabalhadores envolvidos, contribui para o descrédito do próprio Poder Judiciário.

Muito embora a utilização da técnica processual da conexão tenha o condão de evitar decisões judiciais conflitantes, e servir, consequentemente, para a efetividade do princípio fundamental da duração razoável do processo, certo é que nem sempre a reunião de demandas é possível, como se observa, de forma exemplificativa, nas situações em que o estado das causas não é o mesmo, o que ocorre entre demandas que estejam em julgamento em graus de jurisdição distintos. Os elementos temporal e funcional, nesses casos, impedem a reunião de demandas, ainda que conexas.

Outro óbice apontado diz respeito à própria obrigatoriedade de reunião de demandas conexas. Embora comunguemos do entendimento

(22) 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.

(23) Dados obtidos no portal do governo brasileiro, consultado em 8 set. 2013, às 9h42min em: <http://www.brasil.gov.br/sobre/economia/trabalho-carreira/copy_of_perfil-do-trabalhador-brasileiro>.

(24) MELO, Raimundo Simão de. *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 41.

(25) FAVA, Marcos Neves. *Ação Civil Pública Trabalhista: Teoria Geral*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 59.

(26) OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e Efetividade Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 135.

de que a reunião de demandas conexas seja obrigatória, sob pena de nulidade processual⁽²⁷⁾, parte da doutrina sustenta que a reunião de demandas conexas é conveniência do juiz diante do caso concreto⁽²⁸⁾, o que certamente incrementa o risco de decisões conflitantes proferidas em sede de dissídios individuais.

Diante desse obstáculo, associado ao fato de que em havendo tramitação de demandas individuais em graus de jurisdição distintos serve como fator impeditivo ao seu julgamento concomitante, o argumento da possibilidade de reunião de demandas por conexão não é garantia de que possam existir decisões contraditórias envolvendo as mesmas causas de pedir ou pedidos de trabalhadores despedidos coletivamente.

4. Despedidas em massa e tutela coletiva

4.1. Identificando as despedidas em massa como tema de direitos metaindividuais

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, parágrafo único, procurou definir os interesses coletivos em sentido amplo em três categorias distintas, a saber: interesses coletivos em sentido estrito, interesses difusos e interesses individuais homogêneos.

Os dois primeiros interesses caracterizam-se, segundo lições de Raimundo Simão de Melo⁽²⁹⁾, pela “*transindividualidade, a indivisibilidade do objeto, a indeterminabilidade*

dos sujeitos e a existência ou não de elo entre os sujeitos com eles mesmos ou com a parte contrária”.

A transindividualidade ou metaindividualidade dos interesses coletivos em sentido estrito e difusos refere-se ao fato de que ambos os interesses ultrapassam a esfera individual da pessoa, alcançando a coletividade em que esta é inserida. Quanto ao elemento divisibilidade do objeto, ambos os interesses mencionados são marcados sua impossibilidade de fragmentação.

Traços diferenciadores, contudo, entre os interesses difusos e coletivos em sentido estrito decorrem do fato de que, naqueles opera a indeterminabilidade absoluta de identificação de seus titulares e o fato de que o elo que liga os sujeitos de direitos é uma circunstância fática, ao passo que nestes interesses, embora os sujeitos sejam indeterminados, são passíveis de determinação e o liame que une os titulares desses direitos decorre de uma relação jurídica-base.

Além desses interesses, trouxe o novel Código de Defesa do Consumidor a categoria dos interesses individuais homogêneos, que se caracterizam essencialmente pela possibilidade plena de individualização dos titulares dos direitos, cindibilidade do objeto e origem comum.

Apontam, com propriedade, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁽³⁰⁾ que a identificação de um direito ou interesse como difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo depende da pretensão deduzida, ou seja, a natureza do direito é extraída da causa de pedir e dos pedidos formulados pelo autor da demanda.

Assim, no caso de pretensão deduzida por ente coletivo, Ministério Público do Trabalho ou sindicato de classe, por exemplo, que objetiva

(27) Nesse mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 1. p. 578-579; FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 210-211; OLIVEIRA, Bruno Silveira. *Conexidade e Efetividade Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 172-173.

(28) Nesse sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 170; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 51.

(29) *Op. cit.*, p. 30.

(30) NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 1.394.

a declaração de nulidade de ato demissionário em massa praticado por determinado empregador, com a consequente reintegração no posto de trabalho, por inobservância da exigência de negociação coletiva prévia nos termos do art. 476-A da CLT, aplicado analogicamente, certo é que estaremos diante de um interesse coletivo em sentido estrito, já que os titulares do direito são indeterminados, mas determináveis, e os mesmos são ligados entre si por uma relação jurídica-base, consistente no contrato de trabalho firmado junto àquele empregador.

Perante a despedida coletiva de trabalhadores, se restarem postulados pelo Ministério Público do Trabalho ou sindicato de classe, não mais a declaração de nulidade do ato demissionário, mas sim o pagamento de verbas resilitórias dos trabalhadores despedidos coletivamente, estaremos diante de direitos ou interesses individuais homogêneos, já que os titulares são perfeitamente identificados, possuindo a demanda objeto divisível e origem comum.

Por fim, se estivermos diante de uma demanda proposta por uma entidade coletiva que objetiva simplesmente a declaração de nulidade do ato demissionário em massa praticado pelo empregador, apresentando como causa de pedir que a nulidade da despedida ante a ausência de submissão à negociação coletiva prévia e ao fato de que a despedida coletiva implica no aumento gasto público com a concessão de benefício do seguro-desemprego, estaremos diante de um direito difuso, ante a indivisibilidade do objeto e a indeterminação dos beneficiados com a medida judicial.

Portanto, o mesmo ato jurídico “despedida coletiva”, a depender da causa de pedir e pedido formulado pelo autor da demanda, pode caracterizar a existência de um interesse difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo.

4.2. (In)adequação do dissídio coletivo

Uma vez identificada a despedida em massa de trabalhadores como tema de interesses metaindividuais, passa-se ao ponto de analisar a

(in)adequação da via coletiva para a solução dos conflitos de interesses decorrentes da despedida imotivada em massa de trabalhadores.

O Tribunal Superior do Trabalho, em diversas oportunidades, tem firmado entendimento no sentido de que, para a despedida imotivada em massa de trabalhadores, é necessária a negociação coletiva prévia⁽³¹⁾, tendo em vista o fato de que a despedida coletiva envolve um grupo ou massa de trabalhadores e, como tal, a discussão referente a interesses coletivos em sentido estrito é inerente à negociação coletiva prevista no art. 8º da Constituição da República.

Ademais, outro fundamento se soma a esse para exigir a negociação coletiva prévia à dispensa em massa de trabalhadores. Dispõe o art. 476-A da CLT que o contrato de trabalho poderá ser suspenso para a participação do trabalhador em programa de qualificação profissional ou curso oferecido pelo empregador, desde que previsto em convenção ou acordo coletivo de trabalho. Dessa forma, aplicando-se analogicamente o instituto em referência, inexistente razão para tratamento diferenciado quanto à dispensa coletiva de trabalhadores, já para o menos, ou seja, para a suspensão contratual, é exigida a negociação coletiva prévia. Tal interpretação coaduna-se com os princípios da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e o da livre-iniciativa, que são fundamentos da República.

Diante do posicionamento jurisprudencial, exsurge o posicionamento de que a via coletiva revela-se a mais adequada para a tutela dos direitos dos trabalhadores despedidos coletivamente, já que tal ato jurídico deve ser prescindido de negociação coletiva prévia. Tendo os atores sociais coletivos negociado previamente a despedida em massa dos trabalhadores, certamente terão melhores condições de, em juízo, deduzir as pretensões para a tutela dos direitos dos trabalhadores lesados com a conduta do empregador, já que certamente

(31) Nesse sentido, *vide* decisão proferida em sede de Recurso Ordinário n. TST-RO-173-02.2011.5.15.0000.

terão conhecimento de questões econômicas, estruturais e do próprio negócio do detentor dos meios de produção.

Associado a tal argumento, a via coletiva para a tutela de direitos dos trabalhadores despedidos em massa não esbarra nos obstáculos já tratados anteriormente quando da análise das técnicas processuais clássicas para a tutela coletiva de direitos.

A atuação coletiva da defesa dos direitos dos trabalhadores permite que todos os trabalhadores sejam alcançados pela decisão judicial, já que as ações coletivas (ação civil pública, ação coletiva, dentre outras) têm como característica serem ações “sem rosto”, na feliz expressão de Marcos Neves Fava⁽³²⁾.

O manejo de ações coletivas pelos atores sociais — Ministério Público do Trabalho e sindicatos de classes — permite que o receio dos trabalhadores em serem retaliados por utilizarem-se da via judicial para reivindicar direitos sonogados durante a relação de emprego seja sobremaneira mitigado.

Além disso, o ajuizamento de ações coletivas assegura a todos os trabalhadores, ainda que não sindicalizados, o resultado útil do processo, sem que sejam dispendidos valores para a contratação de advogados para a defesa em juízo de seus interesses.

No campo processual, a via coletiva permite a redução do ajuizamento de demandas judiciais sob a forma individual pulverizadas, que sobrecarregam o já assoberbado Poder Judiciário Trabalhista, o que tem consequência direta na efetividade da garantia processual da duração razoável do processo.

Certo, também, é que a opção pela via judicial coletivizada para a tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos evita a existência de decisões judiciais contraditórias, o que, em última análise, assegura o acesso à justiça em sua vertente substancial.

(32) *Op. cit.*, p. 85.

Todavia, em se tratando de demandas que envolvam direitos individuais heterogêneos dos trabalhadores, a via coletiva para a tutela de direitos não se revela a mais adequada, já que, diante da singularidade dos interesses postos em discussão, a celeridade processual dificilmente será alcançada.

5. Considerações finais

À guisa de conclusão, pode-se inferir que a utilização da via processual individual clássica (dissídios individuais simples ou plúrimos) para a tutela de direitos fundamentais (difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos) envolvendo despedidas em massa de trabalhadores não se revela adequada à luz dos princípios fundamentais do acesso à justiça, em sua vertente material, e da duração razoável do processo.

As dificuldades para a operacionalização de demandas individuais esbarram em aspectos de cunho social, porquanto apenas parte dos trabalhadores ajuíza reclamações trabalhistas em face de seus ex-empregadores, seja por receio de retaliações no futuro emprego, seja pelo próprio desconhecimento dos direitos a que faz jus.

Associadas a tais dificuldades, tem-se que os institutos processuais clássicos, como o litis-consórcio ativo e a conexão de demandas, não são capazes de garantir a efetividade plena dos princípios fundamentais da duração razoável do processo e do acesso à justiça sob a vertente substancial, seja porque a pluralidade de sujeitos no polo ativo, a depender do número de trabalhadores, nem sempre será possível, seja pelo fato de que a conexão de demandas não será possível, a depender do estado do processo.

A via processual coletiva, todavia, apresenta-se mais adequada para a tutela dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos dos trabalhadores despedidos coletivamente, pois permite que o alcance de todos os trabalhadores substituídos, sindicalizados ou não, além de evitar a sobrecarga do

Poder Judiciário Trabalhista e a existência de decisões judiciais contraditórias, o que, em última análise, assegura a plena efetividade dos princípios fundamentais do acesso à justiça, em sua acepção material, e da duração razoável do processo.

6. Referências bibliográficas

ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 372, p. 12 e 21, out. 2008.

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.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 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 paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, Mandamentos, v. 3, 2000.

CORREIA, Marcos Orione Gonçalves. A análise dos julgados envolvendo a demissão coletiva na EMBRAER. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *O mundo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1.

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.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de 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.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NEVES, Isabela Dias. Direito à razoável duração do processo no Estado Democrático. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 226, jul./dez. 2006.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Processo*, n. 195, maio 2011.

O direito a um meio ambiente do trabalho equilibrado e a ineficácia dos instrumentos protetivos atualmente adotados

Tereza Margarida Costa de Figueiredo^(*) e Kilma Maísa de Lima Gondim^(**)

Resumo:

- ▶ Por muito tempo, o meio ambiente restou esquecido na pauta da comunidade internacional. Na atualidade, apesar de reconhecido internacionalmente, o direito a um meio ambiente equilibrado ainda encontra impasses de ordem prática causados, principalmente, pela abstração de que é dotado, uma vez que o conceito de meio ambiente, ao ser dissociado da natureza, passa por um alargamento, abarcando institutos antes impensados neste. Enquanto parte do meio ambiente, o local de trabalho comporta uma área de proteção mista entre direito social e direito de fraternidade, porém, na prática, poucas são as medidas adotadas para que este se mantenha saudável para o desempenho das atividades pelo obreiro, adotando-se medidas de reparação em vez de protetivas e preventivas, a despeito de expressa disposição constitucional neste sentido.

Palavras-chave:

- ▶ Meio ambiente do trabalho — Direito a um meio ambiente do trabalho equilibrado — Direito de terceira dimensão — Direito social — Responsabilidade coletiva.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Surgimento dos direitos humanos no cenário internacional
 - ▶ 2.1. O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto direito internacionalmente reconhecido
- ▶ 3. O direito ao meio ambiente sadio no ordenamento jurídico brasileiro
 - ▶ 3.1. Meio ambiente do trabalho
- ▶ 4. O meio ambiente do trabalho no ordenamento brasileiro

(*) Mestranda em Constituição e Garantia de Direitos, subárea Direito Internacional e Concretização de Direitos pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pós-graduada em Direito Material

do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela ESMAT-13. Advogada.

(**) Mestra em Ciências da Sociedade pela UEPB. Professora da UEPB, Campus III. Advogada.

- ▶ 4.1. A neutralização do risco à saúde ou integridade física do trabalhador e a ineficácia dos adicionais de insalubridade, de periculosidade e dos equipamentos de proteção individual
- ▶ 4.2. Os equipamentos de proteção coletiva e a efetiva eliminação do dano
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

Muito se vê a respeito da violação dos Direitos Humanos nos meios de comunicação, exigindo-se sempre, mesmo não se sabendo ao certo de quem, que tais direitos sejam respeitados, posto se tratar das garantias mínimas necessárias a uma existência livre e digna. Quanto à proteção ao meio ambiente a situação é a mesma: o senso comum facilmente detecta a necessidade latente desta, sem, entretanto, apontar seus elementos-chaves, tais quais o *objeto* a ser protegido, os *meios* a serem utilizados, os *destinatários* de tal proteção e, especialmente, os *responsáveis diretos e indiretos* pela execução de tal direito.

Atualmente, reconhece-se a importância da tutela do meio ambiente, havendo inclusive um alargamento do conceito deste, de modo que locais antes pensados como relativos a outros ramos do Direito agora também são enquadrados enquanto parte do meio ambiente a ser tutelado; sendo tal interdisciplinaridade proporcionada pela ruptura entre as barreiras da dicotomia entre Direito Público e Privado.

Este trabalho busca, mediante análise majoritariamente bibliográfica e jurisprudencial, trabalhar o conceito amplo de meio ambiente presente no art. 3º, I, da Lei n. 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, inserindo o local de trabalho como parte deste, tendo em vista a Constituição Federal assegurar a tutela ao meio ambiente laboral, em seu art. 200, VIII, sem, todavia, defini-lo. Ademais, o presente estudo aborda ainda a responsabilidade acerca da tutela e efetiva garantia do meio ambiente de trabalho adequado, apontando a ineficácia dos mecanismos existentes para tanto, tendo em vista

que tal direito, além de direito social também é direito de terceira dimensão e, como tal, exige uma atuação conjunta entre sociedade, indivíduo e Estado.

2. Surgimento dos direitos humanos no cenário internacional

No passado, a soberania do Estado era seu aspecto mais importante, uma vez que se sobrepunha à vontade do próprio povo nos limites do seu território. Um Estado não interferia no que acontecia no outro, mesmo este sendo seu vizinho. O indivíduo, por sua vez, era visto como mera parte do Estado, devendo agir para satisfazer o desejo deste, não tendo sua vontade própria e necessidades levadas em consideração.

Depois dos horrores das duas Grandes Guerras e dos conflitos experimentados pelos Estados nos séculos XIX e XX, a sociedade internacional passou a se preocupar com garantias básicas que deveriam ser asseguradas ao indivíduo para sua existência, não apenas no âmbito de seu Estado, surgindo então as primeiras nuances do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Segundo Flávia Piovesan⁽¹⁾, tal direito funciona como resposta às atrocidades desencadeadas, especialmente, pelo nazismo, sendo um verdadeiro Direito pós-guerra, tendo como principais consequências a revisão do conceito de soberania nacional e absoluta dos Estados e a conscientização de que o ser humano necessita de uma gama de direitos que sejam tutelados na esfera internacional. De acordo com a autora⁽²⁾, a Declaração Universal

(1) PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 40.

(2) *Idem*.

dos Direitos Humanos introduz a noção contemporânea dos Direitos Humanos, a qual é marcada pelos aspectos da universalidade e indivisibilidade destes.

Para André de Carvalho Ramos⁽³⁾, a principal função dos Direitos Humanos é tutelar não apenas o direito à vida, mas sobretudo o direito a uma vida *digna*, na qual o indivíduo possua condições de participar de forma ativa na comunidade que integra. Portanto, pode-se aferir que os Direitos Humanos são aqueles mais básicos, sem os quais o sujeito resta impossibilitado de existir livre e plenamente.

De acordo com Paulo Bonavides⁽⁴⁾, baseando-se na teoria das gerações dos Direitos Humanos difundida por Karel Vasak, não há sobreposição dentre estes, de modo que a sua divisão possui viés meramente estrutural e cronológico. Os Direitos Humanos são, assim, conquistas culturais, cultivadas a longo prazo, não se encerrando quando do surgimento de uma nova categoria, posto que fazem parte de um processo cumulativo. Desse modo, “a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana”⁽⁵⁾.

Grande parte da doutrina segue a divisão geracional adotada por Karel Vasak, o qual organiza os Direitos Humanos em três categorias distintas, de acordo com o momento histórico e as características que tais direitos ostentam. Bonavides⁽⁶⁾, por sua vez, indica o surgimento de mais dois segmentos, desencadeados pelo fenômeno da globalização política e pelos avanços na biotecnologia e genética (quarta dimensão), bem como destacando o direito à paz em categoria própria (quinta dimensão).

O constitucionalista defende ainda a adoção do termo “dimensão” e não geração para tratar sobre as categorias de Direitos Humanos, visto que o termo geração subentende ideia de superação e não de concomitância. Neste mesmo sentido, Piovesan⁽⁷⁾ afirma que:

[...] adota-se o entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a ideia da sucessão ‘geracional’ de direitos, na medida em que se acolhe a ideia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação.

Ainda no que tange à divisão dos Direitos Humanos em gerações ou dimensões, ilustre é a lição de Norberto Bobbio⁽⁸⁾, a qual afirma que o desenvolvimento destes se faz a partir de sua multiplicação ou proliferação por causa do alargamento dos bens considerados como merecedores de tutela, a extensão da titularidade de alguns direitos a seres diversos do homem e da ressignificação do indivíduo, este não mais considerado ente genérico e abstrato.

Bobbio⁽⁹⁾ classifica as dimensões dos Direitos Humanos a partir da relação destes com o poder estatal, analisando a necessidade de restringi-lo ou exigir deste uma prestação positiva, de modo que:

Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre — com relação aos poderes constituídos, apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie.

(3) RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27

(4) BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.

(5) *Ibidem*, p. 562

(6) *Idem*.

(7) PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, p. 40.

(8) BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 33.

(9) *Ibidem*, p. 9.

A partir do processo de desenvolvimento e multiplicação dos Direitos Humanos, proporcionado a partir de uma releitura do indivíduo e das relações em que este se insere, novas querelas quanto à efetividade de tais direitos surgem. Assim, mais importante do que categorizá-los é protegê-los de fato e, para tanto, deve-se atentar para a amplitude de seus objetos. Desta feita, tendo em vista o presente estudo tratar acerca da tutela do meio ambiente do trabalho, impende ressaltar sua conexão com os direitos sociais, fundamentais para o exercício da cidadania, bem como sua pertença aos direitos de fraternidade, dentre os quais se encontra o direito a um meio ambiente sadio, no qual o local de trabalho de insere. Neste norte, sintetiza Bobbio⁽¹⁰⁾:

Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.

Em suma, percebe-se na atualidade a urgência para que se assegure não apenas para a geração presente, mas também para as futuras um meio ambiente sadio, o qual possibilite o desenvolvimento de todas as suas faculdades, sendo o meio ambiente colocado como carro-chefe de uma nova categoria de prestações, tanto de ordem negativa quanto positiva, a serem exigidas do Estado, visto que representa, em face de sua abrangência, toda uma ordem de valores inerentes a uma vida digna, plural, pautada na atuação conjunta entre indivíduo, sociedade e Estado em prol da preservação de um bem coletivo, de titularidade e responsabilidade de todos.

(10) BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 9.

2.1. O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto direito internacionalmente reconhecido

Até por volta do século XX, pouco se falava em proteção ambiental no cenário político internacional, sendo este considerado apenas como um problema interno dos Estados; isto porque a visão era de que os recursos existentes seriam suficientes para a sobrevivência dos indivíduos, sem a preocupação com um futuro a longo prazo, apoiando-se em princípios frágeis, como o do poluidor-pagador, o qual justificava a poluição desde que houvesse retorno financeiro, sem mensurar os danos provocados por esta.

Destaca Rafael Santos de Oliveira⁽¹¹⁾ que:

O surgimento de uma regulamentação em favor do meio ambiente não possui uma data certa a qual possa ser considerada como um marco oficial de criação do Direito Ambiental Internacional. O que se percebe claramente é que o debate mundial acerca da internacionalização da proteção ao meio ambiente se intensificou a partir dos anos 60 em virtude do incremento das relações multilaterais entre os Estados, no intuito de assinarem vários acordos ambientais.

De acordo com o autor, há que se destacar, como despertar para a conscientização por parte dos governos e da opinião pública internacional para tratar do tema em âmbito mundial a realização, por parte da ONU, das conferências internacionais de Estocolmo e do Rio de Janeiro.

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, aconteceu em 1972, com o fulcro de elencar o meio ambiente como Direito Humano Fundamental, tratando

(11) OLIVEIRA, Rafael Santos de. *A evolução da proteção internacional do meio ambiente e o papel da "soft law"*. Portal *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17154/a-evolucao-da-protecao-internacional-do-meio-ambiente-e-o-papel-da-soft-law#ixzz2c47JQjbf>> Acesso em: 20 jul. 2013.

este como bem jurídico autônomo. A Conferência resultou na elaboração da Declaração de Estocolmo sobre Meio Ambiente Humano, de caráter principiológico, a qual trouxe normas onde as nações deveriam basear-se para a promulgação de legislação ambiental própria. Tal declaração não tem força normativa, tendo natureza de recomendação, servindo apenas como marco do despertar da comunidade internacional para a necessidade da preservação ambiental, apresentando, pela primeira vez, uma noção de ambiente dissociada da ideia de natureza, não apenas restrita a esta. Assim, dispõe Cristiane Ramos Costa⁽¹²⁾ que:

A proteção ambiental referenciada em Estocolmo faz com que todos os povos comecem a pensar de maneira diferente, ou seja, de que junto com o desenvolvimento econômico do mundo inteiro, deve ser consagrado o direito fundamental da vida humana na terra, visando com isto à melhora do meio ambiente em benefício do homem atual e seus descendentes.

Consoante mencionado, a Declaração de Estocolmo é dotada de caráter principiológico, mas serviu de marco para que os Estados, em seus ordenamentos, passassem a tratar de forma mais cuidadosa e específica acerca do meio ambiente, ampliando seu conceito e dissociando-o da natureza. No Brasil, a influência de tal Declaração pode ser percebida a partir da definição de meio ambiente apresentada no art. 3º, I, da Lei n. 6.938/81, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que corrobora a ideia da Declaração que aponta o ser humano como criador e criatura do meio ambiente, sendo este onde o indivíduo encontra oportunidade de se desenvolver nos mais diversos níveis de sua existência.

O despertar da comunidade internacional para a importância e abrangência do meio

ambiente marca o surgimento de uma dimensão de direitos, os de terceira dimensão, conforme mencionado em tópico anterior. Todavia, por serem direitos ainda recentes e de certa forma por demais abrangentes, estes acabam sendo prejudicados pelo seu nível de abstração. Portanto, para que se proceda a sua tutela de forma mais eficaz, posto que não basta o reconhecimento, mas a efetiva proteção e garantia de tais direitos, deve-se compreender bem institutos-chave como o que é meio ambiente sadio, quem são os titulares de tal direito e, principalmente, contra quem tais direitos são oponíveis. Em suma, “cuidam os Direitos Fundamentais de Terceira Geração não só da proteção do meio ambiente em prol de uma melhor qualidade de vida da sociedade atual, como também das futuras gerações, caracterizando-se assim o sentido de solidariedade”⁽¹³⁾, de atuação conjunta entre Estado, sociedade e indivíduo, posto que se está diante de um direito de coletividade, de titularidade por vezes indeterminada e de difícil — ou impossível — quantificação individual.

Entretanto, cabe indagar: se o direito a um meio ambiente equilibrado é reconhecido pela comunidade internacional, integra o rol dos Direitos Humanos de terceira dimensão, e, em nosso ordenamento, encontra-se previsto na seara infraconstitucional e constitucional, qual seria o entrave para sua eficácia social?

3. O direito ao meio ambiente sadio no ordenamento jurídico brasileiro

Um das querelas que serviu de entrave para o reconhecimento do direito a um meio ambiente equilibrado enquanto direito de titularidade coletiva foi a abstração do conceito de meio ambiente, o qual gerou dificuldades em concretizá-lo e compreender, afinal, quais seriam os sujeitos abrangidos por tal direito e os violadores deste.

Atualmente, muito se divulga acerca da preservação do meio ambiente, de opções sustentáveis de produtos, da necessidade da

(12) COSTA, Cristiane Ramos. *O Direito Ambiental do Trabalho e a Insalubridade: aspectos da proteção jurídica à saúde do trabalhador sob o enfoque dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2013. p. 43.

(13) COSTA, Cristiane Ramos, *op. cit.*, p. 35.

adoção de estilos de vida menos agressivos, etc., de modo que a máxima “reciclar, reutilizar e reduzir” virou slogan de propaganda comercial aplicável a qualquer bem que se deseje introduzir no mercado. Empresas, por sua vez, tentam mostrar o quão sustentável é o seu produto, e que o consequente aumento no custo das mercadorias que tal tipo de produção traria é justificável e deve ser suportado pelo indivíduo como sua forma de contribuir para a preservação ambiental.

Não se pode pensar em preservação ambiental englobando apenas a fauna e a flora, pois a noção de meio ambiente, atualmente, é muito mais ampla, abrangendo as relações entre os indivíduos e o ambiente com o qual interagem, podendo ser este ambiente o natural bem como o artificial e o cultural, uma vez que o ser humano não adota postura estática, visitando os mais diversos locais durante o dia, influenciando e sendo influenciado por estes.

A Constituição da República de 1988 inova ao assegurar a todos, de forma expressa, no *caput* do seu art. 225, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, colocando a cargo do Poder Público e da coletividade a responsabilidade para defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações⁽¹⁴⁾. Entretanto, a Lei Maior não se ocupa de definir os elementos pertencentes ao meio ambiente, de modo que fica a cargo de lei infraconstitucional, anterior à Carta Magna, cuidar de tal conceito.

Neste diapasão, consoante exposto em tópico anterior, a Lei n. 6.938/81, que trata sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, traz, em seu art. 3º, I, a definição de meio ambiente como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”⁽¹⁵⁾. Portanto,

a partir da análise do conceito legal acima transcrito, derruba-se o ideário comum de que o meio ambiente e a natureza sejam institutos sinônimos e equivalentes; e uma vez que se compreende o meio ambiente como algo ligado à atuação humana e não como uma analogia ao estudo da fauna e da flora, amplia-se o objeto de estudo do Direito Ambiental e o alcance de sua proteção.

Desse modo, conclui-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, o meio ambiente é considerado, para efeitos de tutela, sendo direito das gerações presentes e das que virão, sendo dever da coletividade em conjunto com o Poder Público cuidar para que o mesmo se mantenha em equilíbrio. Assim, ao ser reconhecido de forma expressa na Lei Maior, apesar de sua conceituação ficar a cargo de lei infraconstitucional e anterior à Carta Magna, o direito a um meio ambiente equilibrado é elevado a *status* de direito fundamental. Todavia, o que se constata na realidade é que, apesar do amparo constitucional, da expressa positivação de tal direito no nosso ordenamento interno, são escassos e ineficazes os meios de reparação e, mais ainda, de prevenção e punição dos violadores de tais direitos, de modo que é exigida a responsabilidade por parte do Estado sem que, de fato, haja um conhecimento prévio do particular dos próprios deveres deste enquanto destinatário e também assim responsável em parte pelo ambiente enquanto resultado de suas ações.

3.1. Meio ambiente do trabalho

O ambiente de trabalho, atualmente, para a maioria dos indivíduos adultos, passa a ser o local onde se passa parte considerável do dia, exigindo do trabalhador comprometimento físico e intelectual com o desempenho de sua função, de modo a negligenciar suas relações pessoais e sacrificar, muitas vezes, momentos

e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil, Poder Executivo: DF, 9 set. 1981.

(14) Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(15) BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins

de descanso e lazer imprescindíveis ao seu refazimento.

Considerando a crescente exigência do mercado de trabalho para com o candidato a emprego, deve-se proporcionar a este indivíduo o mínimo possível de condições salutaras no ambiente em que este passará boa parte de seu dia, sua semana, sua vida; a fim de, além de melhorar o rendimento do mesmo, resguardar sua saúde e integridade física e psicológica em um primeiro plano.

A partir do conceito de meio ambiente analisado em tópico anterior, afere-se que o indivíduo tem direito a um meio ambiente equilibrado em qualquer aspecto de sua vida, não só quando está em contato com a natureza. O ambiente de trabalho, desta feita, integra o conceito amplo de meio ambiente e, portanto, passa a ser exigível quando se fala em direito a um meio ambiente equilibrado.

Um local de trabalho adequado à prestação do serviço não é só direito do obreiro, mas principalmente um dever do empregador implícito quando da contratação, independentemente do tipo de serviço a ser desempenhado, e, portanto, não deve ser encarado como arbitrariedade da parte contratante, sem parâmetros concretos para aferir o que seria efetivamente adequado.

Amauri Mascaro Nascimento⁽¹⁶⁾ define, de forma genérica e abrangente, o meio ambiente do trabalho como sendo:

[...] o complexo máquina-trabalho: as edificações do estabelecimento, equipamentos de proteção individual, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, condições de salubridade ou insalubridade, de periculosidade ou não, meios de prevenção à fadiga, outras medidas de proteção ao trabalhador, jornadas de trabalho e horas extras, intervalos, descansos, férias, movimentação, armazenagem e manuseio

de materiais que formam o conjunto de condições de trabalho etc.

Para Norma Sueli Padilha⁽¹⁷⁾, de forma sintética, o meio ambiente do trabalho pode ser compreendido como a dinâmica das relações entre a força de trabalho humano, seu respectivo efeito a partir do desempenho da atividade laboral e os impactos que tais ações desencadeiam no ecossistema. Portanto, não se pode pensar na relação de trabalho apenas de forma objetiva e engessada, enxergando o trabalhador, o empregador e o serviço a ser desempenhado conforme acordado, mas deve-se ampliar as nuances da relação empregatícia para investigar o local onde esta se desenvolve, o modo como o mesmo influencia no serviço desempenhado pelo obreiro e, principalmente, como está sendo afetada a saúde e a segurança deste indivíduo. Isto porque, de acordo com a autora⁽¹⁸⁾:

[...] a real dimensão do direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado não se limita, em absoluto, à relação obrigacional, nem tampouco aos limites físicos dos empreendimentos industriais, uma vez que se está apenas pontuando um dos múltiplos aspectos do meio ambiente e, meio ambiente equilibrado é, por natureza, um direito difuso.

Ademais, deve-se atentar para a interdisciplinaridade que ronda o direito a um meio ambiente do trabalho equilibrado, posto que se está diante de uma interseção entre o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental, uma área, conseguinte, que reclama máxima atenção e tutela, sendo ainda uma clara quebra entre a dicotomia entre público/privado a fim de que se preze pela vida digna do indivíduo, neste caso, no ambiente em que desempenha suas funções atinentes à atividade de labor.

(16) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 846.

(17) PADILHA, Norma Sueli. O equilíbrio do meio ambiente do trabalho: direito fundamental do trabalhador e de espaço interdisciplinar entre o direito do trabalho e o direito ambiental. In: *Revista do TST*, Brasília, vol. 77, n. 4, p. 243, out./dez. 2011.

(18) *Ibidem*, p. 244.

4. O meio ambiente do trabalho no ordenamento brasileiro

O meio ambiente do trabalho goza de menção expressa no texto constitucional, em seu art. 200, VIII, quando ao Sistema Único de Saúde (SUS) é confiada a atribuição de colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. Ademais, no art. 7º, XXII, da Lei Maior, é assegurado ao obreiro a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança⁽¹⁹⁾.

O art. 7º, XXIII, também da Carta Magna, lista ainda, dentre os direitos sociais assegurados aos trabalhadores, o pagamento de adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei⁽²⁰⁾.

Segundo Augusto César Leite de Carvalho⁽²¹⁾ “o adicional de insalubridade é devido quando o empregado é exposto, por ocasião do trabalho, a agente nocivo à sua saúde, acima dos limites de tolerância que são fixados”. Tal instituto, previsto no art. 189 da Consolidação das Leis Trabalhistas⁽²²⁾, assegura a percepção do respectivo adicional à razão de 40%, 20% ou 10% do salário mínimo, percentual determinado pelo grau da nocividade do agente insalubre, que poderá ser máximo, médio ou

mínimo, consoante disposto no art. 192, do mesmo diploma legal⁽²³⁾.

O adicional de periculosidade é exigível, por sua vez, quando a atividade laboral implicar risco acentuado ao trabalhador em virtude de exposição deste a inflamáveis, explosivos ou energia elétrica, bem como roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial, de acordo com o art. 193, da CLT⁽²⁴⁾. A exposição do empregado pode ser permanente ou não eventual (Súmula n. 364, TST) e o percentual referente a tal adicional é de 30% do salário-base (art. 193, § 1º, CLT⁽²⁵⁾).

Destaca ainda o autor⁽²⁶⁾ que os adicionais de periculosidade e insalubridade têm como características comuns a imprescindibilidade de prévio enquadramento pelo Ministério do Trabalho da atividade como insalubre ou perigosa, a exigência de designação de perícia técnica para sua constatação, a supressão do direito caso haja eliminação do risco ou neutralização da condição insalubre (em consonância com o art. 194, da CLT⁽²⁷⁾) e, por fim, a condicionalidade e inexigibilidade dos dois adicionais em cúmulo, ou seja, não se pode

(19) Art. 7º 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; (...)

(20) Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; (...)

(21) CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. *Direito do Trabalho*. Aracaju: Evocati, 2011. p. 43.

(22) Art. 189. 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

(23) Art. 192 – O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário mínimo da região, segundo se classificarem nos graus máximo, médio e mínimo.

(24) Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: (...)

(25) Art. 193. (...) § 1º O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa

(26) CARVALHO, Augusto Cesar Leite de, *op. cit.*, p. 43.

(27) Art. 194. O direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física, nos termos desta Seção e das normas expedidas pelo Ministério do Trabalho.

perceber, de forma concomitante, o adicional de insalubridade e periculosidade.

Recentemente, há de se destacar o posicionamento adotado pelo TST nos autos do Recurso de Revista n. 1072-72.2011.5.02.0384⁽²⁸⁾, a qual permitiu o recebimento cumulativo de ambos adicionais, considerando-se que a insalubridade e a periculosidade cuidam de aspectos distintos, sendo o primeiro referente às condições nocivas do ambiente e o segundo referente à situação de perigo iminente em que se encontra a vida do obreiro, declarando assim que a Norma Regulamentadora n. 16 do Ministério do Trabalho e Emprego e o art. 193, § 2º, da CLT, são de aplicação obsoleta, superada. Tal decisão, possível tendo em vista o disposto nas Convenções ns. 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho das quais o Brasil é signatário, levando ainda em consideração que a previsão constitucional de tais adicionais não veda sua cumulação, não recepciona o disposto na CLT. Todavia, os efeitos desta decisão não são vinculantes, o que mantém o âmbito de proteção à integridade do trabalhador restrito, pois o que prevalece é ainda a vedação à cumulação de ambos adicionais, apesar de sua natureza distinta.

Percebe-se, portanto, que, apesar da reputação paternalista ostentada pelo Direito do Trabalho, na realidade, este apenas prevê mecanismos para reparar o dano já causado ao empregado em razão de um ambiente de local desequilibrado. Ao conceder o pagamento de adicionais de insalubridade e periculosidade, o pagamento de horas extras pela sobrejornada, garantir ao trabalhador o repouso intrajornada e interjornada ou, ainda, condenar o empregador em determinado valor pelo não fornecimento de equipamentos de proteção individual ou eventual acidente de trabalho, a Justiça Trabalhista apenas busca amenizar o prejuízo já sofrido pelo obreiro, partindo do pressuposto de que este é inevitável, irremediável e, conseqüente, sendo cabível apenas

a minimização de seus efeitos, sem maiores esforços; ou, em outro norte, visa proteger o trabalhador individualmente.

De fato, tais medidas são, sim, importantes, mas passam longe de serem adequadas, ou ainda excessivas, para efetivação da garantia constitucional de um ambiente de trabalho sadio, posto que são medidas reparatórias, mas não preventivas, isto porque, ao que ressalta Amauri Mascaro Nascimento⁽²⁹⁾:

A proteção ao meio ambiente do trabalho tem por suporte um conceito: para que o trabalhador atue em local apropriado, o Direito deve fixar condições mínimas a serem observadas pelas empresas, quer quanto às instalações onde as oficinas e demais dependências se situam, quer quanto às condições de contágio com agentes nocivos à saúde ou de perigo que a atividade possa oferecer.

Não se pode, portanto, aceitar que se preveja mecanismos de reparação sem ao menos tentar, de fato, neutralizar os aspectos nocivos à saúde ou eliminar aqueles referentes às atividades perigosas, visto que ao se ater a instrumentos reparadores do dano ou preventivos apenas individualmente, acaba-se por fugir do objetivo primeiro dos Direitos Humanos, qual seja, tentar evitar ao máximo que ocorram violações às garantias mais básicas do sujeito, as quais lhe proporcionam uma vida minimamente digna e, em especial, viola-se o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado, direito de terceira dimensão, o qual pressupõe, como tal, uma atuação coletiva e em prol da coletividade.

4.1. A neutralização do risco à saúde ou integridade física do trabalhador e a ineficácia dos adicionais de insalubridade, de periculosidade e dos equipamentos de proteção individual

O art. 191 da CLT dispõe que a *neutralização* da insalubridade das atividades consideradas

(28) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR n. 1072-72.2011.5.02.0384. Cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Relator Ministro Cláudio Brandão, 26 set. 2014.

(29) NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *op. cit.*, p. 845.

nocivas à saúde pelo Ministério do Trabalho pode se dar através da adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância ou da utilização de equipamentos de proteção individual que diminuam a intensidade do agente agressivo; os EPIs. Importante destacar ainda que não se pode falar em neutralização das atividades laborativas consideradas perigosas, uma vez que o perigo é incerto e incalculado e ou existe, ou não o faz, não podendo ser neutralizado por sua ligação com a eventualidade e o sinistro.

Assim, em caso de eliminação total do risco à saúde e integridade física do trabalhador, havendo garantia de seu bem-estar no ambiente de trabalho, tanto o adicional de insalubridade quanto o de periculosidade se tornam inexigíveis, pois o seu fato gerador não mais perdura (art. 194, CLT).

Na prática, no entanto, o que se constata é a comodidade dos empregadores que acreditam que por fornecerem os equipamentos de proteção individual ou efetuar o pagamento dos adicionais de periculosidade e insalubridade estão fazendo o suficiente para promover ao empregado subsídios necessários, em seu ambiente de trabalho, para que seja resguardada sua saúde e bem-estar. Tal tipo de atitude, de certo modo protegida pela Justiça do Trabalho que, em caso de não fornecimento de EPIs, inadequação destes, ou supressão dos acima mencionados adicionais, penaliza o empregador de forma pecuniária tímida, limitando-se a arbitrar as verbas suprimidas e, no máximo, indenizações de valor baixo, de pouco cunho pedagógico, sem pensar em realmente sancionar pelos efetivos riscos sofridos enquanto o empregado restava desprotegido, ou protegido inadequadamente. Desta feita, o termo *neutralização*, constante na letra da CLT, deve ser interpretado de forma mais rígida, pois, mesmo que realizada, regularmente, a entrega dos equipamentos de proteção individual e pagos os adicionais de insalubridade ou periculosidade, o viés protetor ainda é pequeno, pois aqui se fala em risco ao bem primeiro e mais

imprescindível, qual seja a vida do indivíduo, a ser arriscada, violada, de forma diária e tais institutos cuidam da reparação e não da tutela em si. Nas atividades perigosas, vale ressaltar, a violação ao bem-estar do indivíduo ainda se faz mais incisiva, uma vez que, como mencionado anteriormente, não há como neutralizar tal risco, uma vez que este é incerto e imprevisível. Não basta, portanto, reparar, punir, é necessário acima de tudo prevenir. Como leciona Mauricio Godinho Delgado⁽³⁰⁾,

a meta da ordem jurídica, mesmo quando tipifica esta infração trabalhista, é favorecer o eficaz cumprimento de uma política de redução dos riscos inerentes ao ambiente laborativo, atenuando ou suprimindo as causas e circunstâncias ensejadoras da insalubridade e periculosidade.

Deve-se atentar, sobretudo, que a proteção do sujeito, de forma singular, não é suficiente para que o ambiente de trabalho seja adequado, posto não se tratar este de um direito individual, bem como o pagamento de valores irrisórios (10%, 20%, 30% ou 40%) não exime o empregador da responsabilidade de minimizar, da melhor e mais efetiva forma possível, os riscos que sua atividade possa causar aos trabalhadores a ele subordinados.

Não se pode conceber que o pagamento dos adicionais de insalubridade ou periculosidade e o fornecimento de EPIs gerem, para o empregador, o termo de seu compromisso social de fornecer um meio ambiente laboral sadio, o qual não danifique a saúde dos empregados empenhados em sua prestação laboral, uma vez que tais medidas, de forma alguma, justificam a violação ao ser humano em seu direito mais incipiente, o *direito à vida digna*.

4.2. Os equipamentos de proteção coletiva e a efetiva eliminação do dano

Os equipamentos de proteção coletiva são dispositivos, sistemas, ou meios, fixos ou móveis,

(30) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1.226.

que visam a preservação da integridade física não apenas de um indivíduo, mas da coletividade, prezando pela saúde dos trabalhadores usuários e terceiros, a exemplo de saídas de ventilação, ginástica laboral preventiva, etc. Portanto, desde já, tem-se que seu objeto é mais amplo que o dos equipamentos de proteção individual, que visam apenas a proteção daquele que o utiliza. De uma forma genérica, os equipamentos de proteção coletiva, ou EPCs, podem ser definidos como:

[...] sistemas, técnicas, métodos, procedimentos ou equipamentos que têm a função de proteger as pessoas nos ambientes de trabalho eliminando ou reduzindo a emissão de agentes agressores à saúde de forma coletiva, ou seja, efetivada no ambiente ou parte deste de forma a proteger todas as pessoas uniformemente.⁽³¹⁾

Conforme visto anteriormente, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de natureza indivisível, de titularidade coletiva, não se podendo delimitar os destinatários deste de forma individualizada. Tendo em vista as peculiaridades deste direito social e de fraternidade, o qual presume uma atuação conjunta entre sociedade, Estado e indivíduo, não se pode pensar apenas na sua tutela a garantia individual.

O direito a um ambiente de trabalho sadio, compreendido no conceito de meio ambiente passível de proteção, portanto, não pode se ater a soluções individuais de eliminação ou redução dos riscos à saúde e ao bem-estar dos trabalhadores. Deve-se, a todo custo, prezar pela *eliminação* dos fatores de risco à vida ou à saúde, e para tanto é necessário que se compreenda o espaço onde estão inseridos os trabalhadores como um todo, observando as suas próprias condições e a sua potencial prejudicialidade.

(31) BRAATZ, Daniel. *Sistemas de proteção em higiene e segurança do trabalho*. Disponível em: <http://www.simucad.dep.ufscar.br/Intro_Eng_Seg_2009/TEXT0_04.pdf> Acesso em: 8 ago. 2013. p. 1.

Os adicionais de insalubridade e de periculosidade, os equipamentos de proteção individual, bem como as demais disposições que visam reparar o trabalhador pelo dano sofrido ao seu bem-estar ou integridade física são medidas necessárias, porém, pouco eficazes, posto que são paliativas e não preventivas. O direito a um meio ambiente do trabalho equilibrado, ramificação do direito a um meio ambiente equilibrado não pode ficar restrito a medidas que reparem, monetariamente, os malefícios produzidos à integridade do trabalhador. Obviamente que não se pode nem se deve abrir mão dos equipamentos de proteção individual nem dos adicionais de periculosidade e insalubridade, mas deve-se pensar em alternativas adicionais a estas, preocupando-se com a proteção do indivíduo enquanto sujeito interacional com o ambiente o qual se insere da forma mais efetiva que esta possa ocorrer, visto que, na realidade, tais medidas deveriam ser secundárias e não principais.

Neste mesmo sentido, conforme leciona Sarlet⁽³²⁾, “(...) no Brasil os direitos fundamentais são compreendidos tendo sempre uma dupla dimensão negativa e positiva, portanto, como sendo tanto direitos de defesa quanto direitos a prestações” e, no caso do direito a um meio ambiente do trabalho sadio, direito fundamental e Direito Humano, de caráter híbrido entre direito social e direito de fraternidade, exige-se uma postura mais complexa, não apenas por parte do Estado, mas por parte da comunidade como um todo, para que haja sua tutela não somente para as gerações presentes, mas também para as futuras.

A opção do empregador pelos equipamentos de proteção coletiva, que protegem todos os trabalhadores expostos a um determinado risco ao mesmo tempo, não constitui mero ato

(32) SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: _____ (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 18.

de livre vontade, mas sim parte intrínseca da própria relação de emprego, estando inserida nos riscos da atividade que devem ser suportados pelo empregador, consoante disposto no art. 2º, da CLT⁽³³⁾, configurando-se, inclusive, a longo prazo, economicamente mais viável que o fornecimento dos EPIs e o pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Se, por um lado, o não fornecimento dos equipamentos de proteção individual pode causar a rescisão indireta do contrato de trabalho (art. 483, “c”, CLT⁽³⁴⁾) e a não fiscalização da utilização destes enseja responsabilidade do empregador, por que então não deveria este arcar com as consequências de sua postura silente no tocante à adoção de medidas que efetivamente objetivem a eliminação dos riscos da atividade de forma coletiva? A *neutralização* legalmente expressa na Consolidação das Leis do Trabalho não pode ser tida como meta utópica para o empregador, mas sim como objetivo que este deve perseguir, especialmente quando, em alguns casos, a eliminação total do risco se faz impossível, como nas atividades perigosas, por exemplo, visto que a violação não é de mera lei, mas de direito fundamental, posto que expresso na Constituição Federal, e Direito Humano de Terceira e Segunda Geração e, quando ocorrer, deve ainda, ser penalizada com maior rigidez.

5. Considerações finais

Um ambiente de trabalho sadio não pode, de forma alguma, ser enxergado como liberdade do empregador, mas sim como direito do empregado que, embora não esteja expresso quando da pactuação laboral, é intrínseco a esta, sendo assegurado, no ordenamento brasileiro, pela Constituição Federal, de

forma expressa, consistindo em um direito fundamental; sem prejuízo do que dispõe a legislação infraconstitucional neste sentido. Ademais, o direito a um meio ambiente do trabalho sadio, compreendido no direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, faz parte do rol dos Direitos Humanos, ocupando posição interdisciplinar de proteção enquanto pertencente tanto aos direitos sociais de segunda dimensão, onde se enquadram os direitos trabalhistas, quanto aos direitos de solidariedade da terceira dimensão, onde está presente o direito ao meio ambiente sadio.

Não se pode mais adotar a política de reparação ou proteção individual que vem se perpetuando no ordenamento jurídico brasileiro, sendo necessária uma postura mais rígida ao se cobrar, de forma concreta, que o empregador, sob o ônus da alteridade do pacto laboral, adote soluções que tenham como objetivo eliminar os riscos à saúde e à vida do trabalhador de forma efetiva, observando as condições do ambiente em que a prestação de serviço é realizada, não sendo suficiente apenas a proteção individual do obreiro ou a mera reparação do dano causado mediante indenização pecuniária ou fornecimento de equipamentos paliativos, de pouca efetividade prática.

Os equipamentos de proteção individual e os adicionais de insalubridade e periculosidade não devem ser suprimidos, obviamente. Deve-se sancionar de forma mais incisiva o não fornecimento ou não pagamento destes, respectivamente, visto que, apesar de serem formas tímidas e incipientes de garantir o bem-estar laboral, ainda são formas de proteção mínimas ao trabalhador, especialmente tendo em vista que ainda se veda a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade, em uma interpretação presa à letra da CLT em detrimento do disposto em Constituição Federal e Convenções ratificadas pelo Brasil que se apresentam como mais benéficas ao trabalhador, em consonância com o princípio do da proteção ao hipossuficiente;

(33) Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

(34) Art. 483. O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: (...) c) correr perigo manifesto de mal considerável.

princípio este norteador e base do Direito do Trabalho, corolário da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, fundamentos da República Federativa Brasileira.

Concomitantemente, o empregador tem que ser impelido a adotar medidas mais efetivas que assegurem ao empregado a manutenção de sua saúde e a preservação de seu bem maior, o bem da vida digna, tendo em vista que o ambiente laboral, na atualidade, acaba sendo o local onde o indivíduo empreende a maior parte de seu tempo e esforço, não podendo estar desprotegido neste; devendo contar com o máximo possível de adequação das condições do próprio ambiente para o desempenho de seu labor e a sua violação é violação de um dos direitos mais básicos ao sujeito, direito fundamental e Direito Humano de coletividade e não de titularidade individualizada ou individualizável.

6. Referências bibliográficas

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRAATZ, Daniel. *Sistemas de proteção em higiene e segurança do trabalho*. Disponível: <http://www.simucad.dep.ufscar.br/Intro_Eng_Seg_2009/TEXT-TO_04.pdf> Acesso em: 8 ago. 2013.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 jan. 2014.
- _____. *Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil, Poder Executivo: DF, 9 ago. 1943.
- _____. *Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil, Poder Executivo: DF, 9 set. 1981.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. *RR n. 1072-72.2011.5.02.0384*. Cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Relator Ministro Cláudio Brandão, 26 set. 2014.
- CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. *Direito do Trabalho*. Aracaju: Evocati, 2011.
- COSTA, Cristiane Ramos. *O direito ambiental do trabalho e a insalubridade: aspectos da proteção jurídica à saúde do trabalhador sob o enfoque dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2013.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- OLIVEIRA, Rafael Santos de. *A evolução da proteção internacional do meio ambiente e o papel da “soft law”*. Portal Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17154/a-evolucao-da-protacao-internacional-do-meio-ambiente-e-o-papel-da-soft-law#ixzz2c47jQjbf>> Acesso em: 20 jul. 2013.
- PADILHA, Norma Sueli. O equilíbrio do meio ambiente do trabalho: direito fundamental do trabalhador e de espaço interdisciplinar entre o direito do trabalho e o direito ambiental. In: *Revista do TST*, Brasília, vol. 77, n. 4, out./dez. 2011.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: _____. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Férias (de advogado) e recesso forense

Georgenor de Sousa Franco Filho^(*)

Resumo:

- ▶ Este estudo destina-se a apreciar, especificamente, as regras contidas no art. 220 do novo Código de Processo Civil, quanto à suspensão de prazos processuais para advogados e recesso forense dos magistrados.

Palavras-chave:

- ▶ Férias de advogado — Recesso judiciário — Prazo processual.

Abstract:

- ▶ This study is intended to determine, specifically, the rules contained in art. 220 of the new Code of Civil Procedure, to discontinue procedural deadlines for lawyers and forensic recess of judges.

Key-words:

- ▶ Lawyer holidays — Judicial recess — Procedural delay.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. As “férias” e os advogados
- ▶ 3. O recesso forense
- ▶ 4. Conclusão
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

Destina-se este texto a um brevíssimo exame preliminar do art. 220 do novo Código de Processo Civil brasileiro, que iniciará vigência em

março de 2016, no que concerne às atividades judiciárias no período compreendido entre 20 de dezembro de um ano a 20 de janeiro do ano seguinte, compreendendo, nesse lapso temporal, as chamadas “férias” de advogados e o recesso forense contemplado em legislação específica.

2. As “férias” e os advogados

O direito a férias é considerado direito humano fundamental, estando consagrado em

(*) Desembargador do Trabalho de carreira do TRT da 8ª Região. Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor *Honoris Causa* e Professor de Direito Internacional e do Trabalho da Universidade da Amazônia. Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Membro da Academia Paraense de Letras.

diversos diplomas internacionais, inclusive na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. No Direito brasileiro, surgiu formalmente na Constituição de 1934 e nunca mais desapareceu de nossa Lei Fundamental. Assim, todo o trabalhador tem direito a usufruir de um período de não trabalho, quando poderá se dedicar ao convívio familiar, a empreender viagens, a gozar de lazer, ao ócio afinal. Disso ninguém duvida.

Entretanto, entre o *ter o direito* e o *usufruir o direito* medeia grande distância. Para um segmento de trabalhadores, sempre foi negado esse direito, e sempre esses obreiros reclamavam por sua obtenção. E justificadamente. Afinal, trabalhar 365 dias (ou mais um nos anos bissextos), sem ter mínima folga para relaxar e postergar por alguns dias seus problemas era vantagem que não lhes atingia.

Essa categoria especial é a dos advogados. Esses profissionais do Direito, indispensáveis ao funcionamento da Justiça, nos termos do art. 133 da Constituição de 1988, não têm folga. Atendem seus clientes, movimentam-se nas audiências de primeiro grau dos vários segmentos do Judiciário, sobem aos tribunais estaduais, regionais e superiores para suas sustentações, e retornam às pressas às suas salas para continuar na azáfama interminável. Limite de jornada não existe. Fim de semana, feriado, dia santo de guarda e ponto facultativo apenas existem nos calendários que repousam, impassíveis, sobre suas mesas de trabalho.

No entanto, a partir de 16 de março de 2016, os advogados brasileiros passarão a gozar de 31 dias de *férias*, conforme fixado no novo Código de Processo Civil (CPC), sancionado pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, que, nessa data, começará a vigor (art. 1045).

Trata-se de uma conquista justa e humanamente merecida. Com efeito, assim está disposto no *caput* do art. 220 do novo CPC:

Art. 220. Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive.

Note-se que o legislador não consigna *férias*, mas *suspensão de prazo processual*, que, em outras palavras, significa que, nesse período, não corre prazo para o advogado que poderá aproveitar para dedicar-se a outras atividades, inclusive lúdicas. E tanto é dessa forma que o § 2º do mesmo artigo esclarece:

§ 2º Durante a suspensão do prazo, não se realizarão audiências nem sessões de julgamento.

Então, resta que nesses 31 dias, o advogado ficará liberado de comparecer aos *fori* judiciais das comarcas onde atua. Poderá, enfim, gozar suas *merecidas férias*, como qualquer profissional comum.

Observe-se que a Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho editou o Provimento CGJT n. 02/2014, que proibia a prorrogação de recesso forense, mas essa recomendação correicional não se referia a prazos processuais.

Note-se que essa era antiga reivindicação dos advogados, tendo vários tribunais brasileiros adotado a suspensão de prazos processuais em períodos compreendidos entre os dias 7 a 16, 19 ou 20 de janeiro do ano de 2015, quando era visível que essa regra iria figurar no novo CPC. O quadro abaixo demonstra essa situação:

TRIBUNAL	PERÍODO	NORMA REGULAMENTADORA
TJ-RS	20.12.2014 a 20.1.2015	Ato n. 8/2014
TRT 1ª Região	15.12.2014 a 9.1.2015	Ato n. 51/2014
TRT 5ª Região	20.1.2014 a 20.1.2015	Res. Adm. n. 63/2014
TRT 9ª Região	7 a 16.1.2015	Port. Pres./Corr. n. 11/2014
TRT 10ª Região	7 a 16.1.2015	Res. Adm. n. 69/2014
TRT 17ª Região	7 a 16.1.2015	Ato n. 94/2014
TRT 19ª Região	7 a 16.1.2015	Ato n. 19/2014
TRT 15ª Região	7 a 20.1.2015	Port. GP/CR n. 50/2014
TRT 4ª Região	7 a 20.1.2014 e 2015	Res. Adm. n. 06/2013
TRT 6ª Região	7 a 16.1.2015	Res. Adm. n. 1/2014
TRT 24ª Região	7 a 19.1.2015	Port. GP/SGJ n. 13/2014
TRT 8ª Região	7 a 16.1.2015	Port. GP/CR n. 16/2014

Fonte: Proc. Adm. TRT 8-00655/2014

Impende assinalar, aliás, que não se trata de um privilégio aos advogados, porque outros profissionais liberais não gozam do mesmo benefício, qual o de interromper voluntariamente seus afezeres. Deve ser destacado, todavia, que os demais que exercem outras atividades (médicos, engenheiros, dentistas, etc.), podem interromper seu trabalho quando desejarem e se quiserem. Os advogados não podem. Dependiam das pautas de audiências para fixar seus dias de lazer.

A medida inserta no novo CPC vem, entendemos, em boa hora, resgatar uma necessidade verdadeira desses profissionais do Direito.

3. O recesso forense

Quanto à questão do recesso do Poder Judiciário, o novo CPC não contém regra a respeito. Omite qualquer referência ao recesso forense.

O § 1º do art. 220 da nova norma processual civil tem a seguinte redação:

§ 1º Ressalvadas as férias individuais e os feriados instituídos por lei, os juízes, os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública e os auxiliares da Justiça exercerão suas atribuições durante o período previsto no *caput*.

Como se constata, ressalva férias individuais e feriados legais e, na parte final, dispõe que os magistrados *exercerão suas atribuições durante o período previsto no caput*. Esse período vai de 20 de dezembro de um ano a 20 de janeiro do ano seguinte, quando suspendem os prazos para os advogados.

O recesso forense, no âmbito federal, e aplicado nos Estados federados, é regulado pela Lei n. 5.010, de 30.5.1966, que organizou a Justiça Federal. O art. 62 e inciso I dessa lei prescrevem:

Art. 62. Além dos fixados em lei, serão feriados na Justiça Federal, inclusive nos Tribunais Superiores:

I – os dias compreendidos entre 20 de dezembro e 6 de janeiro, inclusive;

Esse dispositivo foi regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pela Resolução n. 08, de 29 de novembro de 2005, determinando que, durante o recesso de Natal de 20 de dezembro de um ano e 6 de janeiro do ano seguinte, os órgãos do Judiciário *deverão funcionar em esquema de plantão para atender os casos urgentes, sejam eles novos ou em curso*.

Estamos ante um conflito de leis que merece apreciação. Com efeito, é sabido que existem critérios tradicionais para solucionar conflitos de leis: hierárquico, cronológico, e de especialidade⁽¹⁾. Esse conflito é inevitável no cotidiano da vida em sociedade. Frequentemente, surgem leis antinômicas como corolário da dinâmica do Direito, e, como lembra Maria Helena Diniz, *a antinomia é um fenômeno muito comum entre nós ante a multiplicação de leis*⁽²⁾. Vai daí a necessidade de existirem formas para, respeitando a intenção do legislador, encontrarmos a solução das questões que se examina.

O primeiro desses critérios consagra o princípio da hierarquia das leis, segundo o qual *Lex superior derogat legi inferiori*. É de Hans Kelsen, o grande nome da Escola da Viena, a teoria que melhor fundamenta este critério. Concebeu a forma piramidal do Direito, a *Stufenbautheorie*, e, por ela, jamais uma norma de nível inferior pode comprometer a validade de uma numa superiormente acima. A norma superior é a *Grund Norm*, que internamente é a Constituição, que oferece fundamento a todas as inferiores.

O critério seguinte adota o princípio *Lex posterior derogat legi priori*, pelo qual a nova norma jurídica revoga a anterior no que for incompatível com ela. Observemos que esse critério cronológico somente pode ser aplicado para normas da mesma hierarquia, porquanto não existe relação de subordinação entre normas hierarquicamente iguais, mas sim de coordenação.

(1) FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. p. 157

(2) DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2001. p. 15.

Embora possamos admitir que uma norma mais nova seja mais perfeita e mais adequada à realidade social que a anterior, o art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (a antiga Lei de Introdução ao Código Civil), prescreve:

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

O que esse dispositivo quer dizer é que a lei nova que contemplar regras gerais ou especiais, além das existentes, não compromete a validade destas nem gera sua revogação tácita. Ao contrário, as acolhe e com elas é perfeitamente compatível.

O terceiro prevê que *Lex specialis derogat generali*, que visa a priorizar a lei específica sobre aquela geral, tanto que *Lex posterior generalis non derogat priori speciali*. Assemelha-se o mais adequado dentre os critérios quando aqueles igualmente poderiam ser aplicados, considerando a matéria objeto de regulação pela norma.

Para o deslinde desse possível conflito, será a correta aplicação de um desses critérios que afastará a antinomia aparente entre a regra do novo CPC e o recesso judiciário consagrado na Lei n. 5.010/66.

O critério hierárquico não deve ser aplicado. Ambas são leis de igual qualidade (ambas são ordinárias, encontrando-se no mesmo nível). Não há, evidentemente, superioridade entre qualquer das leis.

O critério cronológico encontra o regramento contido em nossa norma de superdireito, a Lei de Introdução, em seu art. 2º, § 2º, transcrito acima. O novo CPC veio complementar a Lei n. 5.010/66, contemplando disposições gerais, que se adequam às especiais da norma mais antiga.

Na lição de Maria Helena Diniz, a '*lex posterior*' apenas será aplicada se o legislador teve o propósito de afastar a anterior. Todavia, nada

obsta que tenha tido a intenção de incorporar a nova norma, de modo harmônico, ao direito existente⁽³⁾.

No caso em exame, temos uma lei federal de 2015, o novo CPC (Lei n. 13.105/2015), que prevê a interrupção da atividade do magistrado apenas em suas férias individuais e nos feriados legais e não refere ao recesso forense. É, evidentemente, uma lei geral.

Específica é a Lei n. 5.010/66, que instituiu o recesso do Poder Judiciário, no período de 20 de dezembro a 06 de janeiro do ano seguinte (art. 62, I). Induvidosamente, trata-se de lei específica.

Com efeito, aplicando esse critério, resulta que o recesso forense de 20 de dezembro de um ano a 6 de janeiro do ano seguinte é perfeitamente compatível com o art. 220 do novo CPC, não existindo qualquer conflito entre essas normas (a Lei n. 5.010/66, a Resolução CNJ n. 08/2005 e o novo CPC). Ao contrário, a intenção do legislador de 2015 foi para estender, apenas para os advogados, o recesso que aproveitam dos magistrados, ampliando-o, sem que, com isso, aumentasse o recesso forense.

No entanto, se ainda existirem dúvidas quanto à compatibilidade do recesso forense com as regras do novo CPC, e se nenhum desses critérios servir e a antinomia permanecer, adote-se aquele consagrado na máxima *Lex favorabilis derogat lex odiosa*. Lembrando que se trata de critério superado, Maria Helena Diniz destaca a aplicação da *norma mais justa ou mais favorável, procurando salvaguardar a ordem pública e social*⁽⁴⁾.

Acreditamos que não haverá necessidade desse argumento. A adoção dos critérios cronológico e da especialidade, de modo harmônico, e, sobretudo do último, soluciona tranquilamente esse conflito. E, convém recordar

(3) DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 53.

(4) *Ibidem*, p. 40.

que antinomia dessa natureza (entre esses dois critérios) é, certamente, a mais complexa. Para sua solução, a doutrina sustenta a necessidade da adoção de metacritérios porque se trata de uma antinomia de segundo grau, isto é, quando conflitam os próprios critérios entre si. Por corolário, o metacritério *Lex posterior generalis non derogat priori specialis*, embora não tenha valor absoluto, deve ser considerado, dependendo das circunstâncias presentes no caso concreto⁽⁵⁾.

Impõe, por isso, reconhecer que no período previsto no *caput* do art. 220 do novo CPC está incluído o recesso forense (de 20 de dezembro de um ano a 6 de janeiro do ano seguinte), e, a partir de 7 de janeiro e até 20 seguinte, estarão suspensos apenas as atividades forenses externas que demandem a participação de advogados.

Assim, nos dias do recesso, o Judiciário deverá funcionar em sistema de plantão, atendendo os casos de urgência. No período compreendido entre os dias 7 a 20 de janeiro, não devem ser realizadas audiências ou sessões de órgãos colegiados, que tornem necessária a presença de advogados, porque, nesses dias, o novo CPC lhes garante a não realização de atividades forenses dessa natureza.

Dessarte, magistrados, membros do Ministério Público, Defensores e Advogados Públicos deverão, com o auxílio dos servidores dos diversos órgãos, permanecer trabalhando internamente nos dias 7 a 20 de janeiro, mas os prazos judiciais estarão suspensos (art. 220, *caput*, do novo CPC).

4. Conclusão

As férias de advogados em verdade não existem no sentido tradicional que se adota. O que existe é apenas dispensa de suas presenças no ambiente forense, onde tramitam os processos de seus interesses. Serão suspensos os prazos processuais por 31 dias. Sua atividade continuará, de forma ininterrupta, em seus escritórios e em questões extrajudiciais.

Quanto aos advogados empregados, estes permanecem sendo regidos pelas normas aplicáveis aos empregados subordinados, que, nesta hipótese, se regulam pelo Capítulo VI do Estatuto da Advocacia, que, nos arts. 18 a 31, cuida do *advogado empregado*, dispensado, à luz do novo CPC, de atividades forenses.

Para os agentes do Poder Judiciário (Magistrados, membros do Ministério Público, Defensores Públicos e Advogados Públicos), devemos considerar, no que refere ao recesso do Poder Judiciário, no período de 20 de dezembro de um ano a 6 de janeiro do ano seguinte, que este encontra-se preservado, completamente compatível com a regra processual comum, que, como apontamos, por ser genérica, não pode ser prevalente ante a existência de uma norma específica.

5. Referências bibliográficas

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

(5) Cf. DINIZ, M. H. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 101.

Reflexões sobre decisão judicial no Código de Processo Civil de 2015

Lorena de Mello Rezende Colnago^(*)

Resumo:

- ▶ O presente ensaio visa analisar o art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, especificamente quanto aos requisitos da motivação das decisões sob a perspectiva da hermenêutica jurídica, utilizando como base teórica Habermas e Dworkin, partindo da origem histórica do dever de motivação. Nesse contexto, observamos o acesso efetivo à Justiça em cotejo com a celeridade, direito fundamental à duração razoável do processo.

Palavras-chave:

- ▶ Motivação — Acesso à Justiça — Processo participativo — Efetividade — Celeridade.

Abstract:

- ▶ This essay aims to analyze the art. 489 of the 2015 Code of Civil Procedure, specifically for the requirements of the reasons for decisions from the perspective of legal interpretation, using as theoretical basis Habermas and Dworkin, based on the historical origin of the duty of motivation. In this context, we note the effective access to justice in comparison with the speed, the fundamental right to reasonable length of proceedings.

Key-words-chave:

- ▶ Motivation — Access to Justice — Participatory process — Effectiveness — Speed.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Uma análise crítica do conceito de motivação
- ▶ 3. Considerações finais
- ▶ 4. Referências bibliográficas

(*) Mestre em Processo (UFES, 2008). Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho e Previdenciário (UNIVES, 2005). Professora. Juíza do Trabalho no TRT9. Autora de livros e artigos. Membro da REELAJ – Rede Latinoamericana de Juizes e do IPEATRA – Instituto de Pesquisa e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho.

1. Introdução

O presente ensaio pretende analisar a alteração que o novo Código de Processo Civil implementa, referente ao conceito e aos elementos das decisões, em especial a sentença, por meio da seguinte redação:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo;

II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

(...).(1)

Antes mesmo de analisar a dogmática envolvida no assunto, por meio do método dedutivo, com a utilização de pesquisa legislativa, jurisprudencial e doutrinária, sendo o marco teórico Elio Fazzalari e Ronald Dworkin, dentre outros jusfilósofos e processualistas.

Será necessário analisar, preliminarmente, o conceito de jurisdição ao longo do desenvolvimento histórico para melhor entender os anseios da sociedade quanto ao controle das decisões judiciais, por meio da motivação. Ao mesmo tempo, analisaremos se a proposta legislativa atende ao projeto constitucional que prevê a duração razoável do processo como direito fundamental.

2. Uma análise crítica do conceito de motivação

Ao longo da história, o homem sempre tentou positivar em leis o regramento social considerado importante para a vida em grupo. A escolha do conteúdo desse regramento social esteve, em todos os tempos, relacionada com os valores culturais de determinada comunidade.

A ideia de igualdade e de liberdade na Antiguidade e na Idade Média esteve marcada pela supremacia de um grupo de pessoas, em geral do sexo masculino e economicamente favorecidas, sobre os demais integrantes da sociedade. A legitimação da dominação exercida era fundamentada em justificativas culturais que se baseavam na ideia de leis naturais ou na tradição. Sob essa ideologia, a dominação, a hegemonia econômica e a estaticidade social foram elementos que fundamentaram os valores tutelados pelos ordenamentos da época

(1) BRASIL. Presidência da República. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: mar. 2015.

(tradição, titulação social, liberdade para os iguais), influenciando o exercício da jurisdição.

A partir do séc. XV, a sociedade europeia iniciou a conquista de direitos civis e políticos que, interiorizados nas constituições dos Estados Nacionais, modificaram o modelo de organização estatal de absolutista para liberal⁽²⁾. Uma característica marcante desse Estado foi o respeito incondicional pelas leis em vigor e pelo direito subjetivo, com o mínimo de intervenção na liberdade individual dos cidadãos, de modo a legitimar e eternizar o status quo social da classe burguesa. A segurança jurídica era mantida por meio do respeito absoluto aos direitos adquiridos e aos direitos do cidadão, das associações e das corporações⁽³⁾. O novo modelo de Estado também inovou na distribuição tripartite e estática do poder em Legislativo, Executivo e Judiciário, inspirada na ideia de república democrática desenvolvida por Montesquieu⁽⁴⁾.

(2) De um modo geral, os pensadores fixam a *Magna Carta Libertatum*, assinada em 15 de junho de 1215 pelo Rei João Sem-Terra da Inglaterra, como o primeiro documento histórico de limitação dos poderes de um rei, representante do Estado, e de afirmação solene de liberdades individuais. Ressalta-se que, apesar do nome, a *Magna Carta*, de fato, possui natureza jurídica contratual, por consistir num acordo entre nobres. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação dos direitos humanos*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 71, 80-81.

(3) Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitucion*. Trad. de Francisco Ayala. s. ed. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 150.

(4) “Quando numa só pessoa, ou num corpo de magistratura, o poder legislativo se acha reunido ao poder executivo, não poderá existir liberdade, porque se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado, criem leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Não existirá também liberdade, quando o poder de julgar não se achar separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder dos cidadãos seria arbitrário porque o juiz seria o legislador. E se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor.” (MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat Barão de La Brède et al. *Do espírito das leis*. Trad. de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. s. ed. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1968. p. 159.) Dessa forma, o Poder Legislativo, composto por cidadãos eleitos pelo voto censitário, devia elaborar as leis como

Como limite ao poder absoluto dos reis, foi desenvolvida a ideia de que o Poder Legislativo deveria ser o legítimo intérprete da vontade do povo, e se assim não o fosse, seu poder seria esvaziado⁽⁵⁾, pois a segurança jurídica era fundamentada na certeza da aplicação da lei, tal como elaborada. Assim, o Executivo e o Judiciário deveriam adequar-se aos exatos ditames da lei — ideologia que refletiu sobre todo o estudo processual da época⁽⁶⁾. Os estudos de Giuseppe Chiovenda, jurista italiano, com inspiração no Código Napoleônico, propiciaram o desenvolvimento dos institutos processuais, por meio de conceitos analíticos, dentre eles, o de jurisdição⁽⁷⁾.

A ideia de que os particulares somente teriam seus direitos protegidos e garantidos

legítimo representante de uma sociedade representada por cidadãos que dispusessem de um patrimônio econômico previamente fixado (a burguesia); o Poder Executivo, representado pelo chefe de Estado, era responsável pela administração estatal, tendo a lei por limite de seu poder; já o Judiciário, composto por cidadãos com conhecimento técnico sobre o Direito, tinha por função a aplicação das leis formuladas pelos legisladores.

(5) Cf. SÃO VICENTE, José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império. Coleção Formadores do Brasil*. Org e Intr. Eduardo Kugelmas. São Paulo: Editora 34, 2002. p. 132.

(6) Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: _____. *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Muniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 18.

(7) O exercício da jurisdição se encerra na atuação da vontade concreta da lei, utilizando a subsunção dos fatos à norma geral e abstrata num silogismo perfeito, em que os fatos constituiriam a premissa menor; a lei, a premissa maior; e, a sentença: a conclusão. Assim, aplicação e criação da lei separavam-se por completo, pois a função do juiz se restringia a aplicar a norma criada pelo legislador. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual*. Trad. J. Guimarães Menegale. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v.1, p. 198) “Essa teoria supunha que o juiz podia solucionar qualquer caso mediante a aplicação das normas gerais, uma vez que o ordenamento jurídico seria completo e coerente.” (MARINONI Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: _____. *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Muniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 47.)

com a supremacia da lei, foi uma importante conquista em face do autoritarismo do antigo regime. Por isso, a defesa da esfera de liberdade particular era realizada em uma jurisdição formalista, excessivamente técnica e afastada dos verdadeiros problemas sociais, exercida por um juiz neutro que somente aplicava a lei, sem interpretá-la.

Nesse ínterim, os requisitos de validade da decisão conforme a escrita no art. 238 do Regulamento n. 737 — primeira lei processual brasileira — assim dispunha: “a sentença deve ser clara, summariando o Juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estylo em que se funda.”⁽⁸⁾

Esse dispositivo legal reflete o conceito de sentença como ato declarativo do sentido da lei, com influência da concepção liberal que dominou por bastante tempo os institutos processuais, destacando-se a expressão: motivando com precisão os fundamentos, o que explicita a preocupação com as razões de decidir do juiz.

No entanto, antes mesmo do Regulamento n. 737 ser promulgado, as Ordenações Manuais de 1521, que vigoraram no Brasil por algum tempo, no Livro III, Título 50, § 68, dispunham um mandamento de que todos os magistrados deveriam declarar em suas sentenças “a causa, ou causas, per que se fundam a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou a revogar, dizendo especificamente o que he, que se prova, e por que causa do feito se fundam a darem suas sentenças”⁽⁹⁾ demonstrando uma preocupação com as razões de decidir, a fim de que a sociedade pudesse compreender o real alcance da interpretação judicial, em

contraponto à tradição medieval de ausência de motivação das decisões⁽¹⁰⁾.

O Código de Processo Civil de 1939, que unificou as legislações processuais estaduais que vigoraram depois do Regulamento n. 737, dispunha sobre requisitos da sentença da seguinte forma, no art. 280: “A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterá: I – o relatório; II – os fundamentos de fato e de direito; III – a decisão. Parágrafo único. O relatório mencionará o nome das partes, o pedido, a defesa e o resumo dos respectivos fundamentos”⁽¹¹⁾, sem versar sobre o conceito de decisão propriamente dita, retirando a parte declarativa da lei contida no Regulamento n. 737, o que constituiu um avanço legislativo, mas ainda não doutrinário porque o juiz ainda era concebido como “a boca da lei”⁽¹²⁾, portanto, de fato, essa declaração da lei estava implícita à atividade jurisdicional.

Com o desenvolvimento econômico, marcado pela Revolução Industrial⁽¹³⁾, surge um

(10) *Ibidem*, p. 45.

(11) BRASIL. Presidência da República. *Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm> Acesso em: fev. 2015.

(12) Por todos, CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual*. Trad. de J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1.

(13) Como reação da classe de trabalhadores à exploração capitalista da força de trabalho. As difíceis condições de trabalho nas fábricas e a inexistência de direitos trabalhistas nos ordenamentos positivos foram fatores que facilitaram a organização das classes proletárias em torno dos emergentes sindicatos trabalhistas. Além disso, a universalização do voto possibilitou a quebra da hegemonia burguesa na escolha dos representantes do Estado, assim, há a introdução da questão social no meio político (PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 56). “O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do séc. XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e a provocar a indispensável organização da classe trabalhadora.” (SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direitos humanos na negociação*

(8) BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm> Acesso em: fev. 2015.

(9) CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 49.

novo enfoque da jurisdição, marcado pela influência dos direitos sociais, econômicos e culturais, que gradativamente foram sendo positivados no ordenamento jurídico da época. A intervenção da Administração Pública na vida privada⁽¹⁴⁾ tornou-se mais marcante, assistindo-se ao aumento da produção legislativa, o que exigiu do Estado uma postura mais ativa como forma de implementar os direitos fundamentais positivados, em especial os sociais⁽¹⁵⁾. No entanto, por causa do regime de exceção vigente no país, os avanços em termos de fundamentação jurídica eram gradativos, pois até mesmo a classe da magistratura estava sendo tolhida do poder interpretativo, com a perseguição de vários magistrados, Ministros do Supremo Tribunal Federal, aposentados compulsoriamente⁽¹⁶⁾.

coletiva. São Paulo: LTr, 2004. p. 24). O combate ao capitalismo e o financiamento de qualquer grupo que intentasse instalar em seu país um governo nos moldes da "ditadura do proletariado", proporcionou a inserção de vários direitos sociais, econômicos e culturais nas Constituições dos Estados Liberais como forma de evitar e conter as revoluções sociais, que eclodiam financiadas pelo governo russo. (Cf. TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Peirópolis, 2002. p. 151-161.) No Brasil, foi promulgada a Constituição da República de 1934, a primeira a iniciar um programa, ainda que tímido, de reforma social (cf. AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Elaborando a Constituição nacional: atas da subcomissão elaboradora do projeto 1932/1933*. Org. Walter Costa Porto. Ed. Fac-similar. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2004. p. XXIII).

- (14) Não se pode confundir o Estado Socialista, caracterizado pela ditadura do proletariado e pela estatização da economia, com o Estado Social capitalista fortemente influenciado pelos dogmas do Estado Liberal, embora tenha introduzido a questão social na política governamental como forma de minimizar as diferenças econômico-sociais e conter o avanço da Revolução Socialista que se espalhou no pós-guerra pelo mundo (cf. MORAES, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 57-84 apud PORTO, op. cit., p. 57).
- (15) Cf. ALVES, Rogério Pacheco. *As prerrogativas da administração pública nas ações coletivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 31.
- (16) HENKENHOFF, João Batista. A cidadania no Brasil contemporâneo: o provo como construtor de sua própria história. In: *Direitos Humanos DHnet*. Disponível

Nesse contexto histórico, vigeu o Código de Processo Civil de 1973 com três artigos que merecem destaque sobre a motivação das decisões, que são os arts. 131, 458 e 459:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Art. 459. O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa.

Parágrafo único. Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida.⁽¹⁷⁾

Essas normas exigem a explicitação dos fundamentos que levaram o magistrado a chegar a uma determinada conclusão, mas que não precisam estar nas afirmações das partes, podendo ser utilizado um argumento externo aos autos, desde que explicitado.

A Constituição da República de 1988 representou uma virada copernicana no ordenamento jurídico pátrio ao constitucionalizar as garantias processuais, pois foi dotada de regras, princípios e valores⁽¹⁸⁾ que se refletem

em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/livro2/brasil2.html#1>> Acesso em: fev. 2015.

- (17) BRASIL. Presidência da República. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm> Acesso em: fev. 2015.

- (18) Nesse sentido, fazemos menção à doutrina de Canotilho, para quem a estrutura das normas

no Direito Processual, modificando toda uma perspectiva de estudo em prol da inclusão social no acesso a um Poder Judiciário mais democrático e promotor da máxima realização do projeto constitucional⁽¹⁹⁾.

fundamentais é composta por regras e princípios, estes, fundamentados em valores. Em síntese, as regras são espécie de norma jurídica que possuem uma aplicação direta no caso concreto por serem normas vinculativas com conteúdo funcional e menor grau de abstração. Pelo maior grau de concretude, as regras contêm fixações normativas definitivas, sendo insustentável diante do sistema a validade simultânea de regras contraditórias. Por outro lado, os princípios, como espécie normativa, são constituídos de maior grau de abstração, uma vez que consagram valores (liberdade, democracia, dignidade, igualdade), por isso, ao serem aplicados necessitam de mediações concretizadoras do intérprete. Os princípios também são considerados *standards* jurídicos vinculantes e normas de natureza estruturante, com hierarquia superior sobre as regras, uma vez que as fundamentam ao mesmo tempo que fornecem a conexão sistêmica do ordenamento jurídico. Portanto, um conflito de contradição entre princípios, diferente das regras, suscita o problema de peso entre os valores jurídicos neles consagrados. A solução desse conflito não produz a validade de um princípio em detrimento de outro, mas a prevalência em importância social do valor consagrado num princípio sobre outro, no caso concreto. É necessário enfatizar que as normas constitucionais são consideradas o resultado da interpretação das leis, enunciados normativos, sendo a Constituição um projeto jurídico composto por um sistema aberto de regras e princípios, influenciados por valores (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.159-1.164).

- (19) Antes do Estado Democrático de Direito as regras processuais ainda eram retiradas somente das codificações (infraconstitucionais). Nesse sentido, o estudo do Direito Processual sofreu uma mudança de paradigma, o que resultou no surgimento do Direito Processual Constitucional. Cf. ZANETI JR., Hermes. Processo constitucional: relação entre processo e Constituição. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano XXXI, n. 94, p. 122, jun. 2004. “Frente a essas observações, pode-se chegar a três princípios básicos, indispensáveis à caracterização do Estado contemporâneo democrático: (a) o compromisso concreto com sua função social, representada na justiça social, parâmetro hodierno da expressão de bem comum. Inclui essa o acesso aos bens materiais e imateriais necessários à plena realização da pessoa humana; (b) o caráter intervencionista, necessário à consecução desse seu objetivo maior; e (c) a estruturação através de uma ordem jurídica legítima, que respeite a liberdade (pluralismo) e garanta

Pode-se afirmar que exercício da jurisdição no Estado Democrático de Direito tem escopo social, político e jurídico. O escopo social do processo se cumpre com a certeza das decisões judiciais na educação da sociedade para o cumprimento das obrigações impostas, pois os conflitos de interesse em torno da infinidade de desejos sobre bens finitos geram insatisfações das pessoas na vida em sociedade. Assim, “[...] a experiência mostra que as pessoas mais sofrem as angústias da insatisfação antes de tomar qualquer iniciativa processual ou mesmo durante a litispendência, experimentando uma sensação de alívio quando o processo termina, ainda que com solução desfavorável”⁽²⁰⁾.

O escopo político do processo é definido como a organização da sociedade pelo exercício do poder jurisdicional, na medida em que o juiz atua a vontade concreta da lei, mantendo a ordem e a segurança jurídica em sociedade⁽²¹⁾. Divergimos nesse ponto sobre a ideia de jurisdição, pois o atual sistema constitucional tem o processo como meio de realização da vontade do povo, por meio de decisões judiciais construídas com a efetiva participação dos sujeitos processuais (autor, juiz e réu) observando-se o devido processo legal em seus aspectos: procedimental e substancial⁽²²⁾, em contraposição à mera aplicação da lei.

efetivamente a participação.” (RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 21.)

- (20) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 193-198.

(21) *Ibidem*, p. 204-207.

- (22) No aspecto procedimental, o princípio do devido processo legal supõe a efetiva oportunização da participação das partes no processo, por meio do contraditório e da ampla defesa. Já no aspecto substancial, o devido processo legal significa a inserção do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade para resolver os conflitos entre direitos fundamentais e/ou princípios constitucionais dentro da atividade jurisdicional, de forma criativa (cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2006. v. 1, p. 47-52).

A jurisdição contemporânea é exercida com a ampliação dos poderes instrutórios do juiz em busca da efetiva participação da parte destituída de paridade real de defesa, esta, ocasionada em virtude das desigualdades econômicas e sociais. Dessa forma, o juiz contemporâneo não encerra suas funções na mera oportunidade do contraditório às partes, quando não há efetiva igualdade de condições econômicas e sociais entre elas. O aumento dos poderes instrutórios do magistrado proporcionou o atendimento aos fins sociais do processo e um maior comprometimento da atividade jurisdicional com a efetivação do direito material no justo acesso ao Poder Judiciário. Assim, a passividade do juiz foi rompida, sem prejuízo ao princípio da imparcialidade⁽²³⁾.

O justo acesso à ordem jurídica pode ser atualmente definido como “*sinônimo de justiça social, isto é, corresponde à própria concretização do ideal de justiça*”. Em seu “*sentido integral, o acesso à justiça assume caráter mais consentâneo, não apenas com a teoria dos direitos fundamentais, mas também com os escopos jurídicos, político e sociais do processo*”⁽²⁴⁾.

O novo conceito de processo, como procedimento em contraditório⁽²⁵⁾, admite participação efetiva das partes num espaço público de discussão para a criação do Direito e solução dos problemas levados ao Poder Judiciário⁽²⁶⁾,

o que o transforma num importante instrumento da vida democrática, pois permite, em última análise, que o cidadão participe mais ativamente na gestão da “coisa pública”⁽²⁷⁾.

Na análise do escopo jurídico do processo, indaga-se sobre a função deste instituto no ordenamento pátrio, elucidando a forma de seu desenvolvimento como técnica de tutela jurisdicional⁽²⁸⁾. Logo, o processo como técnica deve servir à realização do direito substancial aplicado ao caso concreto como forma de educação social e pacificação da lide, em prol da máxima realização dos indivíduos enquanto cidadãos do Estado Democrático de Direito e destinatários dos direitos fundamentais.

E, nesse sentido, o art. 93, IX, da Constituição da República, ao versar sobre o dever de fundamentação enquanto direito fundamental é suficiente para exigir do magistrado que elucide o passo a passo dos fundamentos que o levaram a tomar essa ou aquela posição, por meio de um processo que valorize o contraditório das partes, outro direito fundamental (art. 5º, LV).

Na filosofia do Direito é interessante observar a análise crítica do que a comunidade jusfilosófica acredita ser um juiz ideal. Como exemplo, a obra “O império do Direito” que descreve Hércules, o juiz que primeiro idealiza cada uma das possíveis possibilidades de

(23) Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 104-111.

(24) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 5 ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 127-128.

(25) Cf. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 35-37.

(26) “[...] Essa perspectiva valoriza a participação das partes e do juiz no ‘módulo processual’ e atende à exigência constitucional na formação do *iter* procedimental que resultará na decisão final [...]” (ZANETI JR., Hermes. Processo constitucional: relação entre processo e Constituição. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano XXXI, n. 94, p. 122, jun. 2004.) Pode-se inferir que a nova perspectiva do exercício da jurisdição foi influenciada pelos estudos do filósofo alemão Habermas e sua teoria da comunicação. A

teoria comunicativa de Habermas explica que as leis são criadas num espaço democrático, por meio de discussão social em espaços públicos, assim, quando uma norma jurídica é elaborada ela carrega em si a ideia de aceitabilidade geral da população, que discutiu e se convenceu, por argumentos racionais, que o posicionamento positivado em determinada norma seria o melhor para o todo (LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana do Direito. *Revista de Filosofia da UFES*, Vitória, ano VII, n. 7, p. 176-180, jan./jun. 2001).

(27) FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (Teoria Generale). In: *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile* apud ZANETI JR., Hermes. Processo constitucional: relação entre processo e Constituição. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano XXXI, n. 94, p. 122, jun. 2004.

(28) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 216.

decisão de um caso concreto, para só então, optar por uma delas, considerando a intenção do legislador, a história da lei — que se inicia antes da edição desta e perpetua-se até o momento da decisão —, dentre outros modelos de magistrados, sob o enfoque e perspectiva da interpretação jurídica e motivação das decisões⁽²⁹⁾.

A complexidade da vida contemporânea impõe aos magistrados uma posição interpretativa que se assemelha ao juiz Hércules, descrito por Dworkin.

Na jurisprudência, surge a celeuma acerca do que seria um ato motivado de forma válida. Várias decisões foram proferidas pelos Tribunais Superiores, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal, ora considerando válida a motivação que explicita os fundamentos que levaram o magistrado a construir uma determinada conclusão, ainda que todos os argumentos não tenham sido esgotados na sentença⁽³⁰⁾, ora considerando a necessidade de rebater-se cada qual dos argumentos apresentados pelas partes⁽³¹⁾.

(29) Cf. DORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. de Jefferson Luiz. Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p. 377 e ss.

(30) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI n. 797.581/PB-AgRg, relator Ministro Nelson Jobim, julgamento em 17.6.2003, Segunda Turma, DJ de 20.2.2004. In: *A constituição e o Supremo*. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=AYM_ZHevZMgC&pg=PT1069&lpg=PT1069&dq=A+CF+na%C3%83o+exige+que+o+aco%CC%81rda%CC%83o+s e+pronuncie+sobre+todas+as+alegac%CC%A7o%C3%83es+deduzidas+pelas+partes.%E2%80%9D+28HC+83.073&source=bl&ots=a0eoCRCKm7&sig=Sl7vN5i1lztJt3YnrXtA5p3gGM&hl=pt-BR&sa=X&ei=jT v8Vliol8HTggTpx4CgDA&ved=0CDoQ6AEwBQ#v=onepage&q=A%20CF%20na%CC%83o%20exige%20 que%20o%20aco%CC%81rda%CC%83o%20 se%20pronuncie%20sobre%20todas%20as%20 alegac%CC%A7o%CC%83es%20deduzidas%20 pelas%20partes.%E2%80%9D%20\(HC%20 83.073&f=false](https://books.google.com.br/books?id=AYM_ZHevZMgC&pg=PT1069&lpg=PT1069&dq=A+CF+na%C3%83o+exige+que+o+aco%CC%81rda%CC%83o+s e+pronuncie+sobre+todas+as+alegac%CC%A7o%C3%83es+deduzidas+pelas+partes.%E2%80%9D+28HC+83.073&source=bl&ots=a0eoCRCKm7&sig=Sl7vN5i1lztJt3YnrXtA5p3gGM&hl=pt-BR&sa=X&ei=jT v8Vliol8HTggTpx4CgDA&ved=0CDoQ6AEwBQ#v=onepage&q=A%20CF%20na%CC%83o%20exige%20 que%20o%20aco%CC%81rda%CC%83o%20 se%20pronuncie%20sobre%20todas%20as%20 alegac%CC%A7o%CC%83es%20deduzidas%20 pelas%20partes.%E2%80%9D%20(HC%20 83.073&f=false)> Acesso em: fev. 2015.

(31) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI n. 351.384 – AgRg, rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 26.2.2002, Segunda Turma, DJ de 22.3.2002. In: *A constituição e o Supremo*. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=AYM_ZHevZMgC&pg=PT1069&lpg=PT1069&dq=A+CF+na%C3%83o+exige+que+o+aco%CC%81rda%CC%83o+s e+pronuncie+sobre+todas+as+alegac%CC%A7o%C3%83es+deduzidas+pelas+partes.%E2%80%9D+28HC+83.073&source=bl&ots=a0eoCRCKm7&sig=Sl7vN5i1lztJt3YnrXtA5p3gGM&hl=pt-BR&sa=X&ei=jT v8Vliol8HTggTpx4CgDA&ved=0CDoQ6AEwBQ#v=onepage&q=A%20CF%20na%CC%83o%20exige%20 que%20o%20aco%CC%81rda%CC%83o%20 se%20pronuncie%20sobre%20todas%20as%20 alegac%CC%A7o%CC%83es%20deduzidas%20 pelas%20partes.%E2%80%9D+28HC+83.073&source=bl&ots=a0eoCRCKm7&sig=Sl7vN5i1lztJt3YnrXtA5p3gGM&hl=pt-BR&sa=X&ei=jT v8Vliol8HTggTpx4CgDA&ved=0CDoQ6AEwBQ#v=onepage&q=A%20CF%20na%CC%83o%20exige%20 que%20o%20aco%CC%81rda%CC%83o%20 se%20pronuncie%20sobre%20todas%20as%20 alegac%CC%A7o%CC%83es%20deduzidas%20 pelas%20partes.%E2%80%9D%20\(HC%20 83.073&f=false](https://books.google.com.br/books?id=AYM_ZHevZMgC&pg=PT1069&lpg=PT1069&dq=A+CF+na%C3%83o+exige+que+o+aco%CC%81rda%CC%83o+s e+pronuncie+sobre+todas+as+alegac%CC%A7o%C3%83es+deduzidas+pelas+partes.%E2%80%9D+28HC+83.073&source=bl&ots=a0eoCRCKm7&sig=Sl7vN5i1lztJt3YnrXtA5p3gGM&hl=pt-BR&sa=X&ei=jT v8Vliol8HTggTpx4CgDA&ved=0CDoQ6AEwBQ#v=onepage&q=A%20CF%20na%CC%83o%20exige%20 que%20o%20aco%CC%81rda%CC%83o%20 se%20pronuncie%20sobre%20todas%20as%20 alegac%CC%A7o%CC%83es%20deduzidas%20 pelas%20partes.%E2%80%9D%20(HC%20 83.073&f=false)> Acesso em: fev. 2015.

Em 2011, o Ministro relator Ricardo Lewandowski reafirmou em decisão de AI n. 797.581/PB-AgRg, a interpretação e o alcance do art. 93, IX, da Constituição Federal da seguinte forma: “a exigência do art. 93, IX, da Constituição, não impõe seja a decisão exaustivamente fundamentada. O que se busca é que o julgador informe de forma clara e concisa as razões de seu convencimento.”⁽³²⁾

E, diante dessa celeuma, o Projeto de Lei n. 166/2010 apresenta as seguintes sugestões de alteração dos arts. 131, 458 e 459 do Código de Processo Civil de 1973: “O juiz apreciará livremente a prova, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na sentença as que lhe formaram o convencimento” — redação correspondente ao art. 131 do CPC vigente; “São requisitos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da contestação do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem” — redação correspondente ao art. 458 do CPC vigente; e “O juiz proferirá a sentença de mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo

C%83o+exige+que+o+aco%CC%81rda%CC%83o+s e+pronuncie+sobre+todas+as+alegac%CC%A7o%C3%83es+deduzidas+pelas+partes.%E2%80%9D+28HC+83.073&source=bl&ots=a0eoCRCKm7&sig=Sl7vN5i1lztJt3YnrXtA5p3gGM&hl=pt-BR&sa=X&ei=jT v8Vliol8HTggTpx4CgDA&ved=0CDoQ6AEwBQ#v=onepage&q=A%20CF%20na%CC%83o%20exige%20 que%20o%20aco%CC%81rda%CC%83o%20 se%20pronuncie%20sobre%20todas%20as%20 alegac%CC%A7o%CC%83es%20deduzidas%20 pelas%20partes.%E2%80%9D%20(HC%20 83.073&f=false> Acesso em: fev. 2015.

(32) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI n. 797.581/PB-AgRg, Primeira Turma, relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 1º.2.11. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:sa0-xC7ZVxIj:www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp%3Fid%3D3009009%26tipoApp%3DRTF+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em: fev. 2015.

autor. Nos casos de sentença sem resolução de mérito, o juiz decidirá de forma concisa. Parágrafo único. Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes” — correspondente ao art. 459 do CPC vigente⁽³³⁾.

O projeto final, depois da análise da Câmara dos Deputados, unificação de projetos, e retorno ao Senado Federal,... e muito debate, teve a redação sobre os elementos de validade da sentença alterados, sendo proposta a redação final para sanção da seguinte forma:

São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo;

II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

(...).(34)

Observe-se que essa atual redação do art. 489 do CPC/2015 foi aprovada tal como proposta pela Câmara dos Deputados⁽³⁵⁾.

Os §§ 1º e 2º ensejam as grandes novidades, uma vez que o § 3º apenas exalta o princípio da boa-fé. A vedação expressa no inciso I refere-se apenas à necessidade de fundamentação jurídica, rechaçando a chamada fundamentação legal/jurisprudencial destituída de motivação, ou seja, esclarecimento e análise da interpretação dos preceitos legais e normativos sem o cotejo com o caso concreto apresentado.

Quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, expressões vagas, abstratas, que

(33) BRASIL. Senado Federal. Quadro comparativo entre a redação original do Projeto de Lei do Senado n. 166, de 2010, o Código de Processo Civil em vigor e as alterações apresentadas no substitutivo do Senador Valter Pereira. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>> Acesso em: fev. 2015.

(34) MIGALHAS. Sanção do novo CPC pode ficar para março. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/12/art20141217-02.pdf>> Acesso em: fev. 2015.

(35) BRASIL. Presidência da República. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: mar. 2015.

podem ser tomados como princípios gerais do direito ou cláusula geral, dependendo da funcionalidade que possam vir a ter como acontece com o princípio da boa-fé, não positivado explicitamente e com a boa-fé nos contratos⁽³⁶⁾, essa necessidade de explicitar a exigência de delimitação do sentido com o que o magistrado está trabalhando é desnecessária em termos legislativos, se considerarmos que o processo, em seu conceito contemporâneo, deve adotar uma linguagem clara e objetiva, afastada do chamado “juridiquês” a fim de que a sociedade tenha o acesso efetivo ao sentido adotado, o que possibilita o questionamento futuro, via recurso, da expressão utilizada para integrar e explicitar a expressão abstrata. E essa possibilidade de controle da decisão judicial por um jurisdicionado participativo faz parte da democracia que se pretende imprimir à atividade jurisdicional, pois uma decisão ininteligível veda o acesso efetivo à justiça em todos os seus escopos.

O inciso III — “invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão” — também se refere ao acesso à justiça sob o enfoque da linguagem empregada. Uma frase, período, ou redação solta que não se conecte com a lide apresentada, aqui, a alteração legislativa também é desnecessária e, portanto, não tem razão de existir dentro de uma narrativa que vise explicar para as partes como o magistrado chegou à determinada conclusão. Esse argumento sempre esteve presente nas nulidades das sentenças, assim declaradas em juízo revisional, não constituindo propriamente uma novidade do meio jurídico pátrio.

No caso do texto inserido nos incisos V e VI, é necessário realizar um esclarecimento. Segundo o sistema pátrio, que tem por ápice piramidal a Constituição da República de 1988, apenas as Súmulas Vinculantes publicadas pelo

Supremo Tribunal Federal têm força normativa (art. 103-A)⁽³⁷⁾, as demais súmulas, pacificação de uma interpretação fixada em jurisprudência sedimentada de um determinado tribunal, representam a tentativa de ensinar uma relativa segurança jurídica quanto à interpretação; e a jurisprudência, decisões uniformes e constantes dos tribunais⁽³⁸⁾, são seguidas facultativamente pelos magistrados em razão da tentativa se evitar a chamada falsa expectativa de direito, uma vez que, em sede de recurso, havendo, o tribunal terá uma posição formada a respeito do assunto. No entanto, a jurisprudência e as súmulas ordinárias não impedem que o magistrado opte por outra fundamentação jurídica distinta daquela gravada em súmulas regionais ou na jurisprudência, o que também contribui para a renovação das decisões, oxigenando o Direito. Portanto, a crítica que se faz à redação dos incisos V e VI é que a obrigatoriedade propriamente dita apenas pode ser realizada quanto ao instituto das súmulas vinculantes do art. 103-A da Constituição da República, e não quanto à adoção das demais súmulas e jurisprudência.

Quanto à redação impressa no inciso IV — “*não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*” —, houve cizânia nos debates em redes sociais, palestras e sites jurídicos⁽³⁹⁾ confluindo para dois tipos de interpretação do texto. O primeiro, de que o magistrado estaria obrigado a enfrentar

(36) MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura no novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coords.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 83-84.

(37) Por todos, JEVEAUX, GEovany Cardoso; PEPINO, Elza Maria Lopes Seco Ferreira. *Comentários às súmulas vinculantes*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

(38) DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*: introdução à teoria geral do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica, norma jurídica e aplicação do direito. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 312.

(39) Cf. FACEBOOK. *Novo código de processo civil*. Disponível em: <<https://www.facebook.com/NOVOCPCCODIGODEPROCESSOCIVIL?fref=ts>> Acesso em: fev. 2015. IBDP. Instituto Brasileiro de Direito Processual. *Novo CPC*. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-8>> Acesso: fev. 2015.

qualquer argumento expresso pelas partes, e o segundo, de que a expressão “capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada” nada mudaria na forma de se fundamentar as sentenças. O fato é que a celeuma teve origem nos julgados divergentes da Corte Suprema sobre o alcance do art. 93, IX, da Constituição da República de 1988 – AI n. 797.581/PB-AgRg *versus* HC n. 83.073.

Assim, se os argumentos apresentados, puderem ser considerados para influenciar na decisão, serão utilizados na construção da tese exposta pelo magistrado. Porém, se eles não forem coerentes com essa construção, o que a redação pretende é que o magistrado diga expressamente que não o são e o porquê. Meras alegações que não tenham o condão de influenciar a formação da convicção do magistrado não merecem ser debatidas, conforme a redação. E, nesse ínterim, o legislador ordinário nada dispôs sobre os argumentos não deduzidos pelas partes. Esses continuam sendo de livre acesso ao magistrado por força de uma tradição histórica na construção do argumento jurídico pátrio, que também deve ser considerada⁽⁴⁰⁾.

O inciso IV ficou por último porque deve ser analisado juntamente com o § 2º da redação proposta pelo projeto sobre os elementos da sentença. A posição que defende a desnecessidade de motivação quanto aos argumentos apresentados pelas partes que não se enquadram na construção da tese escolhida pelo magistrado, nos parece mais adequado ao controle da decisão no estado democrático de Direito, em que se busca o acesso à Justiça por uma linguagem inteligível ao interlocutor leigo — a parte —, considerando a existência de um processo que respeite a colaboração e influência do jurisdicionado, por meio do contraditório e da ampla defesa que ocorreram desde o ajuizamento até o fim da instrução processual, proporcionando a celeridade (art.

5º, LXXVIII, da CF) e efetividade processual. Esses são os elementos que proporcionarão o melhor controle da decisão do magistrado, pois as meras alegações inadequadas à tese adotada, às premissas do silogismo construído, rebatidas à exaustão, farão com que o magistrado mais se preocupe com o porquê de não aplicar essa ou aquela tese defendida pelo autor ou pelo réu, do que efetivamente em trabalhar seus argumentos jurídicos para que a parte possa compreendê-los em sua integralidade.

Nesse sentido, vale a pena conferir a crítica realizada ao modo de solução para os chamados “casos fáceis”:

[...] Temos, nesta discussão, outro exemplo de um problema frequentemente encontrado no presente livro, que agora poderíamos chamar de problema do caso fácil. Temos voltado nossa atenção principalmente para os casos difíceis, quando os juristas discordam sobre se uma proposição apresentada como o sentido de uma lei é verdadeira ou falsa. Às vezes, porém, as questões de direito são muito fáceis para os juristas, e mesmo para os leigos. É “óbvio” que o limite de velocidade em Connecticut é de 88 quilômetros por hora, e que os ingleses têm o dever legal de pagar pela comida que pedem em um restaurante. A não ser em circunstâncias muito incomuns, isso é realmente óbvio. Um crítico poderia, então, ver-se tentado a dizer que a complexa descrição que fizemos do raciocínio judicial sob o direito como integridade só é aplicável aos casos difíceis. Poderia acrescentar que seria absurdo aplicar o método a casos fáceis — nenhum juiz precisa considerar questões de adequação e de moral política para decidir se alguém deve pagar sua conta telefônica — e então declarar que, além de sua teoria sobre os casos difíceis, Hércules precisa de uma teoria sobre quando os casos são difíceis, para saber quando seu complexo método para os casos difíceis é ou não apropriado.⁽⁴¹⁾

(40) DORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p. 416 e ss.

(41) *Ibidem*, p. 422-423.

Observando a redação do § 2º, é exatamente nesse problema que o Judiciário Brasileiro chegará depois da sanção do Projeto n. 166/2010, que foi convertido na Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015: quando um caso é difícil a ponto de exigir toda essa argumentação jurídica, capaz de nulificar uma decisão e quando o caso não o é.

Como se pode verificar a redação desse segundo parágrafo traz o enunciado “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”, ou seja, é a típica argumentação jurídica proposta por Robert Alexy⁽⁴²⁾ para os casos difíceis, com explicitação das premissas adotadas e formulação de propostas para colisão de direitos fundamentais entre si, e princípios reciprocamente considerados, pois a colisão de regras é solucionada com a validade ou invalidade de uma delas segundo critérios de hierarquia ou especialidade, *v. g.*, já conhecidos e de ampla aplicação na história do Direito pátrio. O grande problema ocorre nos chamados *hard cases*, onde há um conflito de princípios, ou no conflito entre normas fundamentais, o que, em regra, é resolvido por meio da ponderação, expressa na teoria da argumentação, manejada pelas Cortes de Controle de Constitucionalidade, no caso brasileiro, pelo Supremo Tribunal Federal.

As questões que refletem um conflito de normas capaz de atrair o § 2º da redação proposta no primeiro grau de jurisdição, na sistemática do direito constitucional processual pátrio são incidentais ou prejudiciais, e, portanto, vão influenciar apenas as partes envolvidas na demanda, não fazendo coisa julgada, salvo a pedido da parte (art. 470 do CPC vigente), e nesse caso apenas entre os

demandantes. No Projeto n. 166/2010, convertido no art. 489 do CPC/2015, a questão vem disposta da seguinte forma:

A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I – dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.⁽⁴³⁾

Ou seja, a alteração quanto às questões prejudiciais ocorreram para elucidar os casos em que as mesmas farão coisa julgada, destacando a preocupação com a limitação da prova, o que por si só, desde a promulgação da Constituição da República de 1988 já ensejaria nulidade à decisão por cerceamento de defesa (art. 5º, LV).

E para os casos em que a questão prejudicial, incidentalmente proposta versar sobre um conflito de princípios ou de direitos fundamentais, haverá um caso difícil que será solucionado conforme o § 2º da redação disposta sobre os elementos da sentença, ainda que essa decisão produzida faça coisa julgada apenas entre os demandantes originários.

O último parágrafo dispõe apenas sobre a necessidade de análise conjunta da decisão, pois toda decisão judicial pressupõe a boa-fé, não constituindo problemática jurídica a nova redação, pois apenas explicita o que já vem sendo realizado na prática.

(42) Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

(43) MIGALHAS. Sanção do novo CPC pode ficar para março. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/12/art20141217-02.pdf>> Acesso em: fev. 2015.

3. Considerações finais

O dever de motivação das decisões judiciais tem suas raízes no Iluminismo, em contraponto ao Direito Medieval que inexigia essa prática, alçando caráter de direito humano e fundamental, como uma conquista histórica e social, que reflete o anseio que cada indivíduo tem de compreender as premissas que confluíram para uma determinada decisão.

No Brasil, o início do movimento processual no sentido da exigência da motivação remonta ao Regulamento n. 737, de 1850, estando presente nas codificações estaduais, no Código de Processo Civil de 1939, e mais ainda no de 1973. Contudo, a motivação dos atos judiciais foi constitucionalizado expressamente como direito fundamental em 1988, art. 93.

A partir da Constituição Cidadã, toda legislação civil sofreu uma mutação para adequar-se ao Processo Constitucional e aos novos anseios de uma sociedade democrática e plural. Esse movimento não foi sentido apenas no Brasil, mas em diversos países do mundo.

Para melhor adequar-se ao crescimento da população mundial e sua atual complexidade diante dos bens jurídicos finitos e do aumento da conflituosidade, a filosofia do direito vem tentando desenvolver teorias para uma maior adequação da atividade jurisdicional a essa nova realidade.

A influência dos jusfilósofos contemporâneos é sentida em todas as alterações legislativas, pois o atual conceito de processo formulado como um espaço público de discussão para a realização dos direitos fundamentais, com efetiva participação dos atores processuais, sob a maestria de um judiciário mais sensível e próximo dos efetivos problemas sociais, tem exigido uma maior qualificação na fundamentação das decisões judiciais.

Ao mesmo tempo, há a exigência de que esse processo tenha uma duração razoável, ou seja, que a resposta seja proferida em tempo hábil para pacificar o conflito proposto, sob pena de acirrará-lo ou mesmo de significar uma

não resposta. Por isso, é necessário observar o equilíbrio entre uma decisão de qualidade e a duração razoável do processo.

Uma decisão extremamente analítica e afastada da sociedade, proposta pela nova legislação que está sendo submetida à sanção presidencial, não atenderá ao projeto constitucional brasileiro, pois ao invés de melhorar o ato motivacional da atividade jurisdicional, o legislador pode criar um grave problema para a sociedade, uma vez que o excesso de justificativa quanto aos argumentos apresentados pelas partes — incluindo os rechaçados pelos magistrados —, a explicação minuciosa sobre a não adoção de súmulas e julgados que não têm caráter vinculante, agregados à exigência de uma ponderação analítica para toda e qualquer demanda, sem excluir os chamados casos fáceis, pode impedir o acesso social e efetivo à Justiça, não apenas pela sua linguagem, mas também pelo atraso das decisões em face do número de processos em contraposição ao número de magistrados por unidade de jurisdição.

Na práxis forense, o novo modelo proposto para a fundamentação das decisões judiciais poderá ensejar maior número de recursos, o que poderá implicar na insatisfação social ante uma resposta tardia e, por isso, desconectada do conflito, o que pode representar uma Justiça injusta.

É necessário que haja sempre a preocupação com a clara, objetiva e acessível justificação da decisão judicial, e não com o exaurimento do discurso proposto, requisito essencial de uma sentença ou acórdão, que deve primar pela rápida solução do conflito com qualidade e eficiência, requisitos sem os quais o Direito sucumbirá à falência social que já se verifica em diversos outros setores, permitindo o retorno ao caos, e quiçá à lei do mais forte.

4. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

ALVES, Rogério Pacheco. *As prerrogativas da administração pública nas ações coletivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Elaborando a Constituição nacional*: atas da subcomissão elaboradora do Projeto n. 1.932/1933. Org. Walter Costa Porto. Ed. Fac-similar. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes institucionais do juiz*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm> Acesso em: fev. 2015.

_____. Presidência da República. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/L13105.htm> Acesso em: mar. 2015.

_____. Presidência da República. *Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm> Acesso em: fev. 2015.

_____. Presidência da República. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm> Acesso em: fev. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI n. 351.384-AgRg, rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 26.2.2002, Segunda Turma, DJ de 22.3.2002. In: *A Constituição e o Supremo*. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=AYM_ZH evZMgC&pg=PT1069&lpg=PT1069&dq=A+CF+na%CC%83o+exige+que+o+aco%CC%81rda%CC%83o+se+pronuncie+sobre+todas+as+alegac%CC%A7o%CC%83es+deduzidas+pel as+partes.%E2%80%9D+%28HC+83.073&source=bl&ots=a0eoCRCKm7&sig=Sl7vN5i1lztJt3YnrXtA5p3gGM&hl=pt-BR&sa=X&ei=jTv8VliOL8HTggTxp4CgDA&ved=0CDQ6AEwBQ#v=onepage&q=A%20CF%20na%CC%83o%20exige%20que%20o%20aco%CC%81rda%CC%83o%20se%20pronuncie%20sobre%20todas%20as%20alegac%CC%A7o%CC%83es%20deduzidas%20>

pelas%20partes.%E2%80%9D%20(HC%2083.073&f=false> Acesso em: fev. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI n. 797.581/PB-AgRg, Primeira Turma, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 1º.2.2011. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:sa0-xC7ZVxIJ:www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp%3Fid%3D3009009%26tipoApp%3DRTF+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em: fev. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 83.073, Relator Ministro Nelson Jobim, julgamento em 17.6.2003, Segunda Turma, DJ de 20.2.2004. In: *A Constituição e o Supremo*. Disponível em: <[CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.](https://books.google.com.br/books?id=AYM_ZH evZMgC&pg=PT1069&lpg=PT1069&dq=A+CF+na%CC%83o+exige+que+o+aco%CC%81rda%CC%83o+se+pronuncie+sobre+todas+as+alegac%CC%A7o%CC%83es+deduzidas+pel as+partes.%E2%80%9D+%28HC+83.073&source=bl&ots=a0eoCRCKm7&sig=Sl7vN5i1lztJt3YnrXtA5p3gGM&hl=pt-BR&sa=X&ei=jTv8VliOL8HTggTxp4CgDA&ved=0CDQ6AEwBQ#v=onepage&q=A%20CF%20na%CC%83o%20exige%20que%20o%20aco%CC%81rda%CC%83o%20se%20pronuncie%20sobre%20todas%20as%20alegac%CC%A7o%CC%83es%20deduzidas%20 pelas%20partes.%E2%80%9D%20(HC%2083.073&f=false> Acesso em: fev. 2015.</p></div><div data-bbox=)

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual*. Trad. J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação dos direitos humanos*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*: introdução à teoria geral do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica, norma jurídica e aplicação do direito. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

- DORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- HENKENHOFF, João Batista. A cidadania no Brasil contemporâneo: o provo como construtor de sua própria história. In: *Direitos Humanos DHnet*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/livro2/brasil2.html#1>> Acesso em: fev. 2015.
- JEVEAUX, GEovany Cardoso; PEPINO, Elza Maria Lopes Seco Ferreira. *Comentários às súmulas vinculantes*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.
- LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana do Direito. *Revista de Filosofia da UFES*. Vitória, ano VII, n. 7, p. 175-200, jan./jun. 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: _____. *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Muniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura no novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coords.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MIGALHAS. Sanção do novo CPC pode ficar para março. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/12/art20141217-02.pdf>> Acesso em: fev. 2015.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat Barão de La Brède el de. *Do espírito das leis*. Trad. de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. s. ed. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1968.
- MORAES, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direitos humanos na negociação coletiva*. São Paulo: LTr, 2004.
- SÃO VICENTE, José Antônio Pimenta Bueno Marquês de. Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império. *Coleção Formadores do Brasil*. Org. e intr. Eduardo Kugelmas. São Paulo: Editora 34, 2002.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. de Francisco Ayala. s. ed. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1996.
- ZANETI JR., Hermes. Processo constitucional: relação entre processo e Constituição. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano XXXI, n. 94, p. 105-132, jun. 2004.

Adicional de periculosidade e armazenamento de inflamáveis (óleo diesel) para geradores. Por uma necessária releitura da Orientação Jurisprudencial n. 385 da SDI-I do Tribunal Superior do Trabalho

Walter Rosati Vegas Junior^(*)

Resumo:

- ▶ O artigo trata do adicional de periculosidade previsto no art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho com considerações sobre a origem, a natureza e as atuais perspectivas do instituto. A análise do tema avança pelo estudo das fontes normativas secundárias que tratam das atividades e operações perigosas que asseguram ao trabalhador a percepção do adicional de periculosidade, com especial enfoque para a questão do armazenamento de inflamáveis em tanques para geradores e para a necessidade de releitura da Orientação Jurisprudencial n. 385 da SDI-I do Tribunal Superior do Trabalho.

Palavras-chave:

- ▶ Adicional de periculosidade — Inflamáveis — Construção vertical — Bacia de segurança — Orientação Jurisprudencial n. 385.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Adicional de periculosidade. Natureza. Origem. Atuais perspectivas
- ▶ 3. NR-16 e NR-20. Adicional de periculosidade. Armazenamento de inflamáveis em tanques
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências bibliográficas

(*) Mestrando e Especialista em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região e ex-Procurador da Fazenda Nacional.

1. Introdução

No presente artigo, pretendemos abordar a polêmica questão do reconhecimento do direito ao adicional de periculosidade aos trabalhadores que se ativam em edificações verticais nas quais exista o armazenamento de inflamáveis para o abastecimento de geradores, apresentando a natureza e origem do adicional de periculosidade, com especial destaque para o histórico da regulamentação técnica, da jurisprudência e, ao final, apresentando o atual panorama normativo com uma análise crítica do tema e da atual redação da Orientação Jurisprudencial n. 385 da SDI-I do Tribunal Superior do Trabalho.

2. Adicional de periculosidade. Natureza. Origem. Atuais perspectivas

A onerosidade característica das relações de emprego enseja o direito ao obreiro ao recebimento de uma contraprestação remuneratória pelas atividades pactuadas como objeto de um contrato de trabalho.

Além do salário, que se constitui na contraprestação principal e habitual de um contrato de trabalho, podem existir por força de lei, norma coletiva ou do próprio contrato, parcelas que, embora também possuam natureza remuneratória, estão dotadas de características peculiares que as afastam tecnicamente do conceito de salário.

Para o objeto central do presente estudo, ganha relevo o estudo dos assim denominados adicionais, ou seja, parcelas contraprestativas devidas ao empregado e, normalmente, relacionadas ao exercício do trabalho em condições mais gravosas⁽¹⁾.

O adicional de periculosidade como espécie desta categoria encontra-se atualmente regulamentado no art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho⁽²⁾, sendo que sua positivação no

ordenamento pátrio remonta ao advento da Lei ordinária n. 2.573/1955 e do Decreto n. 40.119/1956 que a regulamentou.

Na origem, o referido adicional foi instituído em benefício de todos os trabalhadores que exerciam suas atividades em contato permanente com inflamáveis em condições de periculosidade, assim entendidos os riscos decorrentes do transporte, da carga e descarga de inflamáveis, do reabastecimento de aviões de caminhões-tanques e de postos de serviço, enchimento de latas e tambores, dos serviços de manutenção e operação em que o trabalhador se encontre sempre em contato com inflamáveis e, ainda, aqueles em recintos onde estes eram armazenados e manipulados (art. 2º da Lei n. 2.573/1955).

O Decreto n. 40.119/1956, ao regulamentar o instituto, também estabeleceu que os empregadores delimitariam, *ad referendum* da Divisão de Higiene e Segurança do Trabalho, do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, as áreas dos locais de trabalho considerados perigosos para fins de percepção do adicional (art. 6º).

Em 1965, o então Ministério do Trabalho e Previdência Social — MTPS editou a Portaria n. 608 estabelecendo novos parâmetros acerca de atividades em contato permanente com inflamáveis, sendo que tal ato normativo especificou as áreas nas quais se considerava que o trabalho era exercido em condições aptas à percepção do adicional de periculosidade.

Com o advento da Lei ordinária n. 6.514/1977 efetivou-se alteração em todo o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT que tratava da segurança e medicina

pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: (Redação dada pela Lei n. 12.740, de 2012) I – inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; (Incluído pela Lei n. 12.740, de 2012) II – roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. (Incluído pela Lei n. 12.740/12)

(1) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 766.

(2) Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada

do trabalho, sendo, a partir de tal data, expandido o direito à percepção do adicional de periculosidade também ao empregado que exercia atividade em contato permanente com explosivos e em condições de risco acentuado.

Em face de tal alteração promovida no bojo da própria CLT e depois de substancial trabalho desenvolvido por especialistas da Fundacentro em curto período de tempo⁽³⁾, o Ministério do Trabalho e do Emprego — MTE editou a Portaria n. 3.214/1978 com o objetivo de regulamentar em 28 (vinte e oito) normas específicas diversas questões relativas à segurança e medicina do trabalho.

A referida Portaria do MTE, especificamente em sua Norma Regulamentadora n. 16 (NR-16), passou desde 1978 a tratar especificamente de todas as atividades e operações perigosas e, ainda, se constituiu no principal marco normativo técnico da matéria, tendo em vista que fixa taxativamente quais são as áreas de risco em que a execução das atividades enseja a percepção do adicional de periculosidade pelo trabalhador⁽⁴⁾.

(3) Em fevereiro e março, se reúne grupo de trabalho com a participação de 19 profissionais das áreas técnicas da Fundacentro, sob coordenação de Clóvis Toiti Seki e com a colaboração de José Manuel O. Gana Soto, Clóvis Eduardo Meirelles e Geraldo Bueno Martha, para a elaboração das Normas Regulamentadoras (NRs) da Lei n. 6.514, de 22 de dezembro de 1977. As NRs são aprovadas pela Portaria n. 3.214 do Ministro do Trabalho Arnaldo da Costa Prieto em 08 de junho (DOU de 6.7.1978 — suplemento), condensando em único instrumento legal todas as normas disciplinadoras da segurança e medicina do trabalho de forma inteiramente distinta da usada no passado (Disponível em: <<http://www.fundacentro.gov.br/arquivos/projetos/grh/1978%2018.06.pdf>> Acesso em: 13 out. 2014).

(4) É importante ressaltar que a Portaria n. 518/2003 do Ministério do Trabalho e Emprego — MTE também se constitui atualmente em outro marco normativo técnico fixando as condições para percepção do adicional de periculosidade em caso de exposição à radiação ionizante. Embora ainda exista intensa controvérsia acerca da ilegalidade da Portaria ante os exatos limites do art. 193 da CLT, o Tribunal Superior do Trabalho fixou entendimento pela legalidade do ato normativo do MTE, consoante se depreende do entendimento consagrado na OJ n. 345 da SDI-I (ADICIONAL

Além das sucessivas alterações em tal marco normativo técnico, oportuno destacar que, nos últimos anos, verificou-se também uma clara expansão das condições, até então taxativas, para a percepção do adicional de periculosidade, porém, em claro desacordo com a origem histórica do instituto e por evidente opção política dos Poderes Legislativo e Executivo, como se verifica, por exemplo, da atual redação do art. 193 II da CLT, que alberga a concessão do benefício aos empregados que se expõem a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial⁽⁵⁾.

Tal opção política, embora tenha justificativa em legítimas demandas de determinadas categorias profissionais pela majoração de suas remunerações, acaba por concretizar aspecto negativo dos institutos do adicional de insalubridade e periculosidade que há muito tempo já era apontado por ilustres juslaboralistas, qual seja, o fato de que, ao se atribuir um caráter de majoração salarial ao instituto, ele acabe por monetizar o risco e ser, muitas vezes, desejado pelos empregados, razão pela qual tais condições de trabalho deixariam de ser necessariamente repelidas e modificadas pelos empregadores.

Nesse sentido, são de grande valia os ensinamentos do mestre A. F. Cesarino Júnior, quando destacava em relação ao adicional de insalubridade que:

DE PERICULOSIDADE. RADIAÇÃO IONIZANTE OU SUBSTÂNCIA RADIOATIVA. DEVIDO (DJ 22.6.2005) A exposição do empregado à radiação ionizante ou à substância radioativa enseja a percepção do adicional de periculosidade, pois a regulamentação ministerial (Portarias do Ministério do Trabalho ns. 3.393, de 17.12.1987, e 518, de 7.4.2003), ao reputar perigosa a atividade, reveste-se de plena eficácia, porquanto expedida por força de delegação legislativa contida no art. 200, *caput*, e inciso VI, da CLT. No período de 12.12.2002 a 6.4.2003, enquanto vigeu a Portaria n. 496 do Ministério do Trabalho, o empregado faz jus ao adicional de insalubridade).

(5) A Lei Ordinária n. 12.997/2014 acrescentou § 4º ao art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT para considerar perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta.

Parece-nos muito importante ressaltar esse caráter penal do adicional de insalubridade. Com efeito, se o interpretamos como remuneração, a consequência lógica — e que a prática também tem evidenciado — é a de que o empregador, havendo pago tal remuneração suplementar pelo risco corrido pelo empregado, se desinteressa em promover, de forma espontânea as necessárias medidas de higiene e segurança, somente o fazendo compulsoriamente. E o empregado, por sua vez, ávido de receber a majoração salarial, igualmente não se preocupa em exigir a efetivação daquelas medidas.⁽⁶⁾

Some-se a esse aspecto crítico a persistente prevalência individual da tutela processual dos direitos trabalhistas e o problemático sistema das perícias no âmbito do processo e da Justiça do Trabalho, que acabam muitas vezes contribuindo para uma indevida monetização do tema, conforme já tivemos oportunidade de destacar em outro estudo⁽⁷⁾.

Ultrapassadas essas questões, passaremos agora a tratar da problemática acerca da regulamentação técnica do adicional de periculosidade por contato permanente com inflamáveis e em razão do armazenamento em tanques, que se constitui em objeto central do presente estudo.

3. NR-16 e NR-20. Adicional de periculosidade. Armazenamento de Inflamáveis em tanques

Inicialmente, quanto a este tópico cumpre ressaltar que, na atualidade, a fonte normativa primária que assegura o direito ao adicional de periculosidade é o art. 193 da CLT, o qual estabelece a exigência de risco acentuado pela exposição permanente do trabalhador a

inflamáveis e fixa que tal atividade será regulamentada pelo Ministério do Trabalho.

A fonte normativa secundária é especificamente a NR-16 da Portaria n. 3.214/1978, a qual é a norma técnica por excelência e em seus itens 16.1 e 16.2 fixa que em tal capítulo é que se tratará das atividades e operações perigosas que asseguram ao trabalhador a percepção de adicional de 30% incidente sobre salário, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participação nos lucros da empresa.

Desse modo, evidente que é na supracitada NR-16 e em seus anexos que estarão fixados os parâmetros exatos em que o trabalho será considerado de risco acentuado, seja pela atividade em si ou mesmo pela forma e local em que a operação daquela é realizada, não cabendo ao intérprete fazer ilações de risco acentuado fora das hipóteses fixadas naquele.

No caso da atividade de transporte de explosivos, por exemplo, a NR-16 estabelece claramente que todos os trabalhadores nesta atividade têm direito ao adicional de periculosidade, independentemente da localização da cabina do veículo ou mesmo do volume transportado.

É importante, ainda, que se fixe a premissa que em nenhum momento a NR-20, que se constitui em outro capítulo da Portaria n. 3.214/1978 e trata de segurança e saúde no trabalho com inflamáveis e combustíveis, pode ser considerada como a fonte primária ou mesmo secundária do adicional de periculosidade em si, mas sim como mera referência técnica para o adequado tratamento das duas questões acima citadas (segurança e saúde).

No que concerne especificamente ao objeto central do presente estudo, necessário se faz lembrar que, já no art. 4º da Portaria n. 608/1965, a qual foi a precursora da atual NR-16, restou expressamente fixado que, para os tanques de inflamáveis líquidos, seria considerada apenas a bacia de segurança como área de trabalho em condições de periculosidade, sendo que, para os tanques elevados, foi

(6) JÚNIOR, A. F. Cesarino. *Direito Social*. São Paulo: LTr, 1980. p. 265.

(7) VEGAS JÚNIOR, Walter Rosati. Aspectos práticos da prova pericial no âmbito do processo do trabalho. *LTr — Suplemento Trabalhista*, São Paulo, ano 47, n. 73, p. 378, 2011.

estabelecida a área de 3 (três) metros de raio com centro nos pontos de vazamento eventual.

O Anexo 2 da atual redação da NR-16 contém regra praticamente idêntica à da norma administrativa que lhe antecedeu, pois também estabelece que se entendem como em condições de risco acentuado quaisquer atividades executadas dentro da bacia de segurança dos tanques, quando se tratar de local com armazenagem de inflamáveis líquidos, em tanques ou vasilhames.

A ainda atual polêmica acerca do armazenamento de inflamáveis para geradores surge basicamente dos conceitos técnicos fixados para tanques e vasilhames, bem como dos limites de armazenamento daqueles em cada um destes objetos.

Como a NR-16 não trata especificamente em seu glossário do conceito técnico de líquidos inflamáveis, de tanques e mesmo de vasilhames, fazendo inclusive menção expressa que, para os efeitos do adicional de periculosidade, aqueles conceitos estão definidos na NR-20, esta última passou a ser a norma utilizada como parâmetro para a devida conceituação técnica daqueles termos.

A NR-20 define que “líquido inflamável” é o que possui ponto de fulgor inferior a 60 °C (sessenta graus centígrados) e que “líquido combustível” é aquele que possua ponto de fulgor igual ou superior a 70 °C (setenta graus centígrados) e inferior a 93,3 °C (noventa e três graus e três décimos de graus centígrados) (itens 20.3.1 e 20.3.3).

Tuffi Messias Saliba e Márcia Angelim Chaves Corrêa asseveram, em interessante obra sobre aspectos técnicos e práticos da insalubridade e periculosidade, que o primeiro pressuposto para a configuração da periculosidade é conhecer o ponto de fulgor da substância, ressaltando que, em algumas hipóteses de armazenamento de líquido combustível, sequer seria possível o enquadramento técnico pela concessão do adicional de periculosidade

aos empregados, ante os estritos termos da NR-16⁽⁸⁾.

No caso dos geradores utilizados em edifícios residenciais e comerciais, o abastecimento se dá comumente pela utilização de óleo diesel, o qual possui ponto de fulgor em torno de 38 °C⁽⁹⁾ e, por conseguinte, é classificado como inflamável, nos termos da Norma Regulamentadora n. 20 do MTE.

Quanto ao armazenamento de líquidos inflamáveis, dispunha a redação da NR-20 anterior a 29 de fevereiro de 2012, em seus itens 20.2.7 e 20.2.13, que “os tanques para armazenamento de líquidos inflamáveis somente poderão ser instalados no interior de edifícios sob a forma de tanques enterrados”, sendo que “o armazenamento de líquidos inflamáveis dentro do edifício só poderá ser feito com recipientes cuja capacidade máxima seja de 250 (duzentos e cinquenta) litros por recipiente”.

Portanto, ante os limites técnicos, todos os tanques contendo líquidos inflamáveis no interior de edifícios apenas poderiam ser instalados “sob a forma de tanques enterrados”, ou seja, deveriam ser colocados “debaixo da terra”, e não serem instalados de forma elevada no interior dos edifícios, normalmente nos subsolos.

Em face de tal limitação técnica, ou seja, considerando que a NR-20 apenas permitia que fossem considerados como tanques aqueles efetivamente enterrados, grande parte dos engenheiros e demais técnicos responsáveis pela análise das condições de periculosidade no âmbito de perícias judiciais passou a estabelecer que todos os tanques não enterrados deveriam ser enquadrados como vasilhames do ponto de vista técnico⁽¹⁰⁾.

(8) SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. *Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 156.

(9) Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ponto_de_fulgor> Acesso em: 11 nov. 2014.

(10) O dicionário Houaiss fixa que se deve entender por vasilhame o “recipiente para armazenar líquidos ou sólidos”. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=vasilhame>> Acesso em: 31 out. 2014.

Não obstante o armazenamento do inflamável necessário ao abastecimento de um gerador dentro do subsolo do edifício fosse realizado, de fato, em um tanque vedado, que notoriamente era diferente de um singelo vasilhame do ponto de vista de qualquer cidadão comum, tecnicamente alguns especialistas passaram a considerar que aquele deveria ser enquadrado como vasilhame ou recipiente⁽¹¹⁾.

Desse modo, e em face do que estabelecia a disposição contida no item 20.2.13 supracitado, a existência nas edificações verticais de qualquer “tanque” não enterrado armazenando óleo diesel em limite superior a 250 (duzentos e cinquenta) litros ensejaria o descumprimento da NR-20.

Dentro da premissa adotada no presente estudo, em especial ante os exatos limites das fontes normativas primária e secundária do adicional de periculosidade, tal fato não deveria acarretar, por si só, o reconhecimento ao direito à percepção do adicional de periculosidade pelo empregado.

O fundamento para tal conclusão era basicamente uma interpretação subjetiva de risco acentuado e a disposição técnica contida na NR-16 no sentido que, na atividade de armazenamento de vasilhames que contenham inflamáveis líquidos em recinto fechado, a área de risco para fins de percepção do adicional de periculosidade seria toda a área interna do recinto e não apenas a bacia de segurança.

Antonio Carlos Vendrame, em artigo publicado no ano de 2005, já advertia acerca do erro de tal enquadramento técnico no sentido da extensão do adicional de periculosidade para todos os trabalhadores que se ativam em pavimentos distintos do recinto de armazenamento, destacando que:

Seria até razoável caracterizar a periculosidade por inflamáveis para aqueles trabalhadores

que tenham ingressado no recinto onde se encontram os ditos tanques, ainda que a legislação estabeleça como área de risco somente a bacia de segurança do tanque. Ocorre que os profissionais têm justificado seu pretensão enquadramento com base na letra “s” do item 3 do anexo 2 da NR-16, que trata especificamente de vasilhames e não tanques. Tanques são equipamentos estacionários, ao contrário de vasilhames que podem ser movimentados, daí a legislação estabelecer enquadramentos distintos para ambos. Uma vez que o tanque é estacionário, a área de risco está restrita à bacia de segurança; no caso dos vasilhames, como são movimentáveis, a área de risco propaga-se por todo o recinto interno. Aliás, compreenda-se como recinto interno o espaço delimitado por paredes, piso e teto. Os enquadramentos realizados consideram os edifícios como um único recinto, de forma a validar a periculosidade em todos os seus andares, independentemente dos tanques estarem no térreo ou subsolo e o trabalhador prestar seu labor, por exemplo, no 20º andar! Na realidade, é um desatino considerar um edifício, em sua totalidade, como único recinto fechado; pior, ainda, é utilizar a justificativa de que o edifício está interligado internamente por escadas, elevadores, corredores e portas. Ora, será que existe algum prédio cujos andares não sejam interligados por escadas, elevadores, corredores e portas? Tal modelo de prédio é surreal, pois todos os andares seriam totalmente fechados (uma vez que não possuiria escadas, elevadores, corredores ou portas), impedindo, inclusive, o acesso de pessoas.⁽¹²⁾

A polêmica em discussão chegou inclusive ao Tribunal Superior do Trabalho, que, diante de tal, pacificou em junho de 2010 o tema no

(11) O próprio glossário existente já na redação originária da NR-16 conceitua recipiente como qualquer elemento de contenção, com quaisquer meios de fechamento, destinados a receber e conter líquidos inflamáveis, dando como exemplos latas e garrafas.

(12) VENDRAME, Antonio Carlos. O reiterado erro que pode se tornar jurisprudência. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, ano 29, n. 292, p. 192, mar. 2005.

sentido de que o adicional de periculosidade seria devido a todos aqueles que trabalham em construção vertical em que ocorre armazenamento de líquido inflamável acima do limite legal, como se depreende do entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial n. 385 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais — SDI-I⁽¹³⁾.

Um dos principais precedentes que ensejou a edição de tal orientação jurisprudencial foi a decisão de relatoria do então Ministro Carlos Alberto Reis de Paula proferida em 18.6.2007 pela SDI-I nos autos do Processo n. 2012/2001-074-02-00.3, a qual, ao analisar o cerne da questão, firmou as seguintes premissas:

Ora, se a NR-16, editada pelo Ministério do Trabalho, alude a toda área interna do recinto, por certo que os especialistas do Ministério do Trabalho visaram a proteger o maior número de pessoas que circulassem no ambiente de trabalho tido como perigoso.

Ademais, tratando-se de edifício que possui construção vertical, não se sabe se a laje de separação de andares é suficiente para isolar o dano decorrente de virtual explosão.

Assim, ainda que o Reclamante trabalhe fora da área onde se encontravam os reservatórios de óleo diesel, faz jus ao adicional de periculosidade, haja vista trabalhar dentro de edifício onde estavam instalados os tanques contendo líquido inflamável.⁽¹⁴⁾

(13) OJ-SDI1-385. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. DEVIDO. ARMAZENAMENTO DE LÍQUIDO INFLAMÁVEL NO PRÉDIO. CONSTRUÇÃO VERTICAL. (DEJT divulgado em 9, 10 e 11.6.2010) É devido o pagamento do adicional de periculosidade ao empregado que desenvolve suas atividades em edifício (construção vertical), seja em pavimento igual ou distinto daquele onde estão instalados tanques para armazenamento de líquido inflamável, em quantidade acima do limite legal, considerando-se como área de risco toda a área interna da construção vertical.

(14) Disponível em: <[http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?d=BLNK&s1=385&s2=bddi.base.&pg1=NUMS&u=http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/brs/npit/npitgen_un_pix.html&p=1&r=1&f=L3;1;\('4217214'.NIA.\);all;BLNK&l=0](http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?d=BLNK&s1=385&s2=bddi.base.&pg1=NUMS&u=http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/brs/npit/npitgen_un_pix.html&p=1&r=1&f=L3;1;('4217214'.NIA.);all;BLNK&l=0)> Acesso em: 11 nov. 2014.

Não obstante atualmente inexista no ordenamento jurídico pátrio efeito vinculante em relação ao entendimento firmado em tais orientações jurisprudenciais⁽¹⁵⁾, não se pode desconsiderar que o posicionamento firmado por órgão de cúpula acaba por influenciar substancialmente as decisões judiciais que analisam idêntica questão a partir do momento de edição do precedente.

Tuffi Messias Saliba e Márcia Angelim Chaves Corrêa também apresentam contundente crítica ao entendimento consagrado na OJ n. 385 da SDI-I:

Esse entendimento, com todo o respeito aos juízes do TST, a nosso ver, é equivocado e carece de embasamento científico sobre os riscos de armazenamento de óleo diesel (líquido inflamável) instalado na garagem de um prédio para alimentar, por exemplo, um gerador de emergência. O 10º andar é área considerada de risco, no entanto, a probabilidade de risco da integridade física de um indivíduo, que trabalha nesse local, é ínfima em caso de acidente.⁽¹⁶⁾

Especialmente depois da edição do supracitado entendimento jurisprudencial no ano de 2010 e, ainda, diante da permanência da limitação técnica dos itens 20.2.7 e 20.2.13 da NR-20 do MTE, aumentaram de forma substancial as demandas versando sobre adicional de periculosidade em relação aos empregados que se ativavam em pavimentos acima do subsolo nas construções verticais dotadas de geradores.

(15) O art. 521 do atual texto do projeto de lei do novo Código de Processo Civil fixa que, para dar efetividade aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=5e513900c9435148931ae6646f9455fa>> Acesso em: 11 nov. 2014.

(16) SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. *Insalubridade e periculosidade*: aspectos técnicos e práticos. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 162.

Aliado a tal aumento exponencial de demandas com idêntica tese e ao deferimento instantâneo de perícias técnicas sem sequer um prévio interrogatório e análise dos limites técnicos do tema e das provas já existentes nos autos, verificou-se, por conseguinte, uma proliferação de perícias analisando questões relativas a idêntico período, função e local de trabalho.

Não obstante o juiz não esteja vinculado às conclusões do laudo pericial por força de previsão expressa no art. 436 do atual Código de Processo Civil — CPC⁽¹⁷⁾ e funcione consoante a doutrina processualista como o perito dos peritos⁽¹⁸⁾, não há dúvidas de que soa, no mínimo, paradoxal a nomeação pelo juiz de um técnico para funcionar como seu auxiliar para, em seguida, a conclusão do laudo deste ser desqualificada pelo mesmo juiz ao prolatar a sentença.

Todo o arcabouço processual parte da premissa racionalmente adequada de que do juiz não se deveria exigir o conhecimento científico alheio à sua formação jurídica, sendo que em, tais ocasiões, nomearia um técnico de sua confiança e com aptidão para apresentar parecer conclusivo sobre o tema técnico controvertido nos autos.

De qualquer sorte, entre o mundo ideal e o mundo real das lides trabalhistas há uma imensa distância, não sendo raras as situações em que o magistrado se depara com uma ou mesmo duas perícias em um mesmo processo com enquadramentos técnicos contraditórios e muitas vezes em total desacordo com os limites da NR-16.

Como a devida interpretação dos limites regulamentares do ato normativo que trata do adicional de periculosidade se constitui, em sua maior parte, em matéria eminentemente

jurídica, ou seja, por meio do devido enquadramento da situação fática à norma que fixa as condições de risco acentuado aptas ao reconhecimento do adicional de periculosidade, evidente que, para além do que prevê o art. 436 do CPC, cabe ao juiz efetivar um cotejo substancial das conclusões de seu auxiliar com os exatos limites das normas supracitadas.

Até mesmo partindo-se da premissa equivocada acima fixada de enquadramento de tanques não enterrados como vasilhames ou recipientes, já se verificava claramente da redação original da NR-20 do Ministério do Trabalho e Emprego — MTE, em especial de seu item 20.2.13, que o armazenamento de líquido inflamável (óleo diesel) tinha por limite técnico o total de 250 (duzentos e cinquenta) litros por recipiente, de modo que a existência no local de um ou mais tanques não enterrados com tal capacidade máxima não poderia ensejar o reconhecimento de armazenamento acima dos limites legais na forma do entendimento consagrado na OJ n. 385 da SDI-I do TST.

De qualquer forma, e a fim de sepultar a polêmica até então existente, o Ministério do Trabalho e Emprego — MTE editou a Portaria n. 308, em 29 de fevereiro de 2012, alterando em especial o item 20.17 da NR-20, que trata justamente dos tanques de líquidos inflamáveis no interior de edifícios:

20.17.1 Os tanques para armazenamento de líquidos inflamáveis somente poderão ser instalados no interior dos edifícios sob a forma de tanque enterrado e destinados somente a óleo diesel.

20.17.2 Excetuam-se da aplicação do item 20.17.1 os tanques de superfície que armazenem óleo diesel destinados à alimentação de motores utilizados para a geração de energia elétrica em situações de emergência ou para o funcionamento das bombas de pressurização da rede de água para combate a incêndios, nos casos em que seja comprovada a impossibilidade de instalá-lo enterrado ou fora da projeção horizontal do edifício.

Assim, inexistente na atualidade qualquer limitação de no máximo 250 (duzentos e cinquenta)

(17) Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

(18) SCHIAVI, Mauro. *Provas no processo do trabalho*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011. p. 161.

litros para armazenamento em cada tanque não enterrado, mas apenas o limite máximo de 3.000 (três mil) litros por tanque (item 20.17.2.1, “d”, da NR-16), o qual resta observado na maioria das edificações verticais que se utiliza de tais geradores.

Evidente também que, nas hipóteses em que inexistia o armazenamento de inflamáveis acima do limite regulamentar, não há como se falar em área de risco em toda a área interna da construção vertical, nos termos do anexo 2 da NR-16, mas apenas na assim denominada bacia de segurança.

Do contrário, se o mero armazenamento de inflamáveis líquidos em recinto fechado fosse suficiente para o enquadramento da condição de risco acentuado na forma do art. 193 da CLT, independentemente da quantidade e da observância dos limites legais, toda e qualquer atividade desempenhada em residências, por exemplo, seria considerada perigosa, o que sequer pode ser reputado razoável.

Ademais, a própria NR-16 é clara ao estabelecer que, por exemplo, as operações de transporte de pequenas quantidades de líquidos inflamáveis, ou seja, até o máximo de 200 (duzentos) litros, sequer são consideradas em condições de periculosidade (item 16.6), o que se constitui em mais um relevante indício de que também não é razoável que a mera existência de tanques no subsolo de edificações verticais até os exatos limites estabelecidos pela NR-20 seja suficiente para enquadrar a área de trabalho em um dos pavimentos acima do solo como de risco acentuado na forma do art. 193 da CLT.

O próprio conceito de recinto interno deve ser compreendido como sendo o espaço delimitado por paredes, piso e teto, e não na forma ampla veiculada no precedente jurisprudencial supratranscrito que deu origem à edição da OJ n. 385 da SDI-I do TST, pois a ilação no sentido de que a laje de separação de andares seria insuficiente para isolar o dano decorrente de virtual explosão não pode ser validamente

depreendida das normas técnicas do Ministério do Trabalho e Emprego — MTE.

O próprio Tribunal Superior do Trabalho editou recentemente a Súmula n. 447 fixando o entendimento no sentido de que “os tripulantes e demais empregados em serviços auxiliares de transporte aéreo que, no momento do abastecimento da aeronave, permanecem a bordo não têm direito ao adicional de periculosidade”, ou seja, afastando interpretação que extrapolava os exatos limites da norma técnica que trata do tema (Anexo 2, item 1, “c”, da NR-16 do MTE), de modo que soa também paradoxal que referido Tribunal de interpretação ampliativa em uma situação (armazenamento de inflamáveis) e restritiva em outra situação similar (abastecimento de aeronave).

Com base em todas as considerações acima explicitadas, também não se pode validamente concordar com a premissa de que, depois da alteração do item 20.17 da NR-20, caberia ao empregador comprovar em juízo a impossibilidade de instalar os tanques de forma enterrada ou fora da projeção horizontal do edifício⁽¹⁹⁾, sob pena de ser considerada toda a área deste como de risco acentuado para fins de percepção do adicional de periculosidade, em claro desvirtuamento da norma.

Tal conclusão decorre da singela premissa de que, mesmo diante do armazenamento de inflamáveis de forma tecnicamente inadequada para os fins da NR-20, não se pode esquecer de que o direito ao adicional de periculosidade pressupõe o labor em condições de risco acentuado dentro das áreas devidamente regulamentadas pelo Ministério do Trabalho e do Emprego na NR-16.

A eventual não observância dos exatos limites da NR-20 poderia e deveria acarretar

(19) Adicional de periculosidade. NR-20. Tanques enterrados. Os tanques para armazenamento de combustível em edifícios devem ser enterrados (regra). A exceção do item 20.17.2 da NR-20 é aplicável apenas à hipótese de se comprovar a impossibilidade de serem enterrados ou fora da projeção horizontal. (TRT 2ª Região. 6ª Turma. Acórdão n. 20140756331. Rel. Ricardo Apostólico Silva. Publicado em 10.9.2014.)

inclusive a apuração administrativa de eventuais infrações por parte da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego — SRTE, ensejando, em situações extremas, a interdição do estabelecimento na forma do que prevê o art. 161 da CLT, mas tecnicamente não será considerada como hipótese apta à percepção do adicional de periculosidade para todos os que se ativam de forma habitual fora da bacia de segurança e do recinto em que estão situados os supracitados tanques de armazenamento de inflamáveis.

4. Considerações finais

Pelo presente estudo, analisamos, inicialmente, a natureza do adicional de periculosidade demonstrando que, de uma originária previsão de concessão de tal benefício remuneratório aos que se ativam em condições de risco acentuado exclusivamente com inflamáveis, a atual normatização do tema no ordenamento jurídico pátrio expandiu o direito à percepção do adicional de periculosidade para situações em claro desacordo com a origem histórica e finalidade do instituto.

Destacamos, também, que a fonte normativa primária do adicional de periculosidade na atualidade permanece sendo o art. 193 da CLT, de modo que em relação aos inflamáveis a norma técnica principal e fonte normativa secundária é especificamente a NR-16 da Portaria n. 3.214/1978 editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego — MTE, não se podendo conceber como legítimas ilações de risco acentuado fora das hipóteses taxativamente fixadas nesta última norma técnica e com base em alegada inobservância de outras Normas Regulamentadoras.

A ainda polêmica questão do adicional de periculosidade aos trabalhadores que se ativam em edificações verticais surge, inicialmente, de uma aparente contradição da conceituação técnica de tanques e vasilhames, a qual ensejou interpretação ampliativa e inadequada dos exatos limites do Anexo 2 da NR-16 em diversos

laudos técnicos, especialmente no âmbito de perícias judiciais.

O próprio conceito de recinto interno deve ser compreendido como sendo o espaço delimitado por paredes, piso e teto, pois a ilação no sentido de que a laje de separação de andares seria insuficiente para isolar o dano decorrente de virtual explosão não pode ser validamente depreendida da NR-16 do Ministério do Trabalho e Emprego — MTE.

O equívoco interpretativo da norma técnica foi de fato albergado pela jurisprudência pátria e culminou com a fixação de precedente jurisprudencial em 2010 no sentido de que o adicional de periculosidade seria devido a todos aqueles que trabalhassem em construção vertical em que ocorresse armazenamento de líquido inflamável acima do limite legal, como se depreende do entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial n. 385 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais — SDI-I.

Em 2012, a fim de evitar a consumação de tal equívoco interpretativo e sanar a aparente contradição da conceituação técnica de tanques e vasilhames, o Ministério do Trabalho e Emprego editou a Portaria n. 308, em 29 de fevereiro de 2012, alterando, em especial, o item 20.17 da NR-20 que trata justamente dos tanques de líquidos inflamáveis no interior de edifícios, passando a permitir a existência de tanques não enterrados.

Inexiste, na atualidade, qualquer limitação de no máximo 250 (duzentos e cinquenta) litros para armazenamento em cada um dos tanques de inflamáveis não enterrados em edificações verticais, mas apenas o limite máximo de 3.000 litros por tanque de superfície que armazene óleo diesel destinado à alimentação de motores utilizados para a geração de energia elétrica, o que afasta expressamente a possibilidade de equiparação e enquadramento técnico de tais tanques não enterrados como vasilhames ou recipientes.

Assim, ainda que se cogite da aplicação do precedente jurisprudencial acima citado,

evidente que, nas hipóteses em que inexistia o armazenamento de inflamáveis acima do limite regulamentar (NR-20), não há como se falar em área de risco em toda a área interna da construção vertical, nos termos do Anexo 2 da NR-16 (letra “s” do item 3), mas apenas na assim denominada bacia de segurança, de modo que não há amparo legal para a concessão de adicional de periculosidade aos que se ativam em pavimentos acima do subsolo nas construções verticais dotadas de geradores abastecidos por tais tanques.

Por fim, entendemos que a eventual não observância dos exatos limites da NR-20 se constitui em infração administrativa e não deve ser considerada como hipótese apta à percepção do adicional de periculosidade para todos os que se ativam de forma habitual fora da bacia de segurança e do recinto em que instalados os tanques para armazenamento de inflamáveis.

5. Referências bibliográficas

CESARINO JÚNIOR, A. F. *Direito Social*. São Paulo: LTr, 1980.

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

SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. *Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

SCHIAVI Mauro. *Provas no processo do trabalho*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Direito do Trabalho Aplicado, vol. 3: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. de Andrés de La Oliva Santos. 2. ed. Bogotá: Editorial Temis, 1999.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. trad. Jordi Ferrer Beltrán*. 3. ed. Madrid: Trotta, 2009.

VEGAS JÚNIOR, Walter Rosati. Aspectos práticos da prova pericial no âmbito do processo do trabalho. *LTr – Suplemento Trabalhista*, São Paulo, ano 47, n. 73, p. 377-384, 2011.

VENDRAME Antonio Carlos. O reiterado erro que pode se tornar jurisprudência. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, ano 29, n. 292, p. 192-93, mar. 2005.

O processo do trabalho e o novo Código de Processo Civil: critérios para uma leitura dialogada dos arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015

João Humberto Cesário^(*)

Resumo:

- ▶ O artigo busca estabelecer as bases dialógicas de convivência do art. 769 da CLT com o art. 15 do novo CPC. Para tanto, diferencia o processo comum do processo especializado, assentando, em síntese, que enquanto o primeiro tende à completude, o segundo possui apenas um núcleo duro que o caracteriza. Cumprida tal tarefa, identifica as características que dão vida à processualística laboral, que tomadas como um mínimo inegociável não poderão ser erodidas visando a preservação da sua autonomia científica. A partir de então, diferencia semanticamente os vocábulos “supletivo” e “subsidiário”, para, finalmente, demonstrar com exemplos práticos como o novo CPC será usado supletiva e subsidiariamente para a colmatação das lacunas do Processo do Trabalho.

Palavras-chave:

- ▶ Novo CPC — Diálogo entre o Processo do Trabalho e o Novo CPC.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O art. 15 do CPC/2015 revoga o art. 769 da CLT?
- ▶ 3. Os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015 na perspectiva jurídica do diálogo das fontes
- ▶ 4. Os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015: elementos para a compreensão das confluências e complementariedades
 - ▶ 4.1. Introdução
 - ▶ 4.2. Lacunas no direito: conceito e espécies
 - ▶ 4.3. O núcleo duro do processo do trabalho

(*) Juiz Titular de Vara no Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Mestre em Direito Agroambiental pela UFMT. Coordenador da Pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso. Professor convidado de

Teoria Geral do Processo, Direito Processual do Trabalho e Direito Ambiental do Trabalho na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (Enamat) e nas Escolas Judiciais dos TRTs da 5ª, 9ª, 18ª e 23ª Regiões.

- ▶ 4.4. Critérios para o diálogo entre os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015
 - ▶ 4.4.1. A colmatação de lacunas e a preservação da autonomia do processo do trabalho
 - ▶ 4.4.2 O processo do trabalho, o processo comum (civil e penal), as leis processuais extravagantes e os microssistemas processuais
 - ▶ 4.4.3. A aplicação supletiva e subsidiária do CPC/2015 ao processo do trabalho
- ▶ 5. Sínteses conclusivas
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

A aprovação de um novo código de direito é sempre um momento especial na vida em sociedade. Impõe-se, com ela, a tormentosa tarefa da transição, que implica no estudo e na compreensão dos seus paradigmas, com vistas ao estabelecimento das primeiras balizas que orientarão a comunidade jurídica na aplicação do novo diploma.

A empreitada dos processualistas civis é difícilíssima. Sem que se perca o fio condutor da tradição, essencial à estabilização da vida em sociedade, os estudiosos da matéria devem se debruçar sobre a Lei n. 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil, doravante chamado neste estudo de CPC/2015), para extrair dela as técnicas processuais que permitirão a eficiente prestação da jurisdição comum.

Ainda mais hercúlea será a atividade dos processualistas do trabalho, já que, além de compreenderem os elementos do CPC/2015, deverão promover o necessário diálogo dele com o Processo de Trabalho, almejando potencializar este último sem subtrair-lhe a essência.

A nossa primeira atribuição, nesse sentido, é a de pesquisar o significado e o alcance do art. 15 do CPC/2015, redigido nos seguintes termos:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Atentamente lido o antedito preceito, que nitidamente almeja enfrentar o aporético

assunto das lacunas processuais, pelo menos duas primeiras indagações vêm de imediato à cabeça dos juristas do mundo do trabalho.

A primeira delas é se o art. 15 do CPC/2015 revogaria o art. 769 da CLT. A segunda é qual o sentido que a doutrina e a jurisprudência deverão emprestar às expressões “supletiva” e “subsidiariamente”, tendo em conta o apotegma de que a lei não contém (ou pelo menos não deveria conter) palavras inúteis. Serão sobre essas e outras dúvidas que discorreremos adiante.

2. O art. 15 DO CPC/2015 revoga o art. 769 da CLT?

Como é por demais sabido, nos termos do art. 2º, §§ 1º e 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior, sendo certo que a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga nem modifica a lei anterior.

Deveras, percebe-se sem grande esforço, ainda que respeitado o paradigma positivista antes indicado (que, diga-se de passagem, já não consegue dar resposta a muitos dos imbróglios normativos contemporâneos), que o art. 15 do CPC/2015 não detém a (des)virtude de revogar o art. 769 da CLT.

Ocorre que a novel legislação processual civil não revoga expressamente a disposição celetista. Note-se que a inteligência do art. 1.046

do CPC/2015 dispõe que, ao entrar em vigor o novo Código (o que ocorrerá decorrido um ano da data de sua publicação oficial – art. 1.045 do CPC/2015), as suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada de um modo geral apenas a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (antigo CPC). Outrossim, nas ocasiões em que o CPC/2015 revoga preceitos legais específicos de outras leis, como o faz ilustrativamente no seu art. 1.072, em nenhum momento faz menção ao art. 769 da CLT.

Por outro lado, não é sequer razoável dizer que os arts. 15 do CPC/2015 e 769 da CLT seriam incompatíveis. Antes, eles possuem iniludível potencial dialógico, sendo capazes de coexistirem na perspectiva do mútuo adensamento das suas significações jurídicas, devendo ser descartado, justamente por isso, eventual posicionamento de que o novo preceptivo esgotaria a matéria tratada no antigo.

Sem que se parta desde já para argumentações mais sofisticadas, há de se constatar que o art. 15 do CPC/2015 é um regramento geral, previsto para a colmatação de lacunas dos processos eleitorais, trabalhistas e administrativos, ao passo o art. 769 da CLT é um ditame especial do Processo do Trabalho. Só isso basta para se ter a certeza de que, nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a disposição nova (art. 15 do CPC/2015) não revoga nem modifica a disposição anterior (art. 769 da CLT).

3. Os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015 na perspectiva jurídica do diálogo das fontes

Como visto anteriormente, ainda que encarado o problema do convívio entre os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015 pelos esquadros da modernidade jurídica, não se revela defensável o posicionamento de que o primeiro revogaria o segundo. Muito menos correto se mostra tal pensamento quando a aparente antinomia é pensada na perspectiva pós-moderna do diálogo das fontes.

Vale esclarecer que o método do diálogo das fontes foi originalmente construído na Alemanha pelo professor Herik Jayme (Universidade de Heidelberg), tendo sido introduzido no Brasil pelo magistério de Claudia Lima Marques (UFRGS) e desenvolvido no nosso país, entre outros, pelo professor Valerio de Oliveira Mazzuoli (UFMT), podendo ser sintetizado (se isto é possível) nos termos que adiante seguem, por via das palavras de Claudia Lima Marques:

“A bela expressão do mestre de Heidelberg é semiótica e autoexplicativa: *di-a-lo-gos*, duas ‘lógicas’, duas ‘leis’ a seguir e a coordenar um só encontro no ‘a’, uma ‘coerência’ necessariamente ‘a restaurar’ os valores deste sistema, desta ‘nov-a’ ordem das fontes, em que uma não mais ‘re-vo-ga’ a outra (o que seria um *mono-logo*, pois só uma lei ‘fala’), e, sim, dialogam ambas as fontes, em uma aplicação conjunta e harmoniosa guiada pelos valores constitucionais e, hoje, em especial, pela luz dos direitos humanos. (...)

Em seu Curso Geral de Haia de 1995, Erik Jayme ensinava que diante do ‘pluralismo pós-moderno’ de fontes legislativas, a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento jurídico é exigência de um sistema eficiente e justo. A expressão usada antigamente era a de conflitos de leis no tempo, ou direito intertemporal, a significar que, como havia ‘colisão’ entre os campos de aplicação dessas leis, por exemplo, uma lei anterior de 1990, como o Código de Defesa do Consumidor, ou de 2002, como o novo Código Civil brasileiro e uma posterior, como a lei sobre consórcio, a solução do ‘conflito’ seria a prevalência de uma e a consequente exclusão (ab-rogação, derrogação, revogação) da outra ou outras do sistema.

Nesta visão ‘perfeita’ e ‘moderna’ teríamos a ‘tese’ (lei antiga), a ‘antítese’ (lei nova) e a ‘síntese’ (revogação), a trazer clareza e certeza ao sistema. Os critérios para resolver

os conflitos de leis no tempo seriam três: anterioridade, especialidade e hierarquia, a priorizar-se a hierarquia. Erik Jayme alerta, porém, que os tempos pós-modernos não mais permitem este tipo de clareza e ‘monossolução’, sequer a hierarquia dessas leis é clara, mas apenas dos valores constitucionais. Nestes novos tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita e por fim pela convivência de leis com campo de aplicação diferentes, mas convergentes, em um mesmo sistema jurídico, plural, fluido, mutável e complexo. O grande mestre de Heidelberg propõe então uma segunda solução, a coordenação dessas fontes: da retirada do sistema (revogação) ou ‘monólogo’ de uma norma só à convivência das normas, ao ‘diálogo das fontes’.

Como afirmei, ‘diálogo’ em virtude das influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes pela fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo a opção por uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou a solução mais favorável ao mais fraco da relação.”⁽¹⁾

Atualmente, é mais que evidente que as relações sociais são complexas e até mesmo caóticas, não podendo ser explicadas e simplificadas esquematicamente. Muito ao contrário, a dinâmica da vida em sociedade é altamente intrincada, exigindo perspicácia e refinamento daqueles que buscam compreendê-la minimamente. Vale dizer que as soluções para os

dissensos demandam construções cada vez mais requintadas, criteriosamente elaboradas com o maior número possível de informações e variáveis.

O universo jurídico, naturalmente, não poderia passar imune a tamanha dinamização. Nesta perspectiva, não há como deixar de dizer que, no caso brasileiro, a Lei de Introdução, construída à sombra do positivismo estrito, já não consegue dar resposta adequada aos impasses normativos. Pensar as antinomias, tantos as reais quanto as aparentes, pelos critérios estreitos do seu art. 2º, é o mesmo que emprestar soluções analógicas a problemas digitais.

Abre-se lugar contemporaneamente ao método do diálogo das fontes que, ao rechaçar o monólogo legislativo, propicia a aplicação conjunta de duas ou mais normas que se ressignificam mutuamente à luz dos direitos humanos, sem que isso necessariamente subtraia a coerência jurídica sistêmica e a integridade do direito.

Não há como negar, neste contexto, que a combinação dialógica dos arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015 (e de outras disposições e microssistemas processuais, como adiante se verá), pensados ao encontro e não de encontro, realizada com cuidado e método científico, pode potencializar a instrumentalidade do Processo do Trabalho, sem nem de longe desnaturar a sua essência.

4. Os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015: elementos para a compreensão das confluências e complementariedades

4.1. Introdução

Estatui o art. 769 da CLT que “*nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título*” (referindo-se ao título X da CLT, que trata do Processo Judiciário do Trabalho).

(1) MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método na nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 27-28.

Do seu lado, como já anteriormente visto, o art. 15 no CPC/2015 estabelece que “*na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente*”.

Não se pode deixar de notar, de início, que ambos os dispositivos se preocupam com o difícil tema da colmatação das lacunas processuais. Um o faz com os olhos especialmente pousados no Processo do Trabalho (769 da CLT) e o outro genericamente nos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos (15 do CPC/2015). Para a adequada compreensão dos dois, com efeito, há que se identificar, primeiramente, o que significa juridicamente uma lacuna e quais são as suas principais espécies.

4.2. Lacunas no direito: conceito e espécies

Uma advertência se faz necessária ao início do presente tópico. O tema da colmatação das lacunas está situado entre os mais complexos que existem no direito. Não existe para ele uma resposta única, pronta, acabada e muito menos perfeita⁽²⁾. O seu esgotamento, de resto

inatingível, não pode de modo algum ser tido como o objetivo da presente exposição. As palavras que à frente serão alinhavadas, dessarte, se prestarão quando muito ao lineamento da matéria.

De um modo mais amplo, a doutrina até mesmo divaga sobre a existência ou não de lacunas no direito, já que no mínimo seria lícito supor que todas as possibilidades comportamentais estariam explícita ou implicitamente respaldadas ou repelidas pelo ordenamento jurídico. Sem que se despreze tal discussão (absolutamente pertinente no campo da filosofia jurídica), cuida-se de verdadeiro truismo a ocorrência de lacunas nos domínios do Processo do Trabalho.

Consoante esclarece a professora Maria Helena Diniz, “*a expressão lacuna concerne a um estado incompleto do sistema*”⁽³⁾, assim, as lacunas no direito podem ser vistas, pelo menos em termos pragmáticos, suficientes ao atingimento dos escopos do presente estudo, como a ausência de resposta clara e satisfatória para determinado problema jurídico.

Ainda com estribo no magistério de Maria Helena Diniz, as lacunas podem ser de pelo menos três espécies, denominadas como normativas, ontológicas e axiológicas. Valem citação, por oportunas, as palavras da aludida professora:

“É de se ver, portanto, que a teoria das lacunas não deve ser analisada sob uma consideração estática do direito, porque isso traz como consequência uma visão errônea do fenômeno. O direito deve ser considerado sob o prisma dinâmico, em constante mutação, sendo, assim, lacunoso no nosso entendimento.

Três são as principais espécies de lacunas:

1^a) normativa, quando se tiver a ausência

mão de um expediente muito simples: expor o tema sob uma forma problemática. Isto porque, no nosso entender, as diversas doutrinas se completam e não se excluem, pois partem de critérios e premissas diversas.”

(3) *Ibidem*, p. 398.

(2) Para ter-se ideia da profundidade do assunto, é oportuna a transcrição das palavras da professora DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 407-408: “*Sem embargo dessa nossa opinião, que não consideramos um pronunciamento final e definitivo sobre o assunto, entendemos que o termo ‘lacuna’ esconde ideias díspares e antagônicas, sendo bastante nebuloso. Trata-se de uma aporia. Realmente, a lacuna é um dubium, uma questão fundamentalmente aporética; densa é a problemática que a envolve. O grande elenco de juristas que abordam o tema, cada qual sob uma perspectiva, dinâmica ou estática, demonstra, cabalmente, que há várias maneiras de conceber uma mesma realidade. A questão recebe várias respostas, segundo a posição ideológica que se adote. As lacunas jurídicas são uma questão sem saída a que não há resposta unânime, devido à pluridimensionalidade do direito, que contém inúmeros elementos heterogêneos, o que dificulta uma abordagem unitária do tema. De forma que, quando o jurista se põe a pensar sobre o que deve ser entendido por lacuna, parece-nos que não pode tomar as posições doutrinárias como definitivas, nem tampouco adotar uma posição, excluindo as demais, mas sim lançar*

de norma sobre determinado caso; 2ª ontológica, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, quando, p. ex., o grande desenvolvimento das relações sociais, o progresso técnico acarretaram o ancilosoamento da norma positiva; axiológica, ausência de norma justa, isto é, existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta.”⁽⁴⁾

Em termos doutrinários sérios, como se vê, o problema das lacunas é ainda mais amplo do que poderia parecer, já que elas não se caracterizam apenas no plano da anomia. Existem, para além das lacunas normativas, que surgem do vazio normativo, também as ontológicas e as axiológicas, caracterizadas, respectivamente, nas hipóteses de ancilose e iniquidade do texto legal existente. Transportando-se o assunto para o Processo do Trabalho, tais modalidades de lacuna podem ser exemplificadas nos termos que se seguem.

As lacunas normativas, que são as mais evidentes, podem ser visualizadas com maior facilidade, embora, a rigor, ocorram em duas hipóteses um tanto distintas.

Na primeira delas, que chamamos de lacunas normativas totais, nem a CLT ou a legislação processual trabalhista extravagante possuem regramento sobre determinado instituto do processo. Tal se dá, v. g., com a intervenção de terceiros ou a ação rescisória, já que a legislação tipicamente laboral nada ou muito pouco (no caso da rescisória, há uma brevíssima remissão à sua existência no art. 836 da CLT) fala sobre tais fenômenos.

Já na segunda, que chamamos de lacunas normativas parciais, elas ocorrem em um contexto no qual, embora a CLT tenha tratado mais cuidadosamente sobre o assunto, ainda assim não o fez de modo exauriente. É o que se dá, por exemplo, com a apelação (*rectius*: recurso ordinário), que ainda que regrada no art. 895 da CLT, não oferta resposta adequada

para todos os pormenores da matéria. Basta lembrar, nesse caso, que a regra celetista não traz consigo qualquer indicação sobre a extensão e a profundidade da devolutibilidade do apelo.

Por outro lado, as lacunas ontológicas, como visto, exsurtem do ancilosoamento da norma positiva existente, que não mais corresponde aos fatos sociais e tecnológicos do seu momento de aplicação. Tal se dá, exemplificativamente, com as regras dos arts. 840 e 847 da CLT, que falam da apresentação oral da petição inicial e da resposta do réu. Embora tais preceptivos ainda possam ser aplicados em homenagem à oralidade que caracteriza o Processo do Trabalho, não se pode perder de vista que de lá para cá passamos pelos adventos da máquina de escrever, dos computadores, da internet, da computação nas nuvens e do e-processo, de modo que tais disposições celetistas, por estarem defasadas no tempo, já não são capazes de enfrentar os fenômenos advindos do peticionamento eletrônico tão comum nos dias atuais.

Temos, finalmente, as lacunas axiológicas, derivadas da incapacidade de a regra existente dar uma resposta justa ao tema tratado. Aqui, preliminarmente, faz-se imprescindível esclarecer que a injustiça da norma não pode ser justificada no voluntarismo e no senso pessoal de justiça do magistrado. Antes, a sua demonstração deve ser precedida de argumentação jurídica sólida, de modo a que o discurso jurídico evidencie, com arrimo nos fundamentos que sustentam os tratados internacionais de direitos humanos e o bloco de constitucionalidade interno, que a norma existente destoia dos valores preconizados pelo positivismo ético (pós-positivismo).

Cravada esta imprescindível baliza, um excelente exemplo de lacuna axiológica, em que pese o conservadorismo do TST no tratamento da matéria (*vide*, a propósito, a Súmula n. 417, III, do TST), tem morada no art. 899 da CLT, quando diz que execução provisória trabalhista só vai até a penhora. Como é palmar,

(4) *Ibidem*, p. 401.

contemporaneamente, o art. 899 da CLT já não mais comporta a restritividade da sua origem, já que a propriedade, principal bem jurídico do pensamento filosófico liberal, não pode ser tutelada a ponto de comprometer a dignidade humana, que é a premissa axiológica central do Estado Democrático de Direito. É certo, assim, que o art. 899 da CLT deverá ser impregnado da potencialidade dignificante dos arts. 520 e 521 do CPC/2015⁽⁵⁾.

Vencida mais esta etapa do estudo, o nosso próximo passo será o de demonstrar quais são os elementos caracterizadores do Processo do Trabalho, para somente depois tratarmos propriamente do diálogo entre os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015 com vistas à colmatação das lacunas do Processo do Trabalho.

4.3. O núcleo duro do processo do trabalho

O direito processual, como tivemos a oportunidade de assentar no nosso livro *Técnica Processual e Tutela Coletiva de Interesses Ambientais trabalhistas*⁽⁶⁾, antes de ser considerado um utensílio meramente técnico, deve ser considerado como um instrumento ético, cuja essência reside, contemporaneamente, na implementação dos valores preconizados pelo projeto delineado na Carta Constitucional.

Isso importa dizer que a legitimação do processo depende, umbilicalmente, da sua mirada teleológica essencial, pois, para ser digno de credibilidade, ele deve ter objetivos claros, devidamente formatados em conformidade com os fundamentos que inspiram a República, além de possuir, evidentemente, tentáculos suficientes para implementá-los.

Metaforicamente falando, o processo, encarado como método jurídico de resolução justa de conflitos, é um instrumento que trafega por

uma estrada única, mas que, à determinada altura, apresenta um trevo capaz de guiá-lo por vários caminhos, que, paradoxalmente, o conduzem a um mesmo destino, situado na realização da justiça. Melhor dizendo, o processo é um só, mas, para imprimir-lhe máxima eficiência, o direito o compartimenta em disciplinas autônomas, que num primeiro momento o dividem entre processo comum e processo especial.

No âmbito do processo comum, a preocupação é com a natureza penal ou extrapenal da jurisdição. Tem-se, assim, o Processo Penal, cujo objeto é a tutela da liberdade (e não a promoção da prisão, como se poderia açodadamente imaginar). Tudo o que daí desborda, na sua essência, situa-se nos domínios do Processo Civil.

No entanto, a questão não se esgota por aí. Para a adequada compreensão do que se deve compreender por processo especial, faz-se necessário realçar a existência de jurisdições extraordinárias, como, entre outras, a trabalhista, que possuem objetivos bastante específicos. Para o atingimento do alvo dessas modalidades jurisdicionais, faz-se imperiosa a pavimentação de caminhos próprios, chamados no direito de processos especiais, como o são o Processo do Trabalho, o Processo Eleitoral e o Processo Militar. Sintetizando tudo o quanto antes explicado, vale ser colhida a lição de José Frederico Marques:

O melhor critério para a delimitação da área do Direito Processual Civil é o de fixá-la por exclusão: o que não decorrer de uma lide penal, será processo que cai na órbita do Direito Processual Civil.

Temos, todavia, jurisdições especiais, com processo próprio e peculiar, tais como a trabalhista, a eleitoral e a militar. Poderíamos por isso, no Direito Positivo brasileiro, falar em Direito Processual Comum (dividido em Direito Processual Civil e Direito Processual Penal) e em Direito Processual Especial, que se ramificaria em três disciplinas:

(5) Para aprofundamento na matéria, vide CESÁRIO, João Humberto. *Técnica processual e tutela coletiva de interesses ambientais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 245-248.

(6) *Ibidem*, p. 119 et seq.

Direito Processual Trabalhista, Direito Processual Eleitoral e Direito Processual Militar.⁽⁷⁾

Importa notar que tais modalidades de processos, ditos especiais, são invariavelmente lacunosos, possuindo apenas um núcleo duro, caracterizador das suas peculiaridades, que não pode ser corrompido, sob pena da desnaturalização das suas essências. Incompletos, eles estão permanentemente abertos ao diálogo com o processo comum visando a colmatação das suas lacunas, sendo ciosos, contudo, da preservação daquele mínimo inegociável que lhes garante a autonomia.

Vê-se, portanto, que autonomia não significa isolamento ou independência absoluta, sendo relevante lembrar, a propósito, o escólio de Campos Batalha, que com os olhos pousados na processualística laboral esclarece que “o direito processual do trabalho está em situação de interdependência com as ciências processuais particulares, notadamente com o direito processual civil, com o qual tem muitíssimos pontos de contato”⁽⁸⁾.

Uma vez construído o breve introito anterior, a nossa missão, agora, é a de apresentar o núcleo duro do Processo do Trabalho, ou seja, aquele mínimo inegociável que lhe garante a autonomia. O bom desvencilhamento da tarefa imposta, naturalmente, é imprescindível para estabelecermos adiante os padrões jurídico-processuais que orientarão o juslaboralista na condução do diálogo entre os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015.

É necessário esclarecer, antes de tudo, que o Processo do Trabalho tem no protecionismo a sua pedra angular, pois, como adverte o professor Wagner Drdla Giglio, “o caráter tutelar do Direito Material do Trabalho se transmite e vigora

também no Direito Processual do Trabalho”⁽⁹⁾. Ainda, segundo o mencionado professor, a superioridade patronal se revela, entre outros motivos, “pela facilidade na produção da prova, especialmente a testemunhal, colhida entre seus subordinados, e pela maior idoneidade econômica para suportar as delongas e as despesas processuais”⁽¹⁰⁾.

Seguindo a mesma linha, Coqueijo Costa realça que no Processo do Trabalho “mitiga-se o princípio teórico da igualdade desde o nascimento da jurisdição especial do trabalho”⁽¹¹⁾ na medida em que “o desequilíbrio dos sujeitos no processo do trabalho impõe a especialização desse processo, como consequência das peculiaridades do conflito individual de trabalho, para corrigir esse desequilíbrio”⁽¹²⁾, arrematando, logo em seguida, que na processualística laboral “a relação processual é tutelar, rompendo com o princípio teórico da igualdade jurídica também no processo”⁽¹³⁾.

Sublinhando tal raciocínio, finalmente, Délio Maranhão deixa claro que “o direito processual do trabalho é todo ele elaborado com o propósito de impedir que o litigante economicamente mais poderoso possa desviar ou retardar os fins da Justiça”⁽¹⁴⁾.

Assim é que do protecionismo⁽¹⁵⁾ deriva a segunda grande característica do Processo do

(7) MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual Civil*. vol. I. rev., atual. e ampl. por SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. Campinas: Millennium, 1999. p. 15-16.

(8) BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1985. p. 139.

(9) GIGLIO, Wagner Drdla. *Direito Processual do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 66.

(10) *Ibidem*, p. 67.

(11) COSTA, Carlos Coqueijo. *Direito Processual do Trabalho*. 4. ed. rev., atual. e adap. por TRINDADE, Washington Luiz da. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 19.

(12) *Idem*.

(13) *Ibidem*, p. 20.

(14) MARANHÃO, Délio; SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, Lima; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. vol. 2. 21. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 1.383.

(15) Aqui, ainda que em rodapé, talvez seja oportuna a citação de mais algumas palavras sobre a incidência do princípio protecionista no Processo do Trabalho, colhidas de GIGLIO, Wagner Drdla, *op. cit.*, p. 67: “Objetam alguns que o Direito Processual não poderia tutelar uma das partes, sob pena de comprometer a própria ideia de justiça, posto que o favorecimento

Trabalho, que é a sua estruturação marcadamente inquisitiva.

Como é por demais sabido, existem tradicionalmente dois modelos processuais, conhecidos como adversarial e inquisitorial. No primeiro, as partes são as protagonistas do processo, ficando reservado ao juiz um papel passivo, quase secundário, limitado à prolação da decisão. Já, no segundo, o Estado-juiz é o grande reitor do processo, a quem a lei confere amplos poderes para que os fins estratégicos da jurisdição sejam alcançados. Fala-se, atualmente, em um terceiro modelo, chamado cooperativo, calcado no constante diálogo entre todos os sujeitos do processo, que seria, inclusive, aquele adotado pelo novo Código de Processo Civil⁽¹⁶⁾.

afetaria a isenção de ânimo do julgador. Não lhes assiste razão, pois justo é tratar desigualmente os desiguais, na mesma proporção em que se desiguam, e o favorecimento é qualidade da lei e não defeito do juiz, que deve aplicá-la com objetividade, sem permitir que as suas tendências pessoais influenciem seu comportamento. Em suma: o trabalhador é protegido pela lei, e não pelo juiz."

- (16) Para uma compreensão mais profunda dos três modelos processuais, indicamos DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Obtido via internet em: <<http://migre.me/oiH7a>> Acesso em: 23 jan. 2015, do qual se extrai, por oportuno, o seguinte excerto: "Fala-se que, no modelo adversarial, prepondera o princípio dispositivo, e, no modelo inquisitorial, o princípio inquisitivo. (...) Assim, quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado princípio dispositivo; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o princípio inquisitivo o processo será. A dicotomia princípio inquisitivo-princípio dispositivo está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de 'inquisitividade'; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a 'dispositividade'. (...) Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação. O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro. Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos

É óbvio que o desenvolvimento processual em um Estado Democrático de Direito deve ocorrer em uma perspectiva dialógica e cooperativa. Tal fato, entretanto, não apaga a verdade inescandível de que o magistrado é a autoridade do processo, a ele incumbindo a nobilíssima função de evitar o tumulto processual, podendo tal constatação ser sintetizada com as palavras do professor Daniel Mitidiero, para quem "o juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico quando da decisão das questões processuais e materiais da causa"⁽¹⁷⁾, desempenhando, assim, "duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão"⁽¹⁸⁾.

O que interessa ficar claro, de tal arte, é que a estruturação do Processo do Trabalho, embora não rechace a perspectiva democrática do diálogo entre os sujeitos processuais, neles incluído o próprio Estado-juiz, é marcadamente inquisitiva, o que nem de longe implica em autoritarismo. São dignas de reprodução, a propósito, as palavras de Fredie Didier Jr:

"A doutrina costuma relacionar o modelo adversarial-dispositivo a regimes não autoritários, politicamente mais liberais, e o modelo inquisitivo a regimes autoritários, intervencionistas. Trata-se de afirmação bem frequente na doutrina.

A ilação é um tanto simplista. Se é certo que dados culturais certamente influenciarão a conformação do processo, método de exercício do poder, não há relação direta entre aumento dos poderes do juiz e regimes autocráticos, ou incremento do papel

sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida."

- (17) MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 72-73.

- (18) *Idem*.

das partes e regimes democráticos. Nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo autoritário.”⁽¹⁹⁾

Apenas para clarificar a inquisitividade de que é dotado o magistrado trabalhista, importa lembrar, por exemplo, o disposto nos arts. 765 e 878 da CLT, que empoderam os Juízos e Tribunais do Trabalho com ampla liberdade na direção do processo, determinando que eles velem pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas, e até mesmo promover a execução das suas decisões *ex officio*.

Tamanhos poderes se justificam no caráter protecionista que impregna o Processo do Trabalho, que sem desprestigiar o direito de defesa do empregador, almeja garantir que os direitos trabalhistas de caráter alimentar sejam satisfeitos a tempo e modo. Acerca da estruturação inquisitiva do Processo do Trabalho, tem-se, mais uma vez, a lição de Coqueijo Costa, citando, no reforço do seu pensamento próprio, a doutrina uruguaia:

“Poucas urgências podem ultrapassar a que informa o objeto do processo do trabalho: ‘como no processo penal, o objeto vai mais além de uma realidade configurada por fatos externos e penetra na personalidade mesma do autor’ (ANGELIS, Dante Barrios de. *Los Poderes del Juez Letrado del Trabajo*. In: *Nuevo Proceso Laboral Uruguayo*, p. 152). Daí, os acentuados poderes cautelares reconhecidos ao Juiz do Trabalho, como manifestação dessa urgência geral no processo, incluída no objeto deste.”⁽²⁰⁾

Da inquisitividade deflui a terceira grande característica do Processo do Trabalho, que é a concentração dos atos processuais, cuja influência aparece nitidamente na audiência trabalhista, que, consoante já explicamos no livro *Audiência na Justiça do Trabalho: Curso*

Teórico e Prático⁽²¹⁾, deve ser una e principalmente contínua.

Insta asseverar, consequentemente, que no Processo do Trabalho praticamente todos os atos processuais cognitivos, exceção feita à petição inicial e à citação do réu, são concentradamente praticados durante a audiência. É na audiência, com efeito, que se busca a conciliação (arts. 764, 846 e 852-E da CLT), que o réu apresenta a sua resposta (art. 847 da CLT), que são produzidas a maioria das provas (arts. 848 e 852-H, *caput*, da CLT), que as partes veiculam as razões finais (art. 850 da CLT) e que o juiz prola a sentença (art. 850, *caput*, parte final, da CLT).

Da concentração, naturalmente, resulta a quarta característica primordial do Processo do Trabalho, que é a imediação ou imediatidade. Imediação, como se sabe, significa contiguidade ou proximidade. Percebe-se, dentro desta lógica, que a prática concentrada dos atos processuais diminui a distância existente entre os litigantes, as testemunhas e o magistrado, possibilitando que este último conheça melhor aqueles primeiros, de modo a aferir com maior precisão o grau de lealdade com que atuam em juízo.

A esta altura, não é sequer necessário enfatizar, já que intuitivo, que da concentração e da imediatidade resultam a oralidade, que é o quinto atributo marcante do Processo do Trabalho. Pode-se assentar, nesta perspectiva, que os atos realizados durante a audiência trabalhista são construídos em perspectiva claramente dialogada.

É nesse momento privilegiado, por exemplo, que o magistrado conversa diretamente com os contendores, esclarecendo-lhes as vantagens da conciliação, valendo-se, inclusive, dos meios adequados de persuasão para a solução avançada do litígio (arts. 764, § 1º, e 852-E da CLT).

(19) DIDIER JR., Fredie, *op. cit.*

(20) COSTA, Carlos Coqueijo, *op. cit.*, p. 20.

(21) CESÁRIO, João Humberto. *Audiência na justiça do trabalho: curso teórico e prático*. Cuiabá: JHC, 2012.

Também é na audiência que o réu apresenta a sua resposta, que na literalidade do art. 847 da Consolidação das Leis do Trabalho, diga-se de passagem, deve ser produzida de maneira oral no prazo de vinte minutos.

Como se não bastasse, é por verdadeira emanção do princípio da oralidade que o juiz ouve as partes, as testemunhas e os informantes diretamente (art. 820 da CLT), fazendo com que a audiência seja o momento máximo da proximidade entre o condutor do feito e os elementos de convicção que lhe são dirigidos.

Importa sublinhar, aliás, que é justamente a natureza acentuadamente dialógica do Processo do Trabalho que lhe possibilita ser o mais simples e informal dos ramos do direito processual, sendo a simplicidade procedimental, com efeito, a sexta pilastra da processualística laboral.

Ao revés do que ainda se pensa na estreiteza da cultura bacharelesca, o processo para ser eficiente não precisa necessariamente ser complexo. A burocracia, a bem da verdade, apenas maltrata a celeridade processual, constituindo-se em verdadeiro entrave ao devido processo sem dilações temporais indevidas (art. 5º, LXXVIII, da CRFB) e ao acesso substancial à jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB).

O problema do jurisdicionado, contemporaneamente, não é mais o de formalmente buscar a tutela jurisdicional. O seu verdadeiro drama, paradoxalmente, é o de sair em tempo razoável e com uma resposta justa de dentro do Poder Judiciário depois de deflagrada a ação. Daí a proeminência da celeridade processual, que é a sétima e última grande característica do Processo do Trabalho.

Tal constatação se revela ainda mais importante quando se rememora que o Processo do Trabalho foi desenhado para a satisfação de verbas imantadas de inquebrantável natureza jurídica alimentícia. Assim, seria irracional se pensar na possibilidade de que um processo desta índole pudesse ser formal, complexo e consequentemente lento.

De tudo o quanto antes exposto, importa resumir que são sete as colunas de sustentação que juntas soerguem o edifício do Processo do Trabalho, sendo, assim, consideradas o seu núcleo duro:

- Protecionismo;
- Inquisitividade;
- Concentração dos Atos Processuais;
- Imediação;
- Oralidade;
- Simplicidade Procedimental; e
- Celeridade Processual.

É a nutrição destas raízes fundantes que garante ao Processo do Trabalho as mais potentes armas para que ele seja capaz de imprimir concretude ao direito fundamental do cidadão-trabalhador a uma tutela jurisdicional verdadeiramente eficiente. Assim, no diálogo da processualística laboral com o processo comum e mesmo com outros microssistemas processuais, todas as vezes que esse núcleo duro, tomado como um mínimo inegociável, for corrompido, o Processo do Trabalho deixará de existir, aparecendo no seu lugar, consequentemente, um procedimento vulgar, sem prestígio suficiente para ser cientificamente considerado como uma disciplina autônoma do direito, com objeto, princípios e fins próprios.

Superada esta parte do estudo, passaremos, doravante, a propor um método para que o diálogo entre os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015 seja feito sem sobressaltos, de modo que, preservada a essência do Processo do Trabalho, possamos enriquecê-lo com tudo aquilo o que há de compatível no Processo Comum.

4.4. Critérios para o diálogo entre os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015

Como visto ao longo do presente estudo, os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015, que devem ser estudados dialogadamente, tratam da colmatação das lacunas do Processo do Trabalho, que podem ser normativas (totais ou parciais), ontológicas ou axiológicas.

Enquanto o primeiro dos mencionados dispositivos legais (art. 769 da CLT) esclarece que *“o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título* (referindo-se ao Título X da CLT, que trata do Processo Judiciário do Trabalho), o segundo (art. 15 do CPC/2015) diz que *“na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código* (referindo-se ao CPC/2015) *lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”*.

Do cotejo entre eles, surgem algumas perguntas, que devem ser adequadamente respondidas, para que possamos ter clareza sobre o método de combinação dialógica que permitirá a ambos potencializar a eficiência do Processo do Trabalho. Tais indagações, algumas de resposta óbvia e outras nem tanto, são as seguintes:

- É necessário que a disposição utilizada na colmatação das lacunas do Processo do Trabalho esteja em consonância com as características que lhe garantem autonomia científica?
- São apenas as disposições do CPC/2015 que podem ser usadas na colmatação das lacunas do Processo do Trabalho?
- Qual a diferença entre aplicação supletiva e subsidiária de outras fontes processuais para a colmatação das lacunas do Processo do Trabalho?

Serão sobre essas questões que trataremos adiante.

4.4.1. A colmatação de lacunas e a preservação da autonomia do processo do trabalho

Já advertimos anteriormente que o Processo do Trabalho possui um núcleo duro que necessita ser preservado para que a sua autonomia não seja comprometida. Essa preocupação está expressamente consagrada no art. 769 da CLT, cuja inteligência esclarece

que no preenchimento do vazio processual trabalhista as normas utilizadas não poderão seccionar a medula do Processo do Trabalho. Não é por outra razão que o aludido preceptivo aduz, com tintas fortes, que o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, *“exceto naquilo em que for incompatível com as normas do Processo Judiciário do Trabalho”*.

Incompleto, com efeito, o Processo do Trabalho está permanentemente aberto ao diálogo com o processo comum, disposto a receber o influxo de tudo aquilo que aumenta a sua eficiência, mas sem abrir mão daquilo que lhe é mais caro, que é o protecionismo, a inquisitividade, a concentração, a imediação, a oralidade, a simplicidade procedimental e a celeridade processual.

Pode-se dizer, nesta perspectiva, apenas para uma breve ilustração do asseverado, que o art. 190 do CPC/2015 terá pouquíssimo ou nenhum espaço de incidência no Processo do Trabalho. Ocorre que tal preceito aproxima-se nitidamente do modelo processual adversarial ao prever a chamada convenção de procedimento entre os litigantes, malferindo de morte a inquisitividade característica do Processo do Trabalho, quando estabelece que uma vez versando a causa sobre direitos que admitam autocomposição, será lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Somente isso, ou seja, a aproximação do aludido dispositivo ao modelo processual adversarial, já é suficiente para demonstrar o potencial corrosivo do mencionado dispositivo sobre a essência do Direito Processual do Trabalho, calcada, entre outras premissas, na inquisitividade. Mas, ainda assim, não custa lembrar que o próprio parágrafo único do art. 190 do CPC/2015 orienta até mesmo o juiz do cível a controlar a validade das convenções, recusando-lhes aplicação nos casos de nulidade

ou inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade⁽²²⁾, como aquela do trabalhador desempregado que litiga em face do seu antigo empregador, situação mais que corriqueira na Justiça do Trabalho.

Percebe-se, em arremate, que o art. 769 da CLT, no desempenho de uma mesma tarefa, atua de dois modos aparentemente antagônicos (mas que combinados fazem muito sentido), às vezes como uma cláusula aberta e outras como uma barreira de contenção. No primeiro caso, recebendo de outros ramos do direito processual as regras que completam, complementam e nutrem o Processo do Trabalho; no segundo, repelindo tudo aquilo que o burocratiza e surrupia a sua eficiência.

4.4.2. O processo do trabalho, o processo comum (civil e penal), as leis processuais extravagantes e os microssistemas processuais

Muito ao contrário do que possa parecer ao intérprete menos criterioso, o Processo do Trabalho, cujas regras estão estabelecidas basicamente na CLT e na Lei n. 5.584/1970, não dialoga apenas com o Processo Civil. Antes, está aberto à integração com o Processo Penal, leis extravagantes como a Lei n. 6.830/1980 (que trata da execução fiscal), e outros microssistemas processuais como os dos Juizados Especiais Estadual e Federal, bem como o da tutela transindividual de direitos, composto, basicamente, pela Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

Note-se, a propósito do Processo Penal, que o art. 769 da CLT deixa claro que será o “Direito

Processual Comum” e não o “Processo Civil” que será utilizado como fonte complementar do direito processual do trabalho. Vale repisar assim, agora com maior destaque, o escólio de José Frederico Marques, para quem se pode falar em “*Direito Processual Comum (dividido em Direito Processual Civil e Direito Processual Penal) e em Direito Processual Especial, que se ramificaria em três disciplinas: Direito Processual Trabalhista, Direito Processual Eleitoral e Direito Processual Militar*”⁽²³⁾.

Nesse sentido, sobreleva notar, por exemplo, que o art. 1º do Código de Processo do Trabalho português⁽²⁴⁾ enfatiza a ideia de que a processualística laboral deve ter as lacunas preenchidas pelo Processo Comum, entendido, como tal, o Processo Civil ou Penal, sendo certo, ademais, que as normas subsidiárias não se aplicam quando forem incompatíveis com a índole do Processo do Trabalho.

Tal assertiva, aliás, não deveria soar estranha, pois todos aqueles que estudam os autores clássicos sabem muito bem que a doutrina jamais foi refratária à utilização do Processo Penal para a colmatação de lacunas no Processo do Trabalho. Tome-se, como ilustrativo do afirmado, respectivamente, as lições de Coqueijo Costa e Wagner Giglio:

“A interpretação do Direito Processual do Trabalho não pode fugir das regras básicas da interpretação do Direito Processual Civil, com alguma ressonância também na interpretação de certos princípios do Direito Processual Penal.”⁽²⁵⁾

(22) É importante frisar que tais conclusões, no sentido da incompatibilidade do art. 190 do CPC/2015 com o Processo do Trabalho, não esmaecem o nosso ponto de vista, firmado em outra obra, de que o próprio Juiz do Trabalho (e não as partes) pode conformar o procedimento trabalhista às necessidades do caso concreto. Para justificar a nossa afirmação, remetemos o leitor ao nosso livro *Técnica Processual e Tutela Coletiva de Interesses Ambientais Trabalhistas* (vide as referências anteriores), especialmente às páginas 123 et seq.

(23) MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 16.

(24) Importante a reprodução, neste ponto, do mencionado dispositivo legal: “CÓDIGO DE PROCESSO DO TRABALHO – Disposições Fundamentais. Art. 1º Âmbito e integração do diploma. 1 – O processo do trabalho é regulado pelo presente Código. 2 – Nos casos omissos recorre-se sucessivamente: a) À legislação processual comum, civil ou penal, que directamente os previna; (...) 3 – As normas subsidiárias não se aplicam quando forem incompatíveis com a índole do processo regulado neste Código.” Disponível em: <<http://migre.me/ojWRP>> Acesso em: 24 jan. 2015.

(25) COSTA, Carlos Coqueijo, *op. cit.*, p. 17.

“Levado às últimas consequências, o princípio da extrapetição transformaria a petição inicial da ação trabalhista, nos dissídios individuais, em algo muito semelhante à queixa-crime.

Na verdade a defesa dessa aproximação do processo do trabalho ao processo penal não deveria causar espécie, pois encontra apoio não apenas no alto teor de inquisitorialidade do procedimento trabalhista, mas até na máxima latina *narra mihi factum dabo tibi jus*: Idealmente, caberia ao empregado, ignorante dos seus direitos, narrar os fatos – data da admissão e do despedimento, funções, salário e horário de trabalho, em essência – incumbindo-se o juízo de apurar o cumprimento ou o descumprimento das obrigações patrimoniais.”⁽²⁶⁾

Não se pode negar que o Processo Penal, assim como o Processo do Trabalho, é mais fortemente influenciado pelo modelo inquisitivo do que o Processo Civil, não devendo causar admiração, portanto, a possibilidade de os dois primeiros em alguma medida dialogarem.

Como exemplo de aplicação de disposições processuais penais no Processo do Trabalho, podemos elencar, entre outros, o art. 231 do Código de Processo Penal, que, ao permitir às partes a apresentação de documentos em qualquer fase do processo, vai muito mais ao encontro do espírito que orienta o Processo do Trabalho que a regra do art. 434 do CPC/2015, na medida em que esta última estabelece que os litigantes em regra instruirão a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar-lhe as alegações, só podendo a partir de então, nos termos do art. 435 do CPC/2015, trazer outros documentos ao processo por exceção.

Percebe-se neste aspecto específico, quando combinados os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015, que o primeiro, por ser mais amplo, abarca na sua essência o segundo, permitindo

que o Processo do Trabalho dialogue tanto com o Processo Civil (de acordo com o indicativo dos arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015) como também com o Processo Penal (de acordo com o indicativo mais amplo do art. 769 da CLT). Por motivos óbvios, o Processo Civil possui maiores pontos de contato com o Processo do Trabalho do que o Processo Penal, o que de modo algum significa, todavia, que a processualística penal não possa ser útil à colmatação das lacunas processuais trabalhistas.

No entanto, a questão não para por aí. Ocorre que, quando levada a sério a doutrina do diálogo das fontes, o imbróglio se torna ainda mais complexo, tomando uma amplitude muito maior que aquela derivada da simples combinação dos arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015. Ocorre que, como já dito anteriormente, o Processo do Trabalho também interage com algumas leis extravagantes, como a de execução fiscal, e outros microssistemas processuais como os dos Juizados Especiais, da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor.

Basta ver, no primeiro dos casos, que o art. 889 da CLT estabelece que “*aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título* (referindo-se ao Título X da CLT, que trata do Processo Judiciário do Trabalho), *os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal*”.

De igual sorte, o Processo do Trabalho não passa imune aos influxos das Leis ns. 9.099/1995 e 10.259/2001, que dispõem sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais nos âmbitos estadual e federal. Como exemplos mais que conhecidos de disposições destas leis aplicáveis ao Processo do Trabalho, podem ser citados os arts. 10 e 31 da Lei n. 9.099/1995 e 17 da Lei n. 10.259/2001, que impedem a intervenção de terceiros e a reconvenção no rito sumariíssimo trabalhista, viabilizando, ademais, a requisição de pequenos valores em face da Fazenda Pública independentemente de precatório.

(26) GIGLIO, Wagner Drdla, *op. cit.*, p. 70.

Não custa lembrar, por fim, que a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor constituem um poderoso microssistema para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cuja aplicabilidade nos processos laborais pode ser detalhadamente compreendida no nosso livro *Técnica Processual e Tutela Coletiva de Interesses Ambientais Trabalhistas*, ao qual remetemos o leitor⁽²⁷⁾.

4.4.3. A aplicação supletiva e subsidiária do CPC/2015 ao processo do trabalho

Demonstrada a amplitude dialógica do Processo do Trabalho, é chegado o momento de concentrarmos esforços na demonstração do que se deve compreender como a aplicação supletiva e subsidiária do CPC/2015 ao Processo do Trabalho.

É importante destacar aqui que, enquanto o art. 769 da CLT fala que o direito processual comum será fonte “subsidiária” do Direito Processual do Trabalho, o art. 15 do CPC/2015 estabelece que o novo código será aplicado “supletiva” e “subsidiariamente” ao Processo do Trabalho.

De tal arte, considerada a máxima de que a lei não contém (ou pelo menos não deveria conter) palavras inúteis, revela-se imperioso que de agora em diante emprestemos sentido jurídico às expressões “supletiva” e “subsidiariamente”, sem que nesta tarefa percamos o significado léxico das aludidas expressões. Antes de nos embrenharmos por tal empreitada, sobreleva advertir que tais vocábulos têm conotação extremamente próxima, sendo comumente usados como sinônimos, razão pela qual é difícil diferenciá-los.

Uma primeira pista para a compreensão de ambos pode ser obtida no parecer da Câmara dos Deputados, exarado durante a tramitação do projeto do CPC/2015 naquela casa legislativa,

(27) CESÁRIO, João Humberto. *Técnica processual e tutela coletiva de interesses ambientais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 164 et seq.

que à certa altura diz que “*aplicação subsidiária visa ao preenchimento de lacuna; aplicação supletiva, à complementação normativa*”⁽²⁸⁾.

Com todo o respeito, sem que nem de longe queiramos desmerecer o elogiável trabalho realizado pela Câmara dos Deputados na tramitação do CPC/2015, parece-nos que a diferenciação, a par de não oferecer o melhor tratamento vernacular às mencionadas expressões, igualmente claudica nas suas significações jurídicas.

Há de se notar, primeiramente, que o respeitável parecer, ao dizer que a aplicação subsidiária visa ao preenchimento de lacuna, enquanto a aplicação supletiva colima a complementação normativa, parece sugerir que neste último caso não haveria lacuna a ser colmatada, o que não se revela apropriado.

Foi justamente por isso que alhures dividimos em totais e parciais as lacunas normativas ligadas ao Processo do Trabalho. Na primeira delas, como já explicamos, nem a CLT ou a legislação processual trabalhista extravagante possuem regramento sobre determinado instituto do processo. Já no segundo caso, elas ocorrem em um contexto no qual embora a CLT tenha tratado mais cuidadosamente do assunto, ainda assim não o fez de modo exauriente. Portanto, em quaisquer das hipóteses, seja na aplicação subsidiária ou supletiva do CPC/2015 ao Processo do Trabalho, estaremos sempre trabalhando no plano do preenchimento de lacunas, sejam elas normativas totais, normativas parciais, ontológicas ou axiológicas.

Parece-nos, demais disso, que sem embargo da proximidade linguística das palavras “subsidiário” e “supletivo”, a primeira delas seria algo que vem em reforço do que já existe, enquanto a segunda seria aquilo que completa

(28) Parecer ao Projeto de Lei n. 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei n. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei n. 5.869, de 1973), p. 196. Disponível em: <<http://migre.me/okvxp>> Acesso em: 25 jan. 2015.

(e não meramente complementa como indica o parecer parlamentar) um espaço totalmente vazio. A prevalecer tal pensamento, o parecer da Câmara, além de maltratar o significado jurídico das lacunas no direito, estaria com os sinais semânticos invertidos ao dizer que a aplicação subsidiária visa ao preenchimento de lacuna e a aplicação supletiva, à complementação normativa.

Mostra-se adequado, nesse momento, valermos-nos do conteúdo dos léxicos. Segundo o dicionário Houaiss⁽²⁹⁾, subsidiário é o que ajuda, socorre, reforça, aumenta, contribui, e supletivo é o que serve para completar [e não complementar]. Na mesma linha, o dicionário Michaelis⁽³⁰⁾ esclarece que subsidiário é o que fortalece, que vem em apoio ou reforço, que robustece algo tido como principal, ao passo que supletivo é o que serve de suplemento, que completa [e não meramente complementa].

Ora, se com estribo nos léxicos “*subsidiário é algo que vem em apoio ou reforço daquilo que é principal*”, enquanto “*supletivo é aquilo que completa*”, o correto a se fazer, juridicamente falando, é compreender-se que “subsidiário” é o que vem em auxílio de uma regra existente, mas insuficiente para reger plenamente determinada matéria, ao passo que “supletivo” é o que completa um espaço normativo totalmente vazio.

Em resumo: subsidiário é o que complementa; supletivo é o que completa!

Não é inapropriado entender-se, de tal arte, que no plano das lacunas normativas totais o CPC/2015 deve ser usado supletivamente no Processo do Trabalho, sendo certo que no plano das lacunas normativas parciais, ontológicas e axiológicas o CPC/2015 deve ser aplicado subsidiariamente ao Processo do Trabalho⁽³¹⁾.

(29) Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/>> Acesso em: 25 jan. 2015.

(30) Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/>> Acesso em: 25 jan. 2015.

(31) Vide, em sentido em oposto ao aqui defendido, filiando-se, portanto, à visão do parecer da Câmara dos Deputados, MEIRELES, Edilton. O novo CPC e as

A questão, delicada por natureza, pode ser melhor compreendida com o auxílio da exemplificação, sem que, por motivos óbvios, nem de longe intentemos esgotar a matéria:

- A CLT e a legislação processual do trabalho extravagante não falam sobre o instituto processual da intervenção de terceiros. No caso, portanto, aplicaremos supletivamente ao Processo do Trabalho os arts. 119 e seguintes do CPC/2015, com as ressalvas necessárias, naturalmente.
- A CLT não fala da ação rescisória, salvo uma brevíssima remissão no seu art. 836 que remete a matéria justamente ao Código de Processo Civil. Aplicaremos supletivamente à hipótese, com efeito, os arts. 966 e seguintes do CPC/2015 ao Processo do Trabalho.
- A CLT fala basicamente sobre a prova documental, ainda assim com uma laconicidade assustadora, nos seus arts. 787, 830 e 852-H, § 1º. De tal arte, no caso dessa modalidade probatória (documental), as disposições dos arts. 405 e seguintes do CPC/2015 serão supletivamente aplicadas no Processo do Trabalho.
- A CLT fala sobre a apelação (*rectius*: recurso ordinário) no seu art. 895, mas como ele é insuficiente para compreendermos todos os meandros do tema, como aqueles ligados ao efeito devolutivo em extensão e em profundidade do apelo, aplicaremos os arts. 1.009 e seguintes do CPC/2015 subsidiariamente ao processo do Trabalho.

regras supletiva e subsidiária ao processo do trabalho. In: MANUS, Pedro Paulo Teixeira (Dir.); ROMAR, Carla Teresa Martins; ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim (Coords.). *Revista de direito do trabalho*, São Paulo, RT, v. 40, n. 157, p. 131, maio/jun. 2014: “*Em suma, temos que a regra subsidiária visa preencher a lacuna integral (omissão absoluta) do corpo normativo. Já a regra supletiva tem por objeto dar complementação normativa ao que foi regulado de modo incompleto (omissão parcial). Ali falta a regra, aqui a regra é incompleta. Ali, supre-se a ausência da regra; aqui, complementa-se a regra que não esgota a matéria.*”

- A CLT fala sobre os embargos do devedor no seu art. 884, mas como ele não possui o elastecimento necessário à compreensão de todos os aspectos do seu processamento, aplicaremos, com as necessárias ressalvas (como aquelas atinentes ao prazo e à garantia do juízo), o art. 525 do CPC/2015 subsidiariamente ao processo do Trabalho.

- A CLT fala sobre as nulidades processuais de modo bastante satisfatório, mas ainda assim incompleto, nos seus arts. 794 a 798. Logo, há no caso iniludível margem para a utilização subsidiária dos arts. 276 a 283 do CPC/2015 no Processo do Trabalho.

- A CLT, como já indicamos anteriormente, possui uma lacuna axiológica no seu art. 899, pois, em claro apego aos valores excessivamente patrimonialísticos do modelo liberal de estado, acaba por fazer tábula rasa da valorização da dignidade humana, tão cara ao Estado Democrático de Direito. Assim, haveremos de aplicar subsidiariamente ao Processo do Trabalho, em que pese o atual conservadorismo jurisprudencial do TST sobre o assunto (Súmula n. 417, III, do TST), as regras dos arts. 520 e 521 do CPC/2015, especialmente aquelas que permitem o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos de alienação da propriedade, independentemente de caução, nos casos em que o crédito for de natureza alimentar e o credor demonstrar situação de necessidade ou a sentença estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (no nosso caso do TST) ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos (art. 521 do CPC/2015).

Os exemplos, como é fácil intuir, seriam infinitos. Coube-nos aqui, em uma primeira aproximação do problema, meramente trazer à tona alguns dos seus aspectos, que serão melhor analisados em obras específicas.

5. Sínteses conclusivas

Revela-se útil, ao final de um trabalho, condensar as suas principais conclusões, tarefa da qual nos desvencilharemos de agora em diante:

- o art. 15 do CPC/2015 não revogou o art. 769 da CLT;
- os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015 devem ser lidos combinadamente, na perspectiva jurídica do diálogo das fontes;
- no Processo do Trabalho, existem lacunas normativas totais, normativas parciais, ontológicas e axiológicas;
- o Processo do Trabalho possui um núcleo duro, composto por protecionismo, inquisitividade, concentração dos atos processuais, imediação, oralidade, simplicidade procedimental e celeridade processual, que não pode ser corrompido na colmatção das suas lacunas, sob pena do comprometimento da sua autonomia científica;
- no preenchimento das lacunas do Processo do Trabalho, podem ser usadas disposições do Processo Civil, do Processo Penal, de leis processuais extravagantes e de outros microssistemas processuais, como os dos Juizados Especiais e o da tutela transindividual de direitos;
- no plano das lacunas normativas totais, o CPC/2015 deve ser usado supletivamente no Processo do Trabalho, ao passo que no plano das lacunas normativas parciais, ontológicas e axiológicas o CPC/2015 deve ser aplicado subsidiariamente ao Processo do Trabalho.

6. Referências bibliográficas

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1985.

CESÁRIO, João Humberto. *Audiência na justiça do trabalho: curso teórico e prático*. Cuiabá: JHC, 2012.

_____. *Técnica processual e tutela coletiva de interesses ambientais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2012.

COSTA, Carlos Coqueijo. *Direito Processual do Trabalho*. 4. ed. rev., atual. e adap. por Washington Luiz da Trindade. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Disponível em: <<http://migre.me/oiH7a>> Acesso em: 23 jan. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIGLIO, Wagner Drdla. *Direito Processual do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MARANHÃO, Délio; SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, Lima; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. vol. 2. 21 ed. São Paulo: LTr, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método na nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual Civil*. vol. I. ed. rev., atual. e ampl. por

Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, 199.

MEIRELES, Edilton. O novo CPC e as regras supletiva e subsidiária ao processo do trabalho. In: MANUS, Pedro Paulo Teixeira (Dir.); ROMAR, Carla Teresa Martins; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim (Coords.). *Revista de direito do trabalho*, São Paulo, RT, v. 40, n. 157, maio/jun. 2014.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Endereços eletrônicos pesquisados

<<http://migre.me/oiH7a>> (sítio eletrônico da Editora Juspodivm).

<<http://migre.me/ojWRP>> (sítio eletrônico da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa – Ministério Público).

<<http://migre.me/okvxp>> (sítio eletrônico da Câmara dos Deputados).

<<http://houaiss.uol.com.br/>> (Dicionário Houaiss).

<<http://michaelis.uol.com.br/>> (Dicionário Michaelis).

A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho

Tales Ricardo Migliorini Tavares Pereira^(*)

Resumo:

- ▶ Neste trabalho, o autor trata da estabilidade decenal regulamentada na CLT, sustentando a sua recepção pela CF de 1988. Trata, ainda, das indenizações devidas em caso de despedida arbitrária ou sem justa causa do trabalhador estável quando desaconselhável a sua reintegração.

Palavras-chave:

- ▶ Ônus da prova — Processo do trabalho — Distribuição dinâmica.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Prova
 - ▶ 2.1. Conceito de prova no processo civil
 - ▶ 2.1.1. Prova, meios de prova e conteúdo da prova
 - ▶ 2.1.2. Demonstração
 - ▶ 2.1.3. Alegações sobre fatos e objeto da prova
 - ▶ 2.1.4. Instauração do processo judicial e destinatário da prova
 - ▶ 2.1.5. Verdade real e verdade formal
 - ▶ 2.1.6. Atribuição do ônus da prova
 - ▶ 2.1.7. Procedência ou improcedência da ação
 - ▶ 2.2. Conceito de prova no processo do trabalho
- ▶ 3. Ônus da prova e distribuição estática
 - ▶ 3.1. Ônus da prova
 - ▶ 3.1.1. Obrigação, ônus e dever
 - ▶ 3.1.2. Conceito de ônus da prova no processo civil
 - ▶ 3.1.3. Conceito de ônus da prova no processo do trabalho

(*) Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Amatra da 12ª Região e em Processo Civil pela Universidade Anhanguera. Formado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

- ▶ 3.2. Distribuição estática do ônus da prova
 - ▶ 3.2.1. Importância da distribuição do ônus da prova
 - ▶ 3.2.2. Distribuição estática no processo civil
 - ▶ 3.2.3. Distribuição estática no processo do trabalho
- ▶ 3.3. Inconsistências do modelo estático
 - ▶ 3.3.1. Afronta às funções subjetiva e objetiva do ônus da prova
 - ▶ 3.3.2. Prova de fato negativo e prova diabólica
- ▶ 4. Alternativas ao modelo estático — Inversão do ônus da prova e o modelo dinâmico
 - ▶ 4.1. Inversão do ônus da prova no CDC
 - ▶ 4.2. Inversão do ônus da prova no processo do trabalho
 - ▶ 4.3. Distribuição dinâmica do ônus da prova
 - ▶ 4.3.1. Teoria e fundamentos
 - ▶ 4.3.2. Distribuição dinâmica no novo CPC — Lei n. 13.105/2015
 - ▶ 4.3.3. Aplicação da teoria dinâmica no processo do trabalho
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

O presente artigo tem como objeto a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova na esfera do Processo do Trabalho. Seu objetivo envolve traçar argumentos de ordem lógica e amparo normativo para capacitar a aplicação da técnica pelos magistrados trabalhistas.

Para tanto, divide-se em oito itens. No primeiro — 2.1 — aborda-se o conceito de prova no processo civil — característicos de demonstração e repercussões processuais.

No segundo — 2.2 — estuda-se a prova no processo do trabalho, traçando pontos de semelhança entre a normativa civil e trabalhista.

O item 3.1 contempla o ônus da prova, tecendo considerações acerca de suas aplicações no âmbito processual.

No item 3.2, expõe-se a Teoria da Distribuição Estática do Ônus da Prova; e no item 3.3, disserta-se a respeito de suas inconsistências prático-jurídicas, com enfoque primário na prova diabólica.

Na sequência, abordam-se alternativas para o modelo estático, como a inversão do ônus

da prova do Código de Defesa do Consumidor — item 4.1 — e no processo trabalhista — item 4.2.

Ao final, no item 4.3, apresenta-se a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, vinculando-a, conjuntamente, ao novo Código de Processo Civil e à esfera do processo do trabalho.

O presente relatório de pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados os pontos conclusivos da obra.

2. Prova

2.1. Conceito de prova no processo civil

2.1.1. Prova, meios de prova e conteúdo da prova

O resultado do processo está diretamente relacionado à produção de provas pelas partes. O terreno fático e sua comprovação nos autos, os meios adequados para o alicerce de uma evidência sólida, e as presunções decorrentes da não confirmação daquilo que se alega, todos são aspectos derivados da teoria da prova e, por conseguinte, do próprio conceito de prova

trabalhado nos diversos ramos do direito — do processo civil ao processo do trabalho.

Dito isso, faz-se necessário, primeiramente, a distinção do conceito de prova em dois principais eixos: meios de prova e conteúdo da prova. Cite-se a lição de Wambier:

Meios de prova são as diversas modalidades pelas quais a constatação sobre a ocorrência ou inoccorrência dos fatos chega até o juiz. Podem ser diretos (inspeção judicial, fatos notórios) ou indiretos (documentos, testemunhas). Conteúdo da prova é o resultado que o meio produz, ou seja, o convencimento que o juiz passa a ter da ocorrência ou inoccorrência dos fatos, porque a ele foram levados (e revelados) por determinado meio de prova.⁽¹⁾

A distinção é também elucidada por Theodoro Jr., que reconhece a prova em sentido *objetivo* e *subjetivo*. O primeiro é o “instrumento ou o meio hábil para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia, etc.)”. O segundo, por sua vez, corresponde à “certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como a convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado”⁽²⁾.

Para Didier Jr., existe uma terceira acepção do vocábulo prova. “Às vezes, é utilizado para designar o *ato de provar*, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação.”⁽³⁾

Isso posto, delimitadas as principais acepções do conceito de prova e examinados os alicerces de cada definição, possível extrair

seis fatores que merecem especial atenção: a) a demonstração dos fatos; b) a alegação sobre fatos (objeto da prova); c) a existência de um processo judicial instaurado; d) a verdade real e a verdade formal; e) a atribuição de um ônus probatório a cada parte e; f) a procedência ou improcedência da ação.

2.1.2. Demonstração

Toda prova é, por evidente, uma *demonstração*. Seja extraída por meio de um documento, testemunho ou depoimento, a prova representa uma conexão, uma ponte, entre os acontecimentos do mundo real e a realidade construída pelo processo na configuração do caso concreto. De acordo com o entendimento de Marinoni, a “definição de prova vem ligada à ideia de reconstrução (pesquisa) de um fato que é demonstrado ao magistrado, capacitando-o a ter ‘certeza’ sobre os eventos ocorridos e permitindo-lhe exercer sua função”⁽⁴⁾.

Didier Jr. acrescenta que “esta parece ser, efetivamente, a finalidade da prova: permitir a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa”⁽⁵⁾.

Trata-se, indubitavelmente, de um procedimento de simplificação, pelo qual são ceifados pequenos fatos do imenso universo de informações do mundo real e então solidificados, dentro do processo, como verdades ou presunções de verdades. Em outras palavras, são “meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico”⁽⁶⁾.

2.1.3. Alegações sobre fatos e objeto da prova

A primeira observação a ser feita neste tópico é excludente: o direito não adentra no

(1) WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. I, p. 516.

(2) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. II, p. 472.

(3) DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 15 ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. II, p. 43.

(4) MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*, p. 264.

(5) DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, p. 75.

(6) NERY Jr., Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 723.

âmbito probatório. Conforme explicado por Wambier, “Devem-se provar os fatos, não o direito. Pela máxima *jura novit curia* (‘o tribunal conhece os direitos’), tem-se que o direito alegado não é objeto da prova, mas apenas os fatos, ou seja, aquilo que ocorreu no mundo”⁽⁷⁾.

Todavia, não é de todo fato que se faz necessária a sua prova, mas apenas daqueles poucos previamente afirmados como verdadeiros e dos quais poderão decorrer direitos e obrigações relevantes para as partes em litígio.

Para Bueno, por exemplo, “o objeto da prova recai sobre *fatos* cuja existência devidamente reconhecida pelo juiz darão ensejo ao acolhimento ou à rejeição do(s) pedidos(s) de tutela jurisdicional”⁽⁸⁾.

Mais especificamente, ainda, poderia se afirmar que a prova não tem o propósito de provar *fatos*, mas as *afirmações* sobre os fatos. Para Dinamarco, “O fato existe ou inexistiu, aconteceu ou não aconteceu, sendo, portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas — e daí a pertinência de prová-las [...]”⁽⁹⁾.

Os objetos da prova — sejam fatos ou alegações de fatos — distinguem-se no processo, tornando-se úteis à cognição judicial, por se apresentarem como *relevantes, determinados e controvertidos*. Explique-se.

Conforme Theodoro Jr., apenas os “fatos *relevantes* para a solução da lide devem ser provados, não os impertinentes e inconsequentes. Assim, compete ao juiz fixar, em audiência, os fatos a serem provados [...]”⁽¹⁰⁾.

De acordo com Didier Jr., o fato também deve ser *determinado*. “O fato deve ser identificado no tempo e no espaço. Dessa regra resulta que o fato indeterminado, ou indefinido, é insuscetível de prova.”⁽¹¹⁾

Na expressão de Nery Jr., ainda, o fato probando se caracteriza por ser *controvertido*: aquele “fato afirmado por uma parte e contestado especificamente pela outra, vale dizer, não apenas *não admitido*, mas também *negado*”⁽¹²⁾.

São esses os fatos que precisam ser *demonstrados* e que, estabelecidos com o aspecto de veracidade, tem o condão de constituir a mencionada ponte entre o mundo real e a descrição do caso concreto nos autos processuais.

Isso posto, verificados os fatores da *demonstração* e das *alegações sobre fatos* (objeto da prova), torna-se, agora, ao âmbito em que ambas as características se encontram: o processo judicial.

2.1.4. Instauração do processo judicial e destinatário da prova

O fator em destaque enfatiza, em primeiro lugar, a formalidade do procedimento. A produção de prova obedecerá aos princípios do contraditório e da ampla defesa, estará limitada em sua forma aos meios cabíveis e legalmente aplicáveis, e obedecerá à normativa no tocante à responsabilidade das partes, ônus processuais, prazos, e exceções legais.

Estando adstrita a um *processo judicial*, a produção de prova se submete ao instituto da preclusão, havendo momento próprio para a sua constituição. Integrando-se ao um sistema jurídico isonômico, os fatos controvertidos poderão ser rebatidos em contraditório. Sendo a prova um instituto jurídico, previsto em lei, não se admitirão provas ilícitas ou moralmente ilegítimas. A afronta a quaisquer desses preceitos compromete a formalidade

(7) WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*, p. 520.

(8) BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Procedimento comum: ordinário e sumário. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 273.

(9) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. III, p. 58.

(10) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 473.

(11) DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, p. 45.

(12) NERY JR., Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, p. 724.

do procedimento e, por consequência, pode incapacitar a produção de prova.

Em segundo lugar, ressalta-se que a existência de um *processo judicial* traz à tona o verdadeiro *destinatário da prova*: o magistrado.

De acordo com Gonçalves, a prova tem como primeira finalidade o convencimento do juiz sobre os fatos controvertidos: “Ele é o destinatário da prova. Por isso, sua participação na fase instrutória não deve ficar relegada a um segundo plano [...]: cumpre a ele decidir quais as necessárias ou úteis para esclarecer os fatos obscuros.”⁽¹³⁾

Nesse sentido, serve a prova à formação do *convencimento* do juiz. Cite-se Bueno:

O tema, contudo, não se refere a provar qualquer fato, mas, apenas e tão somente, os fatos que, direta ou indiretamente, relacionem-se com aquilo que o juiz precisa estar convencido para julgar. Objeto de prova, portanto, são os fatos *relevantes* e os *pertinentes* para aquilo que deve ser enfrentado pelo juiz, seja no plano *processual* [...] ou no *plano material* [...].⁽¹⁴⁾

Por fim, há que se aludir aos destinatários indiretos da prova: as partes. “Embora o juiz seja o destinatário principal e direto, consideram-se as partes os destinatários indiretos, pois elas também precisam se convencer da verdade, para que acolham a decisão.”⁽¹⁵⁾

Quando se menciona que a prova serve à formação do *convencimento* do juiz, deve-se ressaltar as diversas dificuldades de se determinar a *verdade* dentro de um processo. O tópico subsequente tratará das ressalvas necessárias sobre a temática.

2.1.5. Verdade real e verdade formal

A existência de uma verdade *dentro* de um processo judicial significa dizer, em sentido

contrário, que se poderia cogitar da presença de diferentes verdades, as quais receberão produção de prova por ambas as partes. Veja-se.

De acordo com Nery Jr., “o ideal do Direito é a busca e o encontro da verdade real, material, principalmente se o direito sobre o que versam os autos for indisponível”⁽¹⁶⁾.

Na mesma linha, afirma Marinoni: “nada mais natural do que eleger, como um dos princípios essenciais do processo — senão a função principal do processo de conhecimento — a busca da verdade substancial.”⁽¹⁷⁾

No entanto, a confirmação da *verdade real* é sobrestada pelas alegações das partes, as quais formulam diversas variações fáticas no processo.

Esse obstáculo à determinação de uma única versão dos fatos corresponde à tradicional dicotomia entre verdade real e formal, como leciona Teixeira Filho: “*Real* é a que se pode denominar de verdade em si, vale dizer, aquilo que efetivamente aconteceu no mundo sensível; *formal* é a que se estabelece nos autos, como resultado das provas produzidas pelas partes.”⁽¹⁸⁾

Montenegro Filho, por exemplo, explica que todo fato litigioso tem o condão de se apresentar nos autos com margem a múltiplas interpretações — uma pelo autor, outra pelo réu, e ainda outra pelo próprio magistrado. Por tal razão, tem-se abandonado cada vez mais a busca pela *verdade real*, contentando-se o corpo jurídico, frequentemente, com a simples busca da *verdade formal*. Na realidade, como se extrai da correta interpretação da legislação processual, a lei tem como cerne de seu enfoque a verossimilhança das alegações

(13) GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 362.

(14) BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Procedimento comum: ordinário e sumário. p. 261.

(15) DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, p. 75.

(16) NERY JR., Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, p. 724.

(17) MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*, p. 254.

(18) TEIXEIRA FILHO, Manuel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1988. p. 26.

trazidas pelas partes, e não a descoberta de uma verdade absoluta⁽¹⁹⁾.

No tocante a essa intangibilidade da verdade real, ainda, Marinoni concorda: “[...] voltando os olhos para o estágio atual das demais ciências, a conclusão a que se chega é uma só: a noção de verdade é, hoje, algo meramente utópico e ideal (enquanto absoluto).”⁽²⁰⁾

De acordo com Baldini, inclusive, o “processo busca a verdade possível, e, em alguns casos, contenta-se com a verdade aparente (verossímil)”⁽²¹⁾.

É por essa razão que o “sistema processual admite, para o julgamento, a verdade formal [...]”⁽²²⁾. Cite-se a lição de Alvim:

A verdade, no processo, deve ser sempre buscada pelo juiz, mas o legislador, embora se preocupe com a *busca da verdade*, não a coloca como um fim absoluto em si mesmo. Ou seja, o que é *suficiente*, muitas vezes, para a validade e a eficácia da sentença é a verossimilhança dos fatos.⁽²³⁾

As considerações sobre a *verdade*, ainda que breves, são de fundamental importância para a perfeita compreensão da temática probatória.

Dito isso, há que se ressaltar que o debate acerca do tema, embora de forte relevância teórica para o direito, não se constitui como objeto principal desta obra, razão pela qual não será abordado mais a fundo nos próximos tópicos.

2.1.6. Atribuição do ônus da prova

Esse representa peça chave da presente obra e será melhor abordado nos tópicos seguintes.

Todavia, vale antecipar a lição de Didier Jr., em que se explica que o ônus da prova, embora sirva de orientação às partes, é fundamentalmente “regra de juízo, isto é, de *julgamento*, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu”⁽²⁴⁾.

2.1.7. Procedência ou improcedência da ação

A sentença vincula as partes por meio de direitos e obrigações e, sendo fruto de um processo intelectual realizado pelo magistrado, tem estreita relação com a demonstração fática promovida por ambos os polos da relação jurídica.

Conforme exposto acima, é o juiz o principal destinatário da produção de prova, sendo ele quem realmente “precisa saber a verdade quanto aos fatos, para que possa decidir”⁽²⁵⁾.

Dependendo a decisão do convencimento do juiz, tem-se a fase instrutória como etapa central e definidora do processo, apta a direcionar o resultado do litígio, proporcionando a procedência ou improcedência da ação.

Isso posto, elaboradas as bases do conceito de prova no processo civil, as quais se irradiam para todos os outros ramos do direito como diretrizes e fundamentos, importa que também se faça um breve estudo do tema na esfera específica do processo do trabalho, porquanto será nesta área que se concentrará o objeto de estudo da presente obra — a distribuição dinâmica do ônus da prova.

2.2. Conceito de prova no processo do trabalho

Para uma abordagem trabalhista da temática da prova, convém que se destaquem, primeiramente, algumas definições do vocábulo utilizadas por autores especializados nesta área.

(19) MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*, p. 409-410.

(20) MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*, p. 256.

(21) BALDINI, Renato Ornellas. *Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. p. 112.

(22) NERY JR., Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, p. 724.

(23) ALVIM, José Manuel Arruda. *Manual de direito processual civil*, p. 434.

(24) DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, p. 79.

(25) DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, p. 75.

Inicie-se o proposto a partir da definição de prova elaborada por Teixeira Filho: “É a demonstração, segundo as normas legais específicas, da verdade dos fatos relevantes e controvertidos no processo.”⁽²⁶⁾

Sako, por sua vez, traz a seguinte assertiva: “[...] a redação dos arts. 5º, inciso LVI, da CF/88, e 332 do CPC⁽²⁷⁾ autoriza concluir que provas são todos os meios lícitos e moralmente admitidos, destinados a demonstrar a verdade dos fatos alegados pelas partes.”⁽²⁸⁾

Martins, ainda, afirma que a “prova é uma reconstituição dos fatos perante o juiz, que é o destinatário da prova. Fato não provado é fato inexistente”⁽²⁹⁾.

Bezerra Leite, por fim, complementa o conceito, asseverando que a prova, “nos domínios do direito processual, é o meio lícito para demonstrar a veracidade ou não de determinado fato com a finalidade de convencer o juiz acerca da sua existência ou inexistência”⁽³⁰⁾.

Como facilmente se constata quando conjugadas as menções acima, o eixo conceitual permanece o mesmo daquele disposto no processo civil. Estão presentes os elementos da *demonstração*, da *instauração do processo*, da *busca pela verdade*, do *ônus da prova*, da *veracidade do fato*, e do *convencimento do juiz*.

Para que se condensem os excertos em uma única explanação, cite-se o esclarecimento de Teixeira Filho:

[...] a atividade probatória que às partes preponderantemente incumbe em decorrência do ônus objetivo que a lei lhes atribui (CLT, art. 818), consiste em trazer aos autos

elementos que demonstrem a verdade dos fatos alegados e com base nos quais deverão desenvolver um raciocínio lógico, tendente a influir na formação do convencimento do órgão jurisdicional.⁽³¹⁾

Em relação ao objeto da prova, o “pressuposto genérico é de que a Corte conhece o Direito [...]. Prescinde-se, portanto, da prova do direito, devendo ser provados, como regra, apenas os fatos”⁽³²⁾. Semelhantemente, afirma Teixeira Filho que o objeto da prova se constitui por “fatos [...] narrados pelo autor, pelo réu ou por terceiros, que na técnica processual se referem aos acontecimentos jurídicos [...] ou atos jurídicos ou ilícitos [...], originadores do conflito intersubjetivo de interesses”⁽³³⁾.

No tocante ao destinatário da prova, a resposta é equivalente à do processo civil:

Se o juiz tem de conhecer os fatos, é a ele que a prova se destina [...]. Mas ela também diz respeito aos outros personagens do processo, como as partes e o Ministério Público. Em última análise, afeta a sociedade por inteiro, pois é do interesse de todos a solução dos conflitos.⁽³⁴⁾

Em relação à finalidade da prova, destaca Schiavi que, no processo do trabalho, o objetivo probatório é “formar a convicção do Juiz sobre os fatos relevantes e pertinentes da causa”⁽³⁵⁾. Ressalte-se, inclusive, que os fatos de prova, à semelhança do processo civil, também se apresentam como relevantes, determinados, e controvertidos.

A respeito da finalidade, ainda, destaca-se o entendimento de Teixeira Filho, o qual coaduna

(26) TEIXEIRA FILHO, Manuel Antonio. *A prova no processo do trabalho*, p. 24.

(27) Art. 369 do Novo CPC — Lei n. 13.105/2015.

(28) SAKO, Emília Simeão Albino. *A prova no processo do trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 25.

(29) MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 34. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 324.

(30) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 492.

(31) TEIXEIRA FILHO, Manuel Antonio. *A prova no processo do trabalho*, p. 24-25.

(32) GIGLIO, Wagner Drdla. *Direito processual do trabalho*. 15 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 224.

(33) TEIXEIRA FILHO, Manuel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. II, p. 923.

(34) BARROS, Alice Monteiro de. *Compêndio de direito processual do trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 336.

(35) SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 541.

a certeza jurídica do julgador — o convencimento do juiz — com o propósito da prova:

A partir da prova existente nos autos, o Juiz inicia, por um processo ou método de raciocínio indutivo (extraíndo uma conclusão geral dos fatos particulares), a justa composição da lide. Metáfora à parte, é possível asseverar-se que a prova constitui o caminho por onde deve, obrigatoriamente, passar o seu raciocínio, em busca da verdade.⁽³⁶⁾

Essa *busca da verdade*, aliás, na lição de Schiavi, apresenta-se idêntica no processo civil e no processo trabalhista:

Embora tanto o Direito Processual Civil como o Processual do Trabalho se contêm com a verdade formal, ou seja, a que se extrai dos autos, devem não só as partes, mas o Juiz, direcionar a atividade probatória no sentido da busca da verdade real, embora esta última seja praticamente impossível de se conseguir, diante da própria falibilidade humana na interpretação dos fatos da realidade.⁽³⁷⁾

Assim, examinados os conceitos de prova em ambos os ramos do direito processual — civil e trabalhista —, verifica-se serem compatíveis e intercambiáveis as suas definições, porquanto apresentam características correspondentes — sobretudo no que tange ao objeto, finalidade e destinatário da prova. Por conseguinte, o conceito de prova, nos tópicos subsequentes, será abordado como um elemento único e singular, seja no processo civil, seja no processo do trabalho.

O instituto da prova, no entanto, poderá interagir distintamente com outros aspectos processuais, tais como os princípios orientadores de cada ramo jurídico, as normas de inversão do ônus da prova, ou mesmo os modelos de distribuição do ônus da prova.

Os itens posteriores, portanto, servirão para dirimir essas indagações.

3. Ônus da prova e distribuição estática

3.1. Ônus da prova

3.1.1. Obrigação, ônus e dever

Examinado o conceito de prova, passa-se à análise da próxima peça chave para o estudo da presente obra: o ônus da prova. Todavia, antes de se adentrar especificamente no característico do *onus probandi*, convém delimitar as particularidades do gênero ao qual pertence — o ônus.

Para Wambier, o “ônus consiste na atribuição de determinada incumbência a um sujeito no interesse desse sujeito”⁽³⁸⁾. Semelhantemente, assevera Gonçalves: “O ônus distingue-se da obrigação, porque esta é a atividade que uma pessoa faz em benefício da outra [...]. O ônus, a atividade que a pessoa desempenha em favor de si mesma, e não da parte contrária”⁽³⁹⁾.

A definição de ônus, portanto, tem estreita conexão com o *interesse próprio*. O ônus se designa a incentivar a prática voluntária de certo ato pela parte, pois a sua negligência da-quele acarreta, necessariamente, repercussões negativas para a parte onerada.

Exemplo característico de ônus é aquele vinculado à produção de prova, o qual será abordado no tópico subsequente.

3.1.2. Conceito de ônus da prova no processo civil

Para o estudo do *onus probandi*, vejamos, inicialmente, as observações efetuadas por Montenegro Filho acerca da responsabilidade pela produção de prova:

Devemos perquirir a quem aproveita a produção da prova, e quem deve — no sentido de responsabilidade — produzi-la em juízo.

(36) TEIXEIRA FILHO, Manuel Antonio. *A prova no processo do trabalho*, p. 45.

(37) SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*, p. 540.

(38) WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*, p. 525.

(39) GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*, p. 364.

A palavra *responsabilidade* foi utilizada de forma proposital, visto que a não produção da prova, por parte da pessoa a quem a lei carrou a responsabilidade pelo fato, acarreta consequências negativas.⁽⁴⁰⁾

Em seu conceito, o autor levanta alguns pontos de fundamental consideração. Em primeiro lugar, tem-se que a palavra *ônus* — anteriormente abordada como categoria genérica — recebe agora uma conotação distinta, vinculada diretamente ao contexto da prova. Como consequência, será o próprio ato de *produção de prova* o meio apto a ilidir as consequências negativas oriundas do *onus probandi*.

Em segundo lugar, deve-se destacar — como visto no tópico anterior — que a *responsabilidade* pela produção da prova não diz respeito à *obrigação* da parte em comprovar os fatos. Ao contrário: o ônus da prova é, antes de mais nada, um *onus processual*. A *responsabilidade* pela produção de prova corresponde a um ato que, se ausente, poderá resultar em repercussões negativas para a parte que o negligenciou.

O entendimento é reafirmado por Bueno: “o ‘ônus da prova’ deve ser entendido como a indicação feita pela própria lei de quem deve produzir a prova em juízo”⁽⁴¹⁾, o que significa dizer, em realidade, que a lei, por meio do ônus da prova, designa a parte que deverá arcar com eventuais consequências negativas se decidir pela não produção de determinada prova.

Em terceiro lugar, salienta-se que a indicação do ônus é feita pela própria lei, o que remete a um outro fator: o modelo de distribuição do ônus da prova, o qual será melhor abordado nos tópicos posteriores. Por hora, antecipe-se apenas que o modelo adotado pelo Código de Processo Civil vigente corresponde ao modelo estático de distribuição do ônus da prova,

contemplado, principalmente, pelo art. 333 daquele diploma legal⁽⁴²⁾.

O quarto ponto que merece atenção diz respeito à própria configuração do *onus probandi*. Em outras palavras, necessário saber quais são, exatamente, as consequências negativas que caracterizam o tipo específico de ônus ora analisado. Afinal, conforme explica Gonçalves: “quem tem o ônus da prova é aquele que sofrerá as consequências negativas que advirão da ausência daquela prova no processo”⁽⁴³⁾.

Para melhor visualização dessas consequências, porém, convém dividir o ônus da prova em subjetivo e objetivo.

No primeiro sentido — subjetivo —, a “lei, ao estabelecer quem sofrerá as consequências negativas decorrentes da falta de provas, norteará os litigantes a respeito daquilo que compete a cada um demonstrar”⁽⁴⁴⁾.

Tem-se, portanto, que o ônus da prova, em sua função subjetiva, corresponde a uma norma direcionada às partes, permitindo-lhes definir com qual delas recairá a responsabilidade sobre cada uma das provas. O tema, nesse aspecto, adquire dimensão importante, pois o conhecimento sobre a responsabilidade probatória incentiva a formação do contraditório, o que resulta em um maior envolvimento das partes no processo e, por consequência, na elaboração de uma decisão mais justa⁽⁴⁵⁾. Veja-se a explicação de Wambier:

Então, as normas sobre ônus da prova [...] fornecem parâmetros para as partes previamente estabelecerem sua estratégia probatória: autor e réu primeiramente se concentrarão em provar os fatos sobre os quais recaem seus respectivos ônus da prova.⁽⁴⁶⁾

(40) MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*, p. 432.

(41) BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Procedimento comum: ordinário e sumário, p. 274.

(42) Art. 373 do Novo CPC — Lei n. 13.105/2015.

(43) GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*, p. 364.

(44) *Idem*.

(45) DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, p. 76.

(46) WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*, p. 526-527.

Em cauteloso entendimento, Marinoni afirma que o magistrado está livre para julgar o feito a favor de qualquer das partes, ainda que o *onus probandi* não lhe tenha sido desonerado e mesmo que aquela parte não tenha realizado nenhuma produção de prova. O fato é possível porque o julgamento pode ter como fundamento as provas requeridas de ofício pelo juiz ou mesmo aquelas produzidas pela parte contrária. No entanto, essa circunstância não retira a importância de se definir, prévia e abstratamente, a qual parte incumbirá cada ônus de prova, pois a parte deverá “ter ciência prévia do que deve fazer para ter um julgamento favorável, independentemente de outras provas produzidas de ofício ou pela parte contrária”⁽⁴⁷⁾.

Do outro lado da moeda, porém, está a função *objetiva* do ônus da prova, a qual não possui relação direta com as partes do processo, mas com o próprio magistrado e o processo de decisão. Explique-se.

O art. 331 do Código de Processo Civil vigente⁽⁴⁸⁾ trata dos procedimentos correlatos à audiência preliminar. Quando não há conciliação entre as partes, o dispositivo determina a fixação dos pontos controvertidos da demanda pelo magistrado:

Art. 331, § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

De acordo com Alvim, o dispositivo merece especial atenção por expressar íntima relação com a regra do ônus da prova em sentido objetivo. Isso porque o magistrado, incorporando-se da imparcialidade, não pode indicar às partes os fatos que devem provar, mas “fixar os *pontos controvertidos* sobre os quais recairá a produção probatória [...]”⁽⁴⁹⁾.

É sobre esses pontos — os *pontos controvertidos* — que será feita prova, clareando-se os fatos para o convencimento do juiz. Ocorre, porém, que nem sempre há produção de provas sobre todos os pontos controvertidos da demanda. Nesses casos, deverá o magistrado se valer da regra do ônus da prova como orientação para julgamento — deverá utilizar o *onus probandi* como uma regra de julgamento.

Nesse sentido, portanto, o ônus da prova serve como diretriz para a sentença, fornecendo ao magistrado um critério prévio e abstrato para o julgamento da lide a favor de uma ou de outra parte. Cite-se a lição de Wambier:

[...] há um momento em que o processo precisa acabar e o juiz tem de sentenciar, tenha ou não formado convencimento. É estritamente para essas situações que a lei fixa as regras sobre distribuição do ônus da prova. Se todo o procedimento já se desenvolveu sem que o juiz conseguisse formar convicção sobre a ocorrência ou inoccorrência de determinado fato relevante para o julgamento da causa, cabe-lhe aplicar as regras sobre ônus da prova, decidindo contra aquele a quem cabia a prova de tal fato.⁽⁵⁰⁾

Alvim sintetiza o conceito. Nos casos em que o *onus probandi* não é cumprido pela parte responsável, “pressupor-se-á um estado de fato contrário a essa parte. Assim, quem devia provar e não o fez perderá a demanda”⁽⁵¹⁾.

Diante do exposto, possível concluir que o ônus da prova, na esfera do processo civil, corresponde a um fardo suportado pela parte, o qual se manifestará quando não houver nos autos provas suficientes para a formação do convencimento do magistrado a respeito de determinado fato. Em sentido objetivo, o fardo será *regra de julgamento*, permitindo ao juiz que presuma um estado de fato contrário ao

(47) MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*, p. 270.

(48) Art. 357 do Novo CPC — Lei n. 13.105/2015

(49) ALVIM, José Manuel Arruda. *Manual de direito processual civil*, p. 467.

(50) WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*, p. 526.

(51) ALVIM, José Manuel Arruda. *Manual de direito processual civil*, p. 466.

interesse da parte incumbida com o ônus da prova. Em sentido subjetivo, o fardo *orientará a instrução*, indicando às partes quais provas deverão produzir para não sofrerem um julgamento contrário a seus próprios interesses.

Isso posto, importa saber se o conceito *supra* poderá servir, também, à esfera do processo do trabalho, visto ser nessa última que repousa o objeto de estudo da presente obra.

3.1.3. Conceito de ônus da prova no processo do trabalho

o conceito de ônus da prova no processo do trabalho é similar àquele estudado no processo civil. Primeiramente, de acordo com o exposto no Capítulo 1, porque os conceitos de *prova* são intercambiáveis entre uma disciplina e outra, permitindo que a dúvida se dirima pela análise do próprio *ônus*.

Segundo, porque o *onus probandi*, nos termos de Teixeira Filho, também não se configura como obrigação ou um dever das partes, mas como um verdadeiro “ônus, em virtude do qual a parte que dele não se desincumbiu corre o risco (*“Alea iudiciorum”*) de não ver acolhida a sua pretensão, que se fundamentava na existência do fato cuja prova deixou de produzir”⁽⁵²⁾.

Em terceiro lugar, ainda, porque é um *fardo* com nítida repercussão negativa. Conforme Schiavi, é um encargo dirigido a ambas as partes e que, “uma vez não realizado, gera uma situação desfavorável à parte que detinha o ônus e favorável à parte contrária, na obtenção da pretensão posta em juízo”⁽⁵³⁾.

Em quarto lugar, por fim, por ser possível espelhar as funções do ônus da prova trabalhista àquelas do processo civil, dividindo-o entre ônus da prova subjetivo e objetivo. O primeiro norteia as partes. O segundo, orienta o juiz

que não formou convencimento no processo. Cite-se Martins:

O ônus da prova subjetivo consiste em verificar quem entre os sujeitos do processo deve fazer a prova.

Diz respeito o ônus da prova objetivo ao magistrado, que irá verificar a prova constante dos autos, independentemente de quem tenha o ônus da prova. Apresentada a prova nos autos, o juiz deverá levá-la em consideração, independentemente do ônus da prova de cada parte.⁽⁵⁴⁾

Dito isso, conclui-se pela correspondência entre os conceitos de ônus da prova no processo civil e no processo do trabalho. Parte-se, agora, para o estudo da distribuição desse ônus em ambas as disciplinas.

3.2. Distribuição estática do ônus da prova

3.2.1. Importância da distribuição do ônus da prova

O ordenamento jurídico brasileiro, no que tange ao poder-dever do Estado em apreciar as demandas judiciais, manifesta-se expressamente no art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” É o chamado *princípio da inafastabilidade da jurisdição*, “também nominado direito de ação, ou princípio do livre acesso ao Judiciário, ou, como assinalou Pontes de Miranda, princípio da ubiquidade da Justiça”⁽⁵⁵⁾.

Pela inafastabilidade da jurisdição, verifica-se a constitucional obrigação do Estado à prestação jurisdicional, assegurando-se à parte o julgamento da lide. Cite-se Moraes:

Importante, igualmente, salientar que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar

(52) TEIXEIRA FILHO, Manuel Antonio. *A prova no processo do trabalho*, p. 82.

(53) SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*, p. 553.

(54) MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*, p. 327.

(55) LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1.103.

o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda a violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.⁽⁵⁶⁾

Em consonância com o exposto, o CPC vigente, ao delinear os poderes, deveres e responsabilidades do juiz, impede o magistrado de se escusar ao julgamento do processo que lhe caiba a decisão:

Art.126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.⁽⁵⁷⁾

Por consequência, não pode o magistrado, quando devidamente requisitado em atividade do Poder Judiciário, sob a qual lhe recaia a correta competência, furtar-se à apresentação de solução ao conflito — ou à lide — que lhe seja entregue para apreciação. Isso porque a norma do art. 126 é o equivalente infraconstitucional da *inafastabilidade da jurisdição*, consistindo-se “na proibição de o juiz pronunciar o *non liquet* alegando lacuna ou obscuridade na lei [...] Deve sempre resolver a lide entre as partes, servindo-se, para tanto, de outros meios quando a lei é omissa ou obscura”⁽⁵⁸⁾.

Dito isto, cabe ressaltar que o juiz, embora obrigado ao julgamento, deve se pronunciar em decisão fundamentada, pois são requisitos essenciais da sentença, nos termos do art. 458, II, daquele *codex*, “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”⁽⁵⁹⁾.

Esses *fundamentos*, no que tange às questões de fato, dizem respeito ao *convencimento* do

juiz sobre as provas realizadas em sede de instrução.

Importa salientar, no entanto, que o juiz, quando da análise probatória, é livre para a formação de seu convencimento, conforme previsto no art. 131 do CPC vigente:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.⁽⁶⁰⁾

Assim, na prestação da atividade jurisdicional, é livre o juiz para apreciar a prova que é trazida aos autos, valorando-a distintamente a partir do contexto concreto e de suas convicções pessoais. Para Nery Jr., o magistrado “é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento”⁽⁶¹⁾.

Como visto no tópico anterior, nem sempre há produção de prova acerca de todos os pontos controvertidos da demanda, mantendo-se o juiz em estado de dúvida. Em outras palavras, a ausência de provas implica a não formação do convencimento judicial, fato que, por conseguinte, inviabiliza a fundamentação da sentença — um dos requisitos essenciais à decisão.

Para a solução desse impasse, serve-se o ordenamento jurídico da *função objetiva* do ônus da prova — conforme explicado no item 2.1.2 — a qual garante ao juiz um fundamento legal à sentença. Diz-se que “o *ônus objetivo* é regra de julgamento dirigida ao órgão jurisdicional em caso de insuficiência das provas produzidas — o último refúgio para evitar o *non liquet*”⁽⁶²⁾.

Ensina Marinoni que “a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito.

(56) MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007. p. 78.

(57) Art. 140 do Novo CPC — Lei n. 13.105/2015

(58) NERY JR., Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, p. 468.

(59) Art. 489 do Novo CPC — Lei n. 13.105/2015

(60) Art. 371 do Novo CPC — Lei n. 13.105/2015.

(61) NERY JR., Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, p. 474.

(62) DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, p. 76.

Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova”⁽⁶³⁾.

Isso posto, passa-se, agora, ao estudo da distribuição estática do ônus da prova, modelo adotado pelo CPC vigente.

3.2.2. Distribuição estática no processo civil

A distribuição do ônus da prova no processo civil está disciplinada no art. 333, I e II do CPC vigente⁽⁶⁴⁾, determinando que o *onus probandi* incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Como se extrai, a responsabilidade probatória é determinada pelo legislador a cada parte prévia e abstratamente, rendendo-lhe o nome de *distribuição estática*.

Por meio desse método, viabiliza-se ao juiz utilizar a *função objetiva* do ônus da prova em todos os processos sujeitos a sua jurisdição, garantindo uma alternativa segura e equânime ao *non liquet*.

Para Alvim, esse método de repartição do ônus da prova não resguarda apenas uma posição de igualdade aos litigantes, mas também incute nas partes um senso de autorresponsabilidade, pois estarão atentas ao ônus da prova desde um momento prévio à constituição do processo⁽⁶⁵⁾.

De acordo com Marinoni, aliás, o modelo de distribuição estática tem seus fundamentos no próprio bom-senso ou interesse das partes, as quais já estarão sendo orientadas à produção de provas pelo próprio direito material:

[...] a própria norma contida no art. 333 não precisaria estar expressamente prevista, pois decorre do bom-senso ou do interesse na aplicação da norma de direito material, que requer a presença de certos pressupostos de

fato, alguns de interesse daquele que postula a sua atenção e outros daquele que não deseje vê-la efetivada.⁽⁶⁶⁾

Ante o exposto, tem-se que modelo estático de distribuição do ônus da prova corresponde a uma divisão legal da responsabilidade probatória, determinada prévia e abstratamente ao caso concreto, e distribuída com fulcro nas alegações de cada parte. Importa, em seguida, confirmar a aplicação do modelo no processo do trabalho.

3.2.3. Distribuição estática no processo do trabalho

O art. 818 da CLT prevê: “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer.”

Essa norma, “dada a sua excessiva simplicidade, cedeu lugar, não obstante a inexistência de omissão do texto consolidado, à aplicação conjugada do art. 333 do CPC [...]”⁽⁶⁷⁾, de modo que, no âmbito trabalhista, o “reclamante tem o ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito e o reclamado, os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor”⁽⁶⁸⁾.

Conclui-se, portanto, que o processo do trabalho adota o modelo de distribuição *estática* do ônus da prova como *regra geral*. A sistemática trabalhista, porém, permite a distribuição diversa do *onus probandi* em casos específicos — inversão do ônus da prova — tema que será melhor abordado posteriormente.

3.3. Inconsistências do modelo estático

3.3.1. Afronta às funções subjetiva e objetiva do ônus da prova

O modelo de distribuição estática do ônus da prova, adotado pelo Código de Processo

(63) MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*, p. 268.

(64) Art. 373 do Novo CPC — Lei n. 13.105/2015.

(65) ALVIM, José Manuel Arruda. *Manual de direito processual civil*, p. 468.

(66) MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*, p. 274.

(67) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*, p. 500.

(68) SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*, p. 554.

Civil vigente, foi construído com base em argumentos que parecem agradar a racionalidade e manter a congruência. Veja-se.

Por meio do modelo estático, o interesse de cada parte se alinha com os encargos probatórios de cada uma: ao autor incumbe a prova dos fatos de seu interesse — sua pretensão — enquanto ao réu cumpre a prova dos fatos que lhe permitam subtrair o pleito do autor.

A divisão do ônus da prova se apresenta sólida e sistematicamente interligada na teoria estática. O fato controvertido é categorizado pela doutrina entre constitutivo, extintivo, modificativo ou impeditivo, permitindo uma simples e precisa análise do ônus da prova. Sem abrir espaço para muitas divergências, a doutrina fornece um critério decisivo e prático para a distribuição do *onus probandi*, o qual é fixado prévia e abstratamente pela lei para todos os casos concretos.

No tocante à atuação do magistrado, ainda, a legislação vigente, nos termos do art. 333 do CPC, oferece um regramento claro para se evitar o *non liquet* — o não julgamento da causa. O juiz passa a ter um fundamento legal seguro para assentar sua decisão, que será elaborada mesmo quando não houver nos autos provas suficientes para a formação do pleno convencimento do magistrado.

Ocorre, porém, que o modelo estático buscou formar uma técnica processual ampla, apta a recepcionar os mais variados tipos de ações e capaz de orientar a produção de prova a todas as partes e magistrados. O objetivo era enquadrar, em um único modelo de procedimento, a maior extensão da variabilidade humana presente no universo processual civil.

Embora a técnica haja sido implementada, desenvolvida e compreendida, de fato, todos os méritos anteriormente mencionados, importa frisar que essas realizações não se deram gratuitamente. Correto seria dizer, na realidade, que o modelo estático do ônus da prova, ainda que excepcional em suas aptidões, não foi plenamente

apto a resolver todas as vicissitudes havidas no mundo concreto. Explique-se.

No intuito de normatizar uma técnica processual única, prévia e abstrata para a distribuição do *onus probandi*, o ordenamento jurídico — e em específico o CPC vigente — viu-se forçado a formalizar uma teoria que ofusca ambas as funções do ônus da prova — subjetiva e objetiva.

A inconsistência subjetiva decorre diretamente da inflexibilidade proposta pelo modelo *estático* do ônus da prova, o qual se apresenta substancialmente engessado, incapaz de responder adequadamente à completa realidade das partes. Como será visto em seguida, há situações em que a prova se mostra excessivamente complicada para uma das partes, mas de fácil comprovação pela parte contrária. O modelo de distribuição estática, no entanto, não permite a flexibilização do *onus probandi*. A função *subjetiva* do ônus da prova — responsável por orientar as partes para a produção de provas de seu interesse — torna-se um fardo excessivo, direcionando as partes a uma produção de provas que, não raro, está aquém de suas reais possibilidades.

Em correspondência à inconsistência *subjetiva*, impende mencionar a sua consequência direta: o comprometimento da *função objetiva* do ônus da prova. Embora a distribuição do *onus probandi* possa tornar a instrução do feito impossível ou excessivamente difícil para uma das partes, isso não significa dizer que a prova não poderia ser produzida e, ainda mais importante, que a versão mais acertada dos fatos não poderia transparecer no processo. A prova, na realidade, poderia ser realizada pela parte contrária. Apenas não o é pela inflexibilidade do modelo estático. Por consequência, tem-se frequentemente que o convencimento do magistrado não se forma por simples entrave jurídico, e o julgamento é feito por observação da *função objetiva* do ônus da prova, a qual determina um julgamento em completa dissintonia com a realidade dos fatos. Fosse possível

a flexibilização do ônus da prova, a decisão da causa estaria calcada na reconstituição fática e no pleno convencimento do juiz. Como isso não ocorre, o ordenamento jurídico se afasta de um de seus mais nobres eixos: a busca pela verdade.

3.3.2. Prova de fato negativo e prova diabólica

Embora a *função objetiva* do ônus da prova esclareça ao juiz as alegações que devam ser presumidas verdadeiras — permitindo-lhe julgar a causa — o sistema processual ignora que essas presunções se concretizam, não raramente, somente porque o fato era de difícil ou de impossível comprovação por uma das partes.

Na realidade, existem casos em que a prova de determinado fato ocasiona grandes dificuldades para uma das partes. É o que ocorre, por exemplo, com a prova de fato negativo.

Como afirma Gonçalves: “É tradicional no direito a afirmação de que os fatos negativos não podem ser provados, mas apenas os afirmativos.”⁽⁶⁹⁾ Esses fatos provocam tormentosos contratempos ou impedimentos ao julgamento da causa, visto que será de difícil comprovação por ao menos uma das partes.

Destaque-se, no entanto, que nem sempre a prova se apresenta impossível por ter relação com um fato negativo. Mais que isso, inclusive, a comprovação de um fato negativo frequentemente é de fácil comprovação pela parte contrária. Mencione-se o entendimento de Bezerra Leite sobre o tema: “[...] toda negação contém, implicitamente, uma afirmação, pois, quando se atribui a um objeto determinado predicado, acaba-se por negar todos os demais predicados contrários ou diversos do mesmo objeto.”⁽⁷⁰⁾

Didier Jr., ao tratar do assunto, afirma ser necessário distinguir as afirmações negativas *absolutas* das afirmações negativas *relativas*.

As primeiras — *absolutas* — correspondem às assertivas de não fatos, indefinidos no tempo ou no espaço, enquanto as *relativas* são afirmações de não fatos definidos no tempo e espaço, os quais podem ser justificados por meio de um fato positivo. Cite-se o autor: “[...] diz-se, atualmente, que somente os fatos absolutamente negativos (negativas absolutas/ indefinidas) são insusceptíveis de prova — e não pela sua negatividade, mas, sim, pela sua indefinição.”⁽⁷¹⁾

Similarmente, afirma Gonçalves ser possível provar as *relativas*: “é possível que eu prove não ter imóveis em determinada circunscrição imobiliária, ou que não fui à determinada festa, porque estava em outro local, ou que não viajei em determinado período, pois estive trabalhando.”⁽⁷²⁾

Ocorre que a prova de fato negativo, embora seja passível de demonstração nos autos, comumente se configura como excessivamente difícil para *uma* das partes, razão por que costuma ter seu conceito mesclado com o de *prova diabólica*. Cite-se Didier Jr.:

A jurisprudência usa a expressão prova diabólica, outrossim, para designar a prova de algo que não ocorreu, ou seja, a prova de fato negativo. Sucede que nem toda prova diabólica se refere a fato negativo – basta pensar, por exemplo, que nem sempre o autor terá acesso à documentação que corrobora a existência de um vínculo contratual (fato positivo), em sede de uma ação revisional. E nem todo fato negativo é impossível de ser provado, demandando prova diabólica [...].⁽⁷³⁾

É a prova diabólica, portanto, a categoria responsável pelo conflito havido entre a *função subjetiva* do ônus da prova e a real capacidade

(69) GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*, p. 362.

(70) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*, p. 502.

(71) DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, p. 90.

(72) GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*, p. 362.

(73) DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, p. 93.

das partes para a demonstração de determinado fato no caso concreto. Isso porque o modelo estático de distribuição do ônus da prova, de forma frequente, distribui o *onus probandi* a uma parte que não dispõe dos meios necessários para a produção de determinada prova, a qual é obrigada a sofrer as consequências da *função objetiva* do ônus da prova, perdendo a demanda.

Definidas as inconsistências da distribuição estática do ônus da prova, passa-se a estudar, em outros ramos do direito, os principais meios de flexibilização das normas vinculadas à teoria da prova: a inversão do ônus da prova na doutrina consumerista e no processo do trabalho.

4. Alternativas ao modelo estático — Inversão do ônus da prova e o modelo dinâmico

4.1. Inversão do ônus da prova no CDC

Conforme explicado, há casos em que as condições de prova de determinado fato se apresentam naturalmente díspares entre o autor e o réu. Exemplo clássico é aquele presente no direito consumerista, em que se contrastam as capacidades probatórias do consumidor e do fornecedor.

Em primeiro lugar, cabe fazer rápido esclarecimento conceitual a respeito das partes tradicionalmente envolvidas no direito no consumidor. Nos termos do CDC, art. 2º, são considerados consumidores aqueles enquadrados nos seguintes liames:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Pelo exposto, tem-se que o conceito de consumidor encontra recepção em um vasto leque de possibilidades, sejam elas pessoas físicas, jurídicas, ou ainda, de acordo com o

descrito no parágrafo único, em uma coletividade indeterminável.

Por tal razão, não há como se preencher o conceito de consumidor a partir do mero enfoque da pessoa atuante. Para a sua definição, deve-se analisar, necessariamente, a atividade de consumo exercida pela parte, a qual se menciona no próprio art. 2º do CDC pela menção à *aquisição* ou *utilização* de *produto* ou *serviço* como *destinatário final*.

Frise-se que *produto* é definido pelo art. 3º, § 1º, do CDC, como “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

Por sua vez, a expressão *serviço* aparece no § 2º, conceituada como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Conjugando-se os termos mencionados, portanto, tem-se configurado o consumo quando a parte receptora final de qualquer produto ou serviço contrata a sua transmissão ou recebimento, seja para aquisição plena ou simples utilização. Preenchidos esses critérios, enquadra-se a pessoa ou a coletividade na categoria de *consumidor*.

O legislador atuou de maneira abrangente, implementando mecânicas distintas para a solução de conflitos — como se verá adiante, sobretudo em relação ao ônus da prova — e provocando verdadeiro impacto na sociedade.

No entanto, importa, agora, fazer menção ao lado oposto da balança: o fornecedor. Nos termos do CDC, o fornecedor é assim definido:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Isso posto, infere-se que técnica semelhante foi utilizada pelo legislador para a categorização

do fornecedor. O leque conceitual não aparece limitado pela condição da parte atuante — que pode ser física, jurídica, pública, privada, nacional, estrangeira, ou mesmo despersonalizada — e não pode ser preenchido sem que se indague sobre a real natureza da sua atividade prestada.

Nesse sentido, o fornecedor apenas será caracterizado como tal quando desenvolver as atividades mencionadas no *caput* do art. 3º, quais sejam: produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Assim, expostos os conceitos de consumidor e de fornecedor, forma-se a base para a fundamentação de toda a disciplina de proteção consumerista, ou seja, a maior capacidade econômica e administrativa do fornecedor em relação a do consumidor. O tema está expresso no art. 4º, inciso I, do CDC, no qual há claro “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

Na realidade, a vulnerabilidade mencionada é alicerce da prática protecionista ao consumidor e possui embasamento em sólida previsão constitucional, conforme preceituado no art. 5º, XXXII, da Carta Magna: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

Para Basílone Leite, portanto, a norma consumerista tem o intuito de promover o equilíbrio econômico e jurídico entre os polos da relação de consumo — fornecedor e consumidor —, fazendo isso por meio da fixação de regras protecionistas que se voltam à compensação jurídica da “inferioridade estratégica do consumidor”, a qual decorre da sua vulnerabilidade⁽⁷⁴⁾.

Foi com vistas a essa condição de vulnerabilidade que o legislador pátrio se propôs a disciplinar o código consumerista e, no que tange ao tema específico da presente obra, elaborar uma técnica processual distinta para tratar do ônus da prova. Explique-se.

(74) LEITE, Roberto Basílone. *Introdução ao direito do consumidor*. São Paulo: LTr, 2002. p. 69-70.

A posição de inferioridade e vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor também se repercute na capacidade fática probatória. Diferentemente do que ocorre no direito civil tradicional, as partes se encontram em condições desbalanceadas, não isonômicas, para a produção de provas. Via de regra, é com o fornecedor que permanece a maior parte dos dados e informações de uma transação, assim como o histórico contratual, e é o fornecedor quem costuma dispor de um corpo técnico especializado para a prática comercial, com maior volume de recursos para o resguardo de documentos probatórios ou a efetiva despesa com eventuais peritos.

Diante de situação em tela, o direito consumerista, para solucionar esse entrave, propôs um novo método de prova, distinto da regra geral do CPC: a inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Nos termos do CDC, portanto, é necessária a presença de um de dois requisitos para haver a inversão do ônus probatório: a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor. Explica Wambier:

Há leis que permitem ao juiz alterar a distribuição do ônus da prova em determinadas situações. É o caso do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual cumpre ao juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor quando: (a) este for “hipossuficiente”, ou seja, não detiver condições técnicas, econômicas, socioculturais etc. para produzir a prova ou (b) forem verossímeis as alegações de fatos feitas pelo consumidor.⁽⁷⁵⁾

(75) WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*, p. 527-528.

Didier, em atenta análise, correlaciona esta inversão do ônus da prova com a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova — abordada posteriormente neste artigo:

O nosso legislador positivou, como já examinado, a técnica da inversão do ônus da prova, no art. 6º, VIII, do CDC, em favor do consumidor. Trata-se de nítida aplicação desta teoria — embora restrita às causas de consumo —, afinal confere-se ao juiz o poder de redistribuição de ônus probatório (sua inversão), em vista do preenchimento de pressupostos de aferição circunstancial e casuística (verossimilhança e hipossuficiência). Em síntese, impõe-se ao juiz a decisão pela inversão do *onus probandi*, sempre que o fornecedor tenha melhores condições que o consumidor de arcar com este encargo.⁽⁷⁶⁾

Como se pode inferir, portanto, o CDC se pauta no desequilíbrio natural que existe entre consumidor e réu para formular normativa que permita ao magistrado a inversão do ônus da prova. De maneira resumida, o *onus probandi* passa a ser da parte que apresenta as melhores condições para a comprovação do fato.

Importa que se saliente, porém, a técnica processual reservada ao magistrado para a aplicação do instituto em comento. Diferentemente do que ocorre pela previsão do art. 333 do CPC vigente, o juiz tem o poder para, *in concreto*, decidir pela inversão do ônus da prova.

Em outras palavras, o juiz deixa de estar adstrito a uma técnica engessada, estática, e passa a ter poderes para analisar, caso a caso, por meio de um critério de *razoabilidade* ou *probabilidade*, uma possível inversão do ônus da prova.

Esse novo ponto, acerca do qual deve o magistrado refletir e decidir, representa uma inovação do diploma consumerista e, como será demonstrado, consolida-se como vanguarda da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

(76) DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, p. 95.

4.2. Inversão do ônus da prova no processo do trabalho

Não é apenas no direito consumerista que se encontram fundamentos para a inversão do ônus da prova. O processo do trabalho também apresenta regramento próprio para a matéria, permitindo a distribuição do *onus probandi* de maneira diversa da regra geral do art. 333 do CPC vigente.

Conforme visto no capítulo anterior, a *regra geral* para a distribuição do ônus da prova no processo do trabalho é semelhante à do processo civil, sendo do reclamante a prova dos fatos constitutivos de seu direito e do reclamado a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do reclamante. De acordo com Schiavi, no entanto, “há a possibilidade, em determinadas situações, de o juiz inverter esse ônus, ou seja, transferir o encargo probatório que pertencia a uma parte para a parte contrária”⁽⁷⁷⁾.

Para a perfeita compreensão do tema, porém, importa destacar alguns conceitos. Inicie-se com a definição de empregado, o qual corresponde, em quase a totalidade das demandas judiciais, à parte reclamante. Para Nascimento, “empregado é a pessoa física que com ânimo de emprego trabalha subordinadamente e de modo não eventual para outrem, de quem recebe salário”⁽⁷⁸⁾.

No mesmo sentido, afirma Delgado que empregado “é toda pessoa natural que contrate, tácita ou expressamente, a prestação de seus serviços a um tomador, a este efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação”⁽⁷⁹⁾.

Embora não seja o objetivo dessa análise especificar os detalhes conceituais do *empregado*,

(77) SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*, p. 553.

(78) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 306.

(79) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 345.

convém que se aponte dois aspectos de crucial importância. O primeiro, referente à *subordinação*, e o segundo, referente à percepção de *salário*. Ambos os elementos serão de crucial relevância para se fundamentar a inversão do ônus da prova, porquanto realçam a posição de fragilidade em que se encontra a figura do empregado, seja porque está sob o comando da empresa (subordinação), seja porque, em teoria, recebe dela o seu poder econômico (salário).

Já *empregador* é um conceito reflexo. Considerar-se-á empregador o “ente para quem uma pessoa física prestar serviços continuados, subordinados e assalariados. É por meio da figura do empregado que se chegará à do empregador, independentemente da estrutura jurídica que tiver”⁽⁸⁰⁾.

Dessa forma, possível asseverar que a relação de trabalho — estudada tanto pela perspectiva do empregado quanto pela do empregador — apresentará sempre as características da subordinação e onerosidade como peças basilares, sendo considerado o empregador o polo diretivo e o provedor econômico do empregado.

Esse tipo de relação, para a doutrina, difere substancialmente daquela presente na esfera civil, visto que não se pauta em um vínculo equivalente, mas se estrutura em uma relação naturalmente desbalanceada. Cite-se Teixeira Filho:

Essa atitude anti-igualitária, que se alvitra seja alteada à categoria de princípio informativo do processo do trabalho, ainda mais se faz exigível no capítulo das provas, pois não podemos ignorar que a prova não apenas se situa “entre os problemas vitais do processo” [...], mas é justamente nessa fase do procedimento onde avulta, sobremaneira, essa desigualdade do trabalhador.⁽⁸¹⁾

Na mesma linha, leciona Bezerra Leite, comparando a vulnerabilidade do consumidor à relação anti-igualitária havida entre empregado e empregador: “Ora, é exatamente o requisito da hipossuficiência (geralmente econômica) do empregado perante seu empregador que autoriza o juiz do trabalho a adotar a inversão do *onus probandi*.”⁽⁸²⁾

Na realidade, a relação não equânime serve de fundamento à inversão do ônus da prova. É a parte empregadora que detém o poder econômico e o poder diretivo da empresa, local onde se encontra a maior parte dos documentos probatórios e testemunhas do litígio. Por tal razão, permite-se ao juiz que transfira ao empregador o *onus probandi* sobre os fatos de difícil comprovação pelo empregado. Cite-se Sako:

O estado de miserabilidade, de fraqueza e de vulnerabilidade, em sentido econômico, seja do trabalhador ou do consumidor, dificulta a produção de prova e, consequentemente, pode obstar ou dificultar as vias de acesso à justiça [...].

O juiz poderá determinar a inversão do ônus da prova quando se convencer de que o estado de miserabilidade de uma das partes poderá comprometer a produção da prova dos fatos de mais difícil demonstração, obstando o acesso à tutela jurisdicional.⁽⁸³⁾

Dessa forma, finda a análise acerca das inconsistências do modelo estático de distribuição do ônus da prova, bem como dos principais meios vigentes para a flexibilização daquela teoria — inversão do ônus da prova no direito do consumidor e no processo do trabalho — parte-se, agora, para o estudo do ônus da prova em uma abordagem diferenciada, prevista na Lei n. 13.105/2015 — novo Código de Processo Civil: o modelo de distribuição *dinâmica* do ônus da prova.

(80) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*, p. 348.

(81) TEIXEIRA FILHO, Manuel Antonio. *A prova no processo do trabalho*, p. 88.

(82) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*, p. 505.

(83) SAKO, Emília Simeão Albino. *A prova no processo do trabalho*, p. 28-29.

4.3. Distribuição dinâmica do ônus da prova

4.3.1. Teoria e fundamentos

O legislador pátrio, consciente das adversidades provocadas pelo modelo estático do ônus da prova — o qual se mostra indiferente às condições concretas de cada parte para a produção de prova — e apoiando-se na proposta inovadora de inversão do ônus probatório do CDC, elaborou uma alternativa para o tema na Lei n. 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil: o modelo de distribuição *dinâmica* do ônus da prova.

Conforme visto nos capítulos anteriores, a teoria *estática* distribui prévia e abstratamente a responsabilidade probatória às partes, desenvolvendo uma estrutura rígida e engessada do encargo probatório, a qual tende a afastar o processo da verdade dos fatos.

A alternativa ao modelo vigente, portanto, corresponde à tentativa de inserção no sistema processual da teoria da distribuição *dinâmica* do ônus da prova. Nessa teoria, estão os fundamentos para a ampliação dos poderes delegados ao magistrado quando da avaliação das provas necessárias ao caso concreto, permitindo-lhe ponderar as circunstâncias fáticas de cada parte antes de determinar sobre qual delas recairá o *onus probandi*. Veja-se o entendimento de Bueno a respeito da teoria *dinâmica*:

Por esta teoria, a distribuição do ônus da prova deve atentar não apenas à regra derivada da previsão abstrata legislativa [...], mas também — senão principalmente — às peculiaridades de cada caso concreto e às *reais* possibilidades de os litigantes, inclusive com relação ao *objeto* e aos *meios* de prova, desincumbirem-se adequadamente de seu ônus probatório com vistas à formação do convencimento do magistrado.⁽⁸⁴⁾

(84) BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Procedimento comum: ordinário e sumário, p. 276.

Na realidade, conforme assevera Didier Jr., diz-se que a “distribuição rígida do ônus de prova atrofia nosso sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos”⁽⁸⁵⁾ Por tal razão, Didier Jr. defende a aplicação da teoria *dinâmica*, definindo-a assim:

Enfim, de acordo com essa teoria: *i)* o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; *ii)* sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, *dinâmica*; *iii)* pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); *iv)* não é relevante a natureza do fato probando — se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito — ou o interesse em prová-lo, mas, sim, quem tem mais possibilidades de fazer a prova.⁽⁸⁶⁾

Resumidamente, portanto, pode-se afirmar que o modelo *dinâmico* assume como baliza norteadora a busca pela verdade. Abre-se margem ao juiz para distribuir o *onus probandi* de acordo com a real capacidade de cada uma das partes, e deixam-se de lado os critérios pautados na posição da parte no processo (autor ou réu) e na espécie de fato a ser provado (constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo).

A medida é salutar, porquanto se adapta a ambas funções do ônus da prova. Considerando-se a função *subjética*, tem-se que o modelo *dinâmico* favorece o convencimento do juiz, pois estimula as partes à produção das provas que lhe são passíveis de demonstração. No que diz respeito à função *objetiva*, garante-se ao juiz maior segurança de julgamento quando em estado de dúvida, pois a presunção contrária à parte incumbida do *onus probandi* se dará depois de uma fase instrutória estimulada até sua máxima eficiência.

Dito isso, importa apreciar, agora, a normativa dada ao modelo *dinâmico* de distribuição do ônus da prova pelo novo CPC.

(85) DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, p. 95.

(86) *Ibidem*, p. 97.

4.3.2. Distribuição dinâmica no Novo CPC — Lei n. 13.105/2015

A teoria da distribuição *dinâmica* do ônus da prova está consubstanciada no art. 373, §§ 1º e 2º, do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), *in verbis*:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

O primeiro comentário a ser feito diz respeito aos incisos I e II do art. 373, os quais permanecem com teor muito semelhante ao do art. 333 do CPC vigente. Por conseguinte, extrai-se que o novo CPC ainda prevê uma *regra geral* para a distribuição do ônus da prova. Nos mesmos trilhos da teoria *estática*, incumbe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Vale ressaltar, todavia, que as normas dos arts. 333 do CPC e 373, I e II, do novo CPC não representam, por si, afronta à real capacidade probatória das partes, nem se apresentam incoerentes para a busca da verdade concreta. Na realidade, é a falta de norma suplementar que paralisa o sistema, impedindo a distribuição *dinâmica* do ônus da prova nos casos em que se mostra necessária. Ambos os arts. 333 e 373, I e II, quando posicionados como *regra*

geral, adequam-se bem ao sistema jurídico, habilitando as funções *subjéctiva* e *objectiva* do ônus da prova.

Relembre-se, inclusive, o ensinamento de Alvim. Para o autor, a norma do art. 333 se apresenta apta a distribuir isonomicamente o ônus da prova, além de imprimir nas partes, desde antes da concepção do processo, um senso de autorresponsabilidade — as partes têm prévia noção das provas que terão interesse em produzir⁽⁸⁷⁾.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, no entanto, está efetivamente personificada nos §§ 1º e 2º do art. 373.

Conforme o texto daquele artigo, há cinco elementos que merecem especial atenção: a) a possibilidade de o juiz atuar em decisão fundamentada sobre o ônus da prova; b) a consideração das circunstâncias da causa e das peculiaridades do fato a ser provado; c) a concessão de oportunidade à parte para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído; d) a distribuição de modo diverso do ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

O primeiro aspecto — *a possibilidade de o juiz atuar em decisão fundamentada sobre o ônus da prova* — diz respeito à própria ampliação dos poderes do magistrado, o qual estava preso à política engessada do art. 333 do CPC vigente. Além disso, a menção de uma “decisão fundamentada” — característica da jurisdição — mobiliza o juiz, o qual recebe espaço para participar e colaborar efetivamente com a solução justa do litígio. Mencione-se a lição de Bueno, em que salienta a interação das partes com o juiz:

Como é o magistrado o destinatário da prova, é importante que ele verifique com cada uma das partes as *reais* possibilidades da produção das provas de suas alegações em casos em que haja possibilidade de

(87) ALVIM, José Manuel Arruda. *Manual de direito processual civil*, p. 468.

variação das regras gerais (*estáticas*) dos incisos do art. 333.⁽⁸⁸⁾

O segundo aspecto — *a consideração das circunstâncias da causa e das peculiaridades do fato a ser provado* — especifica os fundamentos da decisão do magistrado. Ao contrário do que é previsto no direito consumerista, em que o magistrado depende de fato verossímil ou da comprovação da hipossuficiência da parte para a inversão do ônus da prova, o art. 373 apresenta teor mais subjetivo, abrindo margem à interpretação do juiz independentemente da simples condição financeira das partes ou da própria verossimilhança das alegações.

Mencione-se, portanto, que o novo CPC amplia, nesse tocante, os poderes concedidos ao juiz, concedendo-lhe forte discricionariedade no bojo da formação probatória. Como resultado, basta ao magistrado que pondere acerca da chamada *impossibilidade* ou *excessiva dificuldade* de produção de prova por uma das partes, de forma a se prevenir a existência da prova diabólica no sistema jurídico pátrio.

O terceiro ponto — *a concessão de oportunidade à parte para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído* — diz respeito à concessão pelo magistrado de tempo hábil para a produção de prova. Sendo esse um direito da parte, tem-se, por consequência, que a sentença não é o momento mais apropriado para a inversão do ônus da prova. É preferível que se distribua dinamicamente o ônus da prova antes da fase de instrução, permitindo-se à parte que desempenhe adequadamente a produção de prova. Cite-se Didier Jr.:

Ademais, essa repartição casuística e dinâmica do ônus da prova deve ser feita pelo magistrado antes da fase instrutória, em tempo de a parte onerada desincumbir-se do encargo, sob pena de se comprometer a segurança jurídica das partes e o seu direito fundamental à prova [...].⁽⁸⁹⁾

(88) BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Procedimento comum: ordinário e sumário, p. 276.

(89) DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, p. 101-102.

Dados esses requisitos, pode o juiz, então, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la. Nesse tocante, vale destacar a prudência do legislador, que adicionou à normativa o teor do § 2º. A distribuição diversa do *onus probandi* não pode provocar situação em que a nova parte incumbida esteja em condições impossíveis ou excessivamente difíceis para a produção da prova. Afinal, de nada adiantaria retirar o ônus de uma das partes e concedê-lo à outra, se a produção da prova, ao final, restasse prejudicada.

Isso posto, finda a análise acerca do modelo de distribuição *dinâmica* do ônus da prova — revolidos os seus fundamentos teóricos e sua fórmula normativa no novo CPC — cumpre saber se técnica semelhante pode se estender ao ramo do processo do trabalho, objeto de estudo da presente obra.

4.3.3. Aplicação da teoria dinâmica no processo do trabalho

Diante de todo o exposto na presente obra, têm-se fundamentos palpáveis para se defender a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho.

Inicie-se lembrando os conceitos de prova e ônus da prova.

Conforme exposto, a prova é um instituto jurídico direcionado à busca da verdade em um processo judicial, habilitado à demonstração de fatos, oriundo das alegações das partes, apto a gerar um ônus probatório e conduzir à procedência ou improcedência da ação.

O ônus da prova, por sua vez, corresponde a um fardo processual. Em sentido objetivo, é regra de julgamento, permitindo ao juiz que presuma um estado de fato contrário ao interesse da parte onerada. Em sentido subjetivo, orienta a instrução, indicando às partes as provas que deverão produzir para não sofrerem um julgamento contrário a seus próprios interesses.

Ambos os conceitos — de prova e de ônus da prova — foram abordados nas esferas civil

e trabalhista, verificando-se a sua compatibilidade e intercambialidade.

Importa salientar, também, que ambos os ramos do direito abordados — civil e trabalhista — aderiram, como regra geral, à teoria da distribuição *estática* do ônus da prova. No processo civil, a teoria tem seus alicerces no art. 333, I e II do CPC vigente. No processo do trabalho, a regra geral se consolida no art. 818 da CLT, o qual requer a aplicação subsidiária da norma processual civil.

Dessa maneira, pode-se afirmar que os aspectos trabalhados até o momento — prova, ônus da prova e modelo estático de distribuição do ônus da prova — não possuem diferença significativa entre os ramos civil e trabalhista. O próximo passo envolve distinguir as inconsistências do modelo estático nas duas esferas jurídicas em exame.

Conforme estudado, o modelo estático de distribuição do ônus da prova apresenta deficiências que também ultrapassam as fronteiras de cada área do direito. O *onus probandi* é frequentemente distribuído a uma parte incapaz de fazer prova de determinado fato, promovendo um julgamento que é simultaneamente alheio à busca da verdade e favorável à parte contrária, a qual, muitas vezes, estava em melhores condições de demonstrar o fato controverso. É o efeito da chamada *prova diabólica*, presente no processo civil e trabalhista.

Aprofundando-se no tema, importa questionar, em abstrato, por que razões a prova se apresenta mais difícil, em determinadas situações, a certas partes que a outras.

O ramo civil, dadas a sua extensão e diversidade temáticas, está pautado, regra geral, em um fundamento de igualdade formal entre as partes. Supõe-se cada uma em condições idênticas de mobilizar o juízo e arcar com seus ônus processuais. Frequentemente, porém, uma das partes se encontra, no *caso concreto*, em posição de maior *fragilidade* em relação à outra. Para esses casos, a legislação sempre se

mostrou mais relutante à distribuição diversa do ônus da prova.

No entanto, há um caso, no próprio âmbito civil, em que a *fragilidade* entre as partes não é constatada no *caso concreto*, mas, ao contrário, é *presumida* pela própria lei: a relação desbalanceada entre consumidor e fornecedor. De acordo com o art. 4º, inciso I, do CDC, o consumidor se encontra em posição de *vulnerabilidade no mercado de consumo*. Requerer certas provas do consumidor, portanto, equivale a demandar prova diabólica.

Expondo-se de maneira mais genérica, é a *fragilidade* das partes o fator decisivo na demanda de prova diabólica. Quando essa *fragilidade* possui presunção legal, tem-se fundamento para a distribuição diversa do ônus da prova. Veja-se, agora, o cenário laboral.

No processo do trabalho, a fragilidade do empregado reside na sua hipossuficiência econômica e possui amparo nos princípios trabalhistas — sobretudo o princípio protetor — nas manifestações legais, convencionais e mesmo constitucionais do direito pátrio. A parte empregadora, detentora do poder econômico e diretivo da empresa, comumente se apresenta em melhores condições de demonstrar determinados fatos em juízo, abrindo espaço à inversão do ônus da prova.

Mais uma vez, portanto, encontra-se um ponto de harmonia entre os ramos do direito civil e trabalhista. Incorporado o modelo de distribuição estática do ônus da prova, ambos os sistemas colidiram com a demanda de *prova diabólica*, decorrente da *fragilidade* do consumidor ou do empregado. Ademais, ambos os sistemas positivaram e presumiram a fragilidade dessas partes, dando margem à inversão do ônus da prova.

Imperativo que se perceba, portanto, a proximidade, no tocante à inversão do ônus probatório, do sistema processual civil e trabalhista.

Todo o exposto, porém, resume-se a descrever a realidade e as possibilidades jurídico-processuais vigentes. Importa, contudo destacar

ainda dois principais fundamentos à alteração do modelo de distribuição do ônus da prova: a busca da verdade e o princípio da aptidão para a prova. Ambos orientam a mecânica probatória de todos os ramos jurídicos, norteiam a redação do novo CPC, e são aptos a embasar, também na seara trabalhista, o modelo de distribuição dinâmica da prova.

É da natureza do processo a busca da verdade. Embora a doutrina moderna rechace a busca da verdade *real* — a qual seria um obstáculo ao fim do processo — a busca da verdade *formal* — presumida pela função *objetiva* do ônus da prova — também não condiz com o escopo processual. Isso porque a verdade *formal*, na mais simples realidade, *não é* nem sequer verdade.

O que se busca, sim, é o meio-termo: a busca da verdade *verossímil* — mais branda que a utópica busca da verdade *real*, e menos omissa que a vazia busca da verdade *formal*. Apenas quando exauridas as opções probatórias de ambas as partes é que o juiz, como fundamento de sua decisão, deveria adotar a função *objetiva* do ônus da prova, satisfazendo o processo com a verdade *formal*. Nos demais casos, a busca da verdade *verossímil* abre margem à inversão do ônus da prova, ou, conforme a teoria adotada no novo CPC, à distribuição dinâmica do ônus da prova.

O princípio da aptidão para a prova, por sua vez, determina que o *onus probandi* deve permanecer com a parte mais apta a comprovar os fatos em juízo. Representa a baliza jurídica para a distribuição dinâmica do ônus da prova e consta expresso no § 1º do art. 373 do novo CPC. Cite-se Pires:

Aptidão para a prova significa sua produção por quem a detenha ou tenha melhor possibilidade de acesso à mesma, independente de sua posição processual, ou seja, se autor ou réu. O próprio conceito de aptidão fala por si, influenciando diretamente na atribuição do ônus da prova a uma das partes,

no caso, a que tenha a prova imprescindível à demanda.⁽⁹⁰⁾

Ambos os fatores mencionados — a busca pela verdade verossímil e o princípio da aptidão para a prova — apontam para a distribuição dinâmica do ônus da prova. Mais importante: suas normativas são compatíveis com ambos os sistemas processuais abordados — cível e trabalhista — fundamentando a transposição da teoria para a esfera do direito do trabalho.

Ademais, convém que se atente à autorização do art. 852-D da CLT, relacionada à postura ativa do magistrado durante a instrução:

Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

A normativa permite ao juiz determinar a produção de provas com base no ônus probatório de cada litigante, *limitando ou excluindo* as provas que considerar *excessivas*. Se interpretado à luz da aptidão para a prova e da busca da verdade verossímil, o referido artigo, à semelhança do que ocorre no processo civil, pode sustentar a distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho.

Conclui-se, dessa maneira, pela perfeita compatibilidade entre a teoria dinâmica do *onus probandi* e a sistemática trabalhista, sintonizando-se às funções do ônus da prova à natureza do processo e, em última instância, à formação de uma decisão verossímil, sustentável e, talvez, ainda mais digna.

5. Considerações finais

O presente artigo teve como intuito demonstrar as correspondências havidas entre os sistemas processuais civil e trabalhista,

(90) PIRES, Líbia da Graça. *Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2011. p. 167.

fundamentando o caminho para a aplicação da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no processo do trabalho.

Nesse sentido, iniciou-se por meio da comparação entre os conceitos de prova nas duas searas. Verificou-se que as definições de prova apresentam elementos coincidentes no processo civil e do trabalho — demonstração, objeto de prova, destinatário da prova, busca pela verdade, atribuição de ônus processual, impacto na procedência ou improcedência da ação. Dissertado acerca do conjunto de características, concluiu-se pela possibilidade de se utilizar apenas um conceito de prova para os dois sistemas processuais observados.

Semelhantemente, estudou-se o ônus da prova como um único instituto, correspondente a um fardo processual. Em sentido objetivo, funciona como regra de julgamento, permitindo ao juiz que presuma um estado de fato contrário ao interesse da parte onerada. Em sentido subjetivo, orienta a instrução, indicando às partes as provas que deverão produzir para não sofrerem um julgamento contrário a seus próprios interesses.

Dessa maneira, passou-se a se trabalhar com apenas um conceito de prova e de ônus da prova em ambos os processos: civil e trabalhista.

Apresentadas essas premissas, demonstrou-se, também, que a *regra geral* para a distribuição do ônus da prova, prevista no CPC vigente e aplicável subsidiariamente à CLT, implica a aplicação do modelo estático de distribuição do ônus da prova, incapaz de responder adequadamente às demandas judiciais e às funções *objetiva e subjetiva* do *onus probandi*.

Frequentemente, o ônus da prova é distribuído a uma parte que não possui os meios hábeis para fazer prova de determinado fato, seja na esfera civil, seja na esfera trabalhista. Como o magistrado não pode se furtar a decidir, tem-se um julgamento que é, simultaneamente, alheio à busca da verdade e favorável à parte contrária, a qual, muitas vezes, estava em melhores

condições de demonstrar o fato controverso. Nesses casos, quando a parte onerada não se encontra em situação apta a produzir a prova demandada, diz-se que foi incumbida com *prova diabólica* — inconsistência presente em todos os ramos do direito.

No tocante à *prova diabólica*, verificou-se que a *fragilidade* das partes é fator de destaque. Seja na esfera civil — em razão da vulnerabilidade do consumidor —, seja na esfera trabalhista — pela vulnerabilidade do empregado — a fragilidade de uma das partes se apresenta como uma linha divisória para se determinar a existência de prova diabólica. Ademais, quando essa *fragilidade* possui presunção legal, tem-se fundamento para a distribuição diversa do ônus da prova — por meio da inversão do ônus da prova — no âmbito consumerista e no processo do trabalho.

Ante todo o exposto, conclui-se que cenário jurídico abordado — apto a ensejar a distribuição diversa do ônus da prova — é fundamentalmente o mesmo, embora possua suas peculiaridades em cada ramo do direito. As sistemáticas civil e trabalhista requerem, cada uma à sua maneira, a aplicação do modelo dinâmico do ônus da prova, o qual se adequa melhor a dois valores fundamentais do processo: a busca pela verdade e o princípio da aptidão para a prova.

Destaca-se que foi estudada a busca da verdade *verossímil*. Tendo-a como norte jurídico, deve-se evitar o julgamento embasado na verdade meramente *formal*, decorrente da aplicação judicial da função *objetiva* do ônus da prova. Essa deve servir ao processo como último recurso, sendo aplicável apenas quando exauridas as opções probatórias de ambas as partes. Nos demais casos, a busca da verdade *verossímil* deve prevalecer, abrindo-se margem à distribuição dinâmica do ônus da prova.

O princípio da aptidão para a prova, por sua vez, determina que o *onus probandi* deve permanecer com a parte mais apta a comprovar os fatos em juízo. Representa a baliza

jurídica para a distribuição dinâmica do ônus da prova e consta expresso no § 1º do art. 373 do novo CPC.

Dessa maneira, verificadas as intercambialidades entre o sistema processual civil e trabalhista, e submetendo-se ambos às diretrizes processuais da busca pela verdade e do princípio da aptidão para a prova, importa concluir pela possibilidade de se aplicar, também na esfera do processo do trabalho, o disposto no art. 373 da Lei n. 13.105/2015 — o novo CPC — permitindo-se a distribuição dinâmica do *onus probandi* nos casos em que se constata, por um lado, a impossibilidade ou excessiva dificuldade de uma das partes em cumprir seu encargo probatório, e do outro, a maior facilidade de obtenção da prova pela parte adversa.

6. Referências bibliográficas

ALVIM, José Manuel Arruda. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. II.

BALDINI, Renato Ornellas. *Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. *Compêndio de direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *AIRR n. 197700-31.2008.5.23.0036*. Min. rel. Alberto Luiz Bresciani de Fontan, 20 maio 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Procedimento comum: ordinário e sumário. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

CAMPANELLI, Luciana Amicucci. *Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 15. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, v. II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III.

GIGLIO, Wagner Drdla. *Direito processual do trabalho*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEITE, Roberto Basilone. *Introdução ao direito do consumidor*. São Paulo: LTr, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MACHADO JR., César Pereira da Silva. *O ônus da prova no direito do trabalho*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. II.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 34. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. I.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 28. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

NERY JR., Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PARIZATTO, João Roberto. *Direitos do consumidor*. São Paulo: Editora Parizatto, 2013.

PIRES, Lúbia da Graça. *Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2011.

SAKO, Emília Simeão Albino. *A prova no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. I.

TEIXEIRA FILHO, Manuel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1988.

_____. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. II.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. II.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. I.

A terceirização trabalhista como forma de subverter a lógica protetiva do Direito do Trabalho

Samir Alves Daura^(*)

Resumo:

- O presente artigo, em linhas gerais, visa analisar a presença da terceirização no atual cenário trabalhista. Como é notório, o Direito do Trabalho tem a natural missão de equilibrar as forças presentes na relação de emprego, posto o poderio superior do empregador. No caso do fenômeno ora estudado, ainda há problemas maiores, visto que a terceirização foge à regra da clássica relação formada entre trabalhador e empregador. Desse modo, discutiremos sobre as diversas formas de terceirização, como a jurisprudência tem agido, sobre os problemas que surgem, e principalmente, sobre a ausência de uma legislação eficaz, que proíba o desrespeito aos direitos trabalhistas.

Palavras-chave:

- Terceirização trabalhista — Direitos trabalhistas— Terceirização ilícita — Isonomia salarial.

Abstract:

- This article, in general, aims to analyze the presence of outsourcing in the current labor scenario. As is well known, Labor Law has the natural mission of balancing the forces present in the employment relationship, since the higher power of the employer. In the case of the studied phenomenon, there are still major problems, since the outsourcing exception to the rule of classical relationship formed between worker and employer. Thus, we will discuss about the various forms of outsourcing, how the jurisprudence has been acting on the problems that arise, and mainly on the lack of effective legislation, which prohibits the abuse of labor rights.

Key-words:

- Labor outsourcing— Labor rights — Illegal outsourcing — Wage equality.

(*) Advogado. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários — IBET. Graduado pela Faculdade de Direito Milton Campos — FDMC.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Da terceirização e suas hipóteses restritas de aplicação
 - ▶ 2.1. Caracterização
 - ▶ 2.2. Terceirização lícita
 - ▶ 2.3. Terceirização no serviço público
 - ▶ 2.4. Trabalho temporário
 - ▶ 2.5. Da terceirização dos serviços de vigilância, conservação e limpeza
 - ▶ 2.6. Atividade-meio e atividade-fim das empresas
- ▶ 3. Da terceirização ilícita
- ▶ 4. Terceirização: análise jurisprudencial e responsabilidade
- ▶ 5. Isonomia salarial e terceirização: uma reflexão necessária
- ▶ 6. A terceirização da atividade-fim de empresas e a desconstrução do Direito do Trabalho
- ▶ 7. Direito sindical e o trabalhador terceirizado
- ▶ 8. Considerações finais
- ▶ 9. Referências bibliográficas

1. Introdução

As últimas reformas sobre a ordem jurídica brasileira demonstram a clara intenção de poderosos grupos econômicos e políticos, que objetivam, acima de tudo, afastar o controle do Estado sobre as várias atividades privadas. No Direito do Trabalho, esta ordem, denominada flexibilizatória, tem agido de maneira perversa, pois objetiva enfraquecer e eliminar diversos direitos há muito garantidos.

Sob este enfoque, a terceirização é um dos grandes paradoxos atuais do Direito do Trabalho. Como é notório, ela se diferencia totalmente da clássica forma de contratação (empregado x empregador), por meio da inserção de uma empresa intermediária, responsável pelo vínculo com o trabalhador terceirizado. Tal fato, muitas vezes, enfraquece o poder de atuação do obreiro posto nesta situação.

Inegavelmente, o fenômeno descrito está disseminado, não cabendo mais refutarmos sua utilização, exceto nos casos de ilicitude. Com efeito, o papel do estudioso e do aplicador do direito é reconhecer a excepcionalidade

do instituto, convertendo a terceirização ao âmbito de atuação do Direito do Trabalho, não permitindo a perpetração de fraudes.

Entretanto, vivenciamos um momento bastante preocupante, pois o fenômeno da terceirização tem se dissipado velozmente, sendo, muitas das vezes de maneira ilícita, com o intuito precípuo de fraudar as normas protetivas do ramo *justalabalhista*.

Vivenciamos uma era flexibilizatória, que pugna pelo distanciamento do Estado em face da relação entre trabalhadores e empregadores. Desta maneira, a luta contra o abuso deste movimento econômico/político deve se fortalecer, posto estar em jogo preceitos dispostos pelo texto constitucional, da ordem dos direitos sociais, que conferem dignidade à pessoa humana.

Atualmente, no julgamento do ARE n. 713.211, o tema teve repercussão geral reconhecida pelo STF, especialmente com o intuito de se delimitar as hipóteses de terceirização trabalhista diante do que se compreende como “atividade-fim” e “atividade-meio” das empresas.

Ainda, sobre o tema em comento, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 4.330/2004, que tem recebido inúmeras críticas de diversos estudiosos do Direito do Trabalho, principalmente por generalizar a utilização da terceirização, ao invés de delimitar a possibilidade de sua utilização, posto se tratar de evidente instituto excepcional.

Desta maneira, faz-se necessário a elaboração consciente de normas tendentes a regulamentar a terceirização de maneira correlata com os princípios e regras responsáveis por proteger os trabalhadores. Ademais, devemos renovar a confiança depositada no Judiciário Trabalhista, responsável em equilibrar as grandes disparidades encontradas nos embates característicos do Direito do Trabalho.

2. Da terceirização e suas hipóteses restritas de aplicação

2.1. Caracterização

De acordo com o próprio significado da palavra, terceirização indica a existência de um intermediário, de um terceiro. No caso do fenômeno social, político, econômico e jurídico ora estudado, trata-se da relação de trabalho triangular, na qual participam o empregado, o tomador de serviços e a empresa terceirizante.

Nos diversos casos concretos, o empregado, apesar de prestar o serviço diretamente ao tomador, estabelece o vínculo empregatício junto à empresa interveniente, responsável pelos serviços terceirizados. Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado:

Para o Direito do Trabalho a terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no

mercado trabalhista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.⁽¹⁾

Com efeito, a estrutura triangular de contratação se diferencia da histórica relação formada entre empregado e empregador. O surgimento de desequilíbrios perante a relação de emprego é evidente, o que torna a terceirização um tema polêmico, objeto de várias críticas advindas da doutrina e da jurisprudência. Ademais, sua utilização no Brasil é vedada, sendo permitida em apenas alguns casos excepcionais.

Muitas vezes, o trabalhador terceirizado fica submetido a precárias condições de trabalho, pois não cria uma relação direta com o tomador, bem como com os demais componentes de seu ambiente de trabalho. Ademais, em vários casos, fica exposto a diferenças salariais em relação aos obreiros responsáveis pelas mesmas tarefas, mas que possuem o vínculo de emprego formado diretamente com o tomador, no caso, o empregador.

Ainda, não podemos nos esquecer dos casos de terceirização ilícita, em que o trabalhador sofre ordens diretas do tomador, sendo considerado, na prática, um empregado terceirizado, com seus direitos ameaçados. Destacam-se, também, os casos absurdos de formação de pretensas cooperativas de mão de obra, formadas com o objetivo de eliminar o direito fundamental de todo trabalhador ao vínculo de emprego.

Assim, iremos refletir sobre a falta de parâmetros legais, capazes de no mínimo limitarem

(1) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 430.

os efeitos danosos, causados pela terceirização. Desta maneira, para melhor situarmos a questão, cumpre analisar as modalidades lícitas do fenômeno.

2.2. Terceirização lícita

Conforme já destacado anteriormente, as hipóteses lícitas de terceirização são exceções, tendo em vista que já é pacífico, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, a ilegalidade da simples contratação de maneira terceirizada, sem observância das condições permissivas (*vide* a evolução das súmulas do TST sobre o tema).

Desta maneira, abordaremos nos próximos tópicos as hipóteses descritas na legislação sobre o tema, bem como as dispostas na Súmula n. 331 do TST.

2.3. Terceirização no serviço público

A primeira forma de terceirização no país ocorreu perante a Administração Pública.

Como forma de concentrar os investimentos nas áreas de principal atuação dos entes públicos, editou-se o Decreto-lei n. 200/67, que em seu art. 10, assim dispõe:

Art. 10, § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, a execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Diante do texto legal colacionado, ficou clara a intenção do legislador em descentralizar os trabalhos tidos como não essenciais da Administração Pública. Assim, delegou a particulares que possuíssem condições técnicas, a execução de determinados serviços.

Entretanto, apesar da clara intenção disposta na lei, algumas dúvidas ainda se faziam presentes. Dentre elas, estava o questionamento:

quais seriam as atividades não essenciais que poderiam ser terceirizadas? A indagação era bastante relevante, visto que a Administração Pública estava (e está) submetida aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade.

Com o objetivo de esclarecer o texto normativo anterior, foi publicada a Lei n. 5.645, de 1970, que à época, exemplificou hipóteses permissivas de terceirização no serviço público. Veja-se o art. 3º, parágrafo único, do mencionado diploma legal (quanto a este dispositivo, destaca-se que foi revogado pela Lei n. 9.527/97):

As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967.

De acordo com o exposto, denota-se a intenção do legislador em priorizar a prestação do serviço público de maneira mais eficiente, concentrando os investimentos para as atividades voltadas à coletividade, ou seja, principais.

2.4. Trabalho temporário

Para muitos autores, verdadeira forma de terceirização é a contratação de trabalhadores temporários.

Dissertando sobre o tema no âmbito do Direito Português, Luis Manuel Teles de Menezes Leitão assim dispõe:

Trata-se de uma modalidade especial de contrato de trabalho, em que um trabalhador se vincula perante uma empresa de trabalho temporário a prestar a sua actividade a quem esta indicar, celebrando esta com terceiros um contrato de utilização, por virtude do qual lhe disponibilizam os seus trabalhadores. Estes contratos originam assim uma relação triangular, no âmbito da qual se estabelece como que uma cisão na posição jurídica do empregador, na medida em que a obrigação de pagamento da retribuição e contribuições para a segurança

social se mantém na empresa de trabalho temporário, mas a autoridade e direcção sobre o trabalhador passam a ser exercidas pelo utilizador.⁽²⁾

No Brasil, a Lei n. 6.019, de 1974, dispõe acerca do trabalho temporário. Quando da publicação do mencionado texto normativo, uma grande polémica tomou conta das mesas de debates, qual seja, a possibilidade de se terceirizar serviços principais, o que era completamente incompatível com a ordem trabalhista vigente à época. Ademais, a citada lei restringia determinados direitos já estabelecidos na própria CLT.

Deste modo, o trabalhador temporário era prejudicado em face do empregado clássico, com vínculo direto e permanente com o tomador (no caso, empregador). Entretanto, ao longo dos anos, tanto a doutrina como a jurisprudência buscaram amenizar a nova situação, determinando a aplicação de certos direitos aos trabalhadores em questão. Veja-se a seguinte disposição, retirada da obra de Godinho:

A jurisprudência trabalhista, entretanto, ao longo das décadas desde 1974, buscou construir um controle civilizatório sobre essa figura jurídica excepcional, trazendo-a, ao máximo, para dentro das fronteiras juslaborativas. Nesse quadro evolutivo, hoje prepondera o entendimento de que o contrato temporário, embora regulado por lei especial, é um contrato de emprego, do tipo pacto a termo, apenas submetido às regras especiais da Lei n. 6.019.⁽³⁾

Com efeito, a aplicação da Lei n. 6.019, de 1974, é importante, pois ela delimita quais as condições para configuração do trabalho temporário. Entretanto, é imprescindível que se diga que outras regras também serão observadas, como forma de resguardar direitos expressamente elencados em outros textos

legais, como a própria Constituição da República de 1988.

2.5. Da terceirização dos serviços de vigilância, conservação e limpeza

A vigilância bancária foi um dos primeiros casos de terceirização do setor privado. Atualmente, não apenas a vigilância bancária está englobada no rol dos serviços componentes da mencionada terceirização lícita, como também, qualquer atividade de vigilância presente nos diversos setores do mercado.

As mesmas considerações servem para os serviços de conservação e limpeza, objeto de terceirização há algumas décadas (o Enunciado n. 331 do TST elencou todos estes serviços na classificação lícita da terceirização). A terceirização, nestes casos, se dá com o objetivo de a empresa tomadora focar seus esforços na prestação de seus serviços principais.

2.6. Atividade-meio e atividade-fim das empresas

Polémica é a questão da terceirização de atividades-meio, não essenciais ao tomador de serviços. De acordo com o inciso III, da Súmula n. 331 do TST, o rol das atividades em comento não foi elaborado, o que suscita determinadas dúvidas e, muitas vezes, verdadeira burla às modalidades lícitas de terceirização.

Neste contexto, vale, inicialmente, conceituar atividade-meio e atividade-fim, nos termos postos por Mauricio Godinho Delgado:

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.⁽⁴⁾

(2) LEITÃO, Luiz Manuel Teles de Menezes. *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 477-478.

(3) DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 451.

(4) *Ibidem*, p. 442.

No que tange às atividades-meio:

São aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.⁽⁵⁾

Apesar de os conceitos em tese serem bastante claros, o cotidiano de casos trabalhistas envolvendo a terceirização, perante as Varas e os Tribunais do Trabalho, demonstram um alargamento do que seria realmente atividade-meio, ocasionando números impressionantes de verdadeiras terceirizações ilícitas.

Como se verá adiante, atualmente, há um movimento de determinados setores da sociedade que visa legalizar a terceirização das atividades essenciais das empresas, que, com a devida *venia*, representa verdadeira fraude aos direitos trabalhistas, degradando a relação de emprego e o próprio ambiente laboral.

3. Da terceirização ilícita

De acordo com a discussão travada na presente pesquisa, ficou claro que a ordem jurídica brasileira considera como ilegal a contratação de trabalhador por interposta empresa. Porém, conforme já disposto no último tópico, determinados casos são admitidos.

A princípio, a questão parece não suscitar muitos apontamentos, pois, em tese, as hipóteses permissivas da terceirização estão delimitadas. Ocorre que, na prática, o que se vê é um grande abuso, por meio da dissimulação na contratação de serviços terceirizados, como simples forma de mitigar direitos trabalhistas, bem como dificultar o reconhecimento do vínculo de emprego.

Outras vezes (não raras), apesar de adequada a terceirização a uma das formas permitidas, os

elementos necessários à sua própria estrutura não são observados. Trata-se dos casos de efetiva existência de pessoalidade em razão da relação formada, bem como nas situações em que o trabalhador terceirizado sofre direta subordinação do tomador de serviços, o que torna ilícita a terceirização formada.

No primeiro caso, apesar da terceirização operada, o empregado possui uma relação pessoalíssima com o tomador de serviços, não podendo ser substituído por qualquer outro empregado da empresa terceirizante. Como se percebe, trata-se de uma situação completamente contraditória, haja vista que o vínculo empregatício do trabalhador é formado com a empresa que fornece seus serviços, ou seja, a pessoalidade deveria se relacionar diretamente com a empresa que terceiriza os seus serviços.

Quanto à subordinação, por óbvio, deverá ocorrer junto à empresa terceirizante, pois é ela que realiza (ou, ao menos deveria realizar) o controle sobre o trabalhador, devendo este, no máximo, se adequar aos procedimentos básicos do tomador, como forma de possibilitar sua própria prestação de serviços.

De acordo com Mauricio Godinho Delgado:

Isso significa, na verdade, que a jurisprudência admite a terceirização apenas enquanto modalidade de contratação de prestação de serviços entre duas entidades empresariais, mediante a qual a empresa terceirizante responde pela direção dos serviços efetuados por seu trabalhador no estabelecimento da empresa tomadora. A subordinação e a pessoalidade, desse modo, terão de se manter perante a empresa terceirizante e não diretamente em face da empresa tomadora dos serviços terceirizados.⁽⁶⁾

O mesmo autor faz ressalvas quanto à proibição dos mencionados elementos componentes da relação de emprego junto à determinada hipótese de terceirização. De fato, no caso do trabalho temporário, os elementos pessoalidade e subordinação estarão presentes

(5) *Ibidem*, p. 442-443.

(6) *Ibidem*, p. 443.

entre trabalhador e tomador, pois o primeiro desempenha atividades principais do segundo.

A própria Súmula n. 331 do TST deixa clara essa possibilidade, pois a expressa proibição da existência dos mencionados elementos junto ao tomador está presente no inciso III, não havendo qualquer menção no inciso I, que trata justamente do trabalho temporário.

Outra situação de ilicitude da terceirização, que vem se tornando um enorme problema para o judiciário trabalhista, é a formação de cooperativas de mão de obra, unicamente para retirar a incidência dos direitos do trabalho, tornando precária a situação do suposto cooperado.

A própria Administração Pública muitas vezes pratica a terceirização ilícita. Nestes casos, a situação é ainda mais problemática, visto que além de não adentrar nas hipóteses lícitas de contratação terceirizada, está o ente público em questão descumprindo preceitos de ordem constitucional.

De acordo com todo o exposto, restaram demonstrados os problemas causados em razão da contratação ilícita da terceirização. Com efeito, se permitirmos a difusão descontrolada do fenômeno, invariavelmente estaremos contribuindo com o crescimento de um enorme problema social, qual seja, a precarização das condições de trabalho.

Apesar do peso das forças políticas e econômicas que pregam abertamente a flexibilização e a desregulamentação, não devemos ceder às pressões, pois, do contrário, estaríamos abrindo mão de décadas de luta por melhores condições de trabalho. Ademais, admitir por inteiro a nova ordem flexibilizatória é desconsiderar a importância do próprio judiciário trabalhista, responsável, em última análise, pelo equilíbrio que deve ocorrer na relação formada entre empregado e empregador.

4. Terceirização: análise jurisprudencial e responsabilidade

Desde o início da expansão da terceirização no Brasil, a jurisprudência vem estabelecendo

diversas interpretações, ante a notória ausência de comandos legais. Entretanto, em razão da própria alteração brusca que o processo terceirizante causa — abalo da clássica estrutura de contratação — difícil tem sido o trabalho para os juízes e tribunais que lidam com o problema em foco.

Dessa maneira, em 1980, o Tribunal Superior do Trabalho elaborou a primeira súmula sobre o tema (Súmula n. 256). Em seu teor, ficou clara a intenção do TST em não permitir o crescimento desenfreado da terceirização, considerando-a como verdadeira forma excepcional de contratação. No texto do enunciado, estavam descritas as hipóteses permissivas da forma de contratação em questão. Veja-se o teor do citado verbete:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.1974, e 7.102, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Conforme observam vários autores, a súmula ora analisada foi bastante importante como parâmetro para contratação de serviços terceirizados. Em seu teor, fica nítido o reconhecimento do TST acerca dos malefícios que a terceirização pode causar, sendo assim, vedada sua utilização indiscriminada.

Entretanto, apesar dos seus pontos positivos, a mencionada Súmula não previa algumas exceções já positivadas, como a Lei n. 5.645, de 1970, que previa a possibilidade de terceirizar serviços da Administração Pública tidos como não essenciais.

No intuito de corrigir as lacunas presentes no Enunciado n. 256, o TST editou a Súmula n. 331. Em seu mérito, o novo verbete foi bem mais preciso, elucidando todas as hipóteses excetivas de contratação por meio de empresas prestadoras de serviços terceirizados (inclusive as hipóteses permitidas para o serviço público).

Sergio Pinto Martins assim dispôs sobre o novo enunciado:

O Enunciado n. 331 do TST foi dividido em quatro tópicos, cada qual tratando de vários assuntos, inclusive aqueles que não eram previstos no antigo Enunciado n. 256 da mesma Corte, como os serviços prestados à Administração Pública e os serviços de limpeza, o que mostra ter a revisão efetuada trazido também novidades, ampliando seu conteúdo. Iremos analisar o citado verbete sem necessariamente observar a mesma ordem dos incisos.⁽⁷⁾

Novamente, o Tribunal deixou expressa a proibição da terceirização como regular forma de contratação, imputando ao tomador de serviços a relação de trabalho direta com o empregado, quando violadas as hipóteses lícitas de contratação do trabalho terceirizado.

Finalmente, um dos grandes méritos da nova súmula foi a elaboração de um tópico específico sobre a responsabilidade dos sujeitos participantes das denominadas terceirização lícita e ilícita. Nesse sentido, vale colacionar o inteiro teor do mencionado enunciado:

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo o caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.74).

II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, 20.6.1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

A inclusão do inciso referente à responsabilidade do tomador de serviços foi um grande avanço para o combate à precarização das relações trabalhistas, a que estão submetidos vários trabalhadores terceirizados. Em primeiro lugar, ela demonstra (a responsabilidade) haver claramente dois tipos de terceirização: a lícita e a ilícita. Em segundo lugar, ela busca solucionar um problema há muito denunciado pelos estudiosos do Direito do Trabalho, qual seja, a responsabilidade do tomador quando contrata os serviços terceirizados de maneira irresponsável, sem se ater às reais condições de trabalho oferecidas pela empresa interveniente ao trabalhador terceirizado.

Com efeito, o tomador não poderá se imiscuir quando não observar regras mínimas de contratação (*culpa in contrahendo*). Ainda, tem o dever de fiscalizar as condições de trabalho a que está submetido o trabalhador temporário durante o próprio período de serviços (*culpa in vigilando*). Trata-se de verdadeira responsabilidade social, pois, do contrário, a empresa tomadora estaria se beneficiando expressamente do ilícito, ao celebrar um contrato com uma empresa interveniente que não cumpre os deveres trabalhistas, que é negligente com seus próprios empregados.

Sobre a responsabilidade de fiscalização, vejam-se as palavras de José Luciano Leonel de Carvalho:

A conduta culposa do tomador, a falta de diligência na contratação da empresa prestadora que gera a responsabilização, a *culpa in eligendo* se caracteriza quando a empresa tomadora contrata uma empresa prestadora sem capacidade de arcar com os direitos trabalhistas de seus empregados, e a *culpa in vigilando* se caracteriza quando a contratante

(7) MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 132.

não vigia, não fiscaliza, após a contratação, se a contratada continuará satisfazendo as obrigações trabalhistas. A culpa da empresa tomadora seria presumida.⁽⁸⁾

Por isso, no caso da terceirização lícita, a responsabilidade do tomador de serviços será subsidiária, tendo este o dever de vigilância e fiscalização. Ademais, é subsidiária, também, porque tanto o empregador como o tomador auferem benefícios com a prestação de trabalho do obreiro.

No caso da terceirização ilícita, em razão da própria ilegalidade da contratação dos serviços na forma terceirizada, a relação de trabalho do empregado passa a ser diretamente formada com o pretense tomador dos serviços (tornando-se empregador), que passa a ter responsabilidade solidária juntamente com a empresa interveniente em relação a todos direitos trabalhistas violados, bem como ao demais direitos que o trabalhador faz jus.

Alice Monteiro de Barros assim disserta sobre a Responsabilidade na Terceirização:

Outro exemplo diz respeito ao progressivo aumento da extensão da responsabilidade. A cada dia amplia-se o número de pessoas responsáveis pelos danos, admitindo-se, ao lado da responsabilidade direta ou por fato próprio do imputado, a indireta, por fatos de terceiro e coisas sob sua guarda, fundada na ideia de culpa presumida.⁽⁹⁾

Vale destacar que o inciso IV da Súmula n. 331 do TST sofreu alteração no ano 2000. Com efeito, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços também foi estendida ao Poder Público, nos casos em que este estiver autorizado a contratar serviços terceirizados. Evidentemente, não há que se falar em formação de vínculo trabalhista junto à Administração

Pública, tendo em vista a exigência constitucional de concurso público, pelo art. 37 da CR/88.

Por fim, devemos destacar que a jurisprudência trabalhista sobre a terceirização tem se mostrado bastante importante para o seu controle. Entretanto, obviamente, ela não substitui a necessidade de uma legislação clara, que deverá conciliá-la com os princípios e regras norteadores do ramo *justrabalhista*, descritos tanto na Constituição da República, como no texto Consolidado.

Com efeito, José Eduardo Duarte Saad afirma que “bem se sabe que existe um razoável vazio legal sobre terceirização de serviços, inobstante o disposto no art. 455, da Consolidação das Leis do Trabalho, da Lei n. 6.019/74 e da Lei n. 7.102/83. Ele é percebido pelos termos da Súmula n. 331, do Tribunal Superior do Trabalho”⁽¹⁰⁾.

E arremata o mesmo autor com a seguinte constatação: “como nós apontamos acima, hoje, não temos uma lei disciplinando integralmente a terceirização. A ausência dessa lei provoca inúmeras distorções, o que estimula a precarização dos trabalhos de um trabalhador, além de agravar a insegurança jurídica do empregador.”⁽¹¹⁾

Passemos à análise da terceirização sob o enfoque do salário equitativo.

5. Isonomia salarial e terceirização: uma reflexão necessária

No que se refere ao trabalho temporário, tanto o judiciário quanto a doutrina trabalharam bastante pela isonomia salarial entre trabalhador temporário e o empregado direto do tomador, pois se tratava de uma questão de bom-senso, visto que o empregado terceirizado se inseria na estrutura do tomador, realizando as mesmas tarefas do trabalhador efetivo.

Felizmente, a Lei n. 6.019, de 1974, previu o direito ao salário equitativo do trabalhador

(8) CARVALHO, José Luciano Leonel de. Terceirização e a fiscalização do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, LTr, vol. 73, n. 05, p. 730, maio 2009.

(9) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 454.

(10) SAAD, José Eduardo Duarte. Terceirização de serviços e a necessária elaboração de uma norma legal. *Revista LTr*, São Paulo, LTr, vol. 73, p. 30, jan. 2009.

(11) *Idem*.

temporário perante o empregado ligado pelo vínculo de emprego ao tomador de serviços, o que representou, de fato, um grande avanço na discussão do tema.

Dessa maneira, poderia se pensar, ao menos, estar superado o questionamento a respeito da extensão do direito ao salário isonômico dos demais trabalhadores terceirizados, que não temporários. Para o espanto de muitos, a questão está longe de um consenso.

Uma forte corrente jurisprudencial não admite a isonomia salarial nas demais hipóteses de terceirização, fazendo ressalva, apenas, ao caso do trabalhador temporário, em razão de disposição legal. Godinho bem explica:

A jurisprudência não se decidiu, pacificamente, nessa linha, reconheça-se. Mantém-se ainda importante a interpretação de que, desde que seja considerada lícita a terceirização — e não se tratando de trabalho temporário —, não seria aplicável o salário equitativo. Ou seja, em casos de terceirização lícita o padrão remuneratório dos trabalhadores terceirizados postos a serviço dessa mesma tomadora.⁽¹²⁾

Com a devida *venia*, a referida interpretação é conservadora, e diminui a real intenção da nova ordem democrática, que busca de maneira efetiva a isonomia em todo tipo de prestação de serviços.

Não cabe mais realizar uma interpretação extremamente formalista sobre o tema, pois ela simplifica questões de extrema importância, que o próprio Estado enquadra na categoria dos direitos sociais. Na realidade, devemos realizar uma interpretação sistemática, analisando a Constituição da República e as normas infraconstitucionais de maneira harmônica.

No que tange aos argumentos constitucionais de defesa da isonomia salarial, citamos, de plano, o art. 7º, XXXII, da CR/88, que, em termos gerais, veda a discriminação entre os diversos trabalhadores.

Pela simples observância do comando constitucional acima, já se justificaria a equidade salarial em relação a todas as modalidades de terceirização. Porém, diversas outras disposições justificam a mencionada equiparação, pois, se considerarmos o escopo da ordem constitucional vigente, os direitos de cunho social mereceram relevante destaque pelo legislador constitucional, sendo o salário, objeto de extrema importância.

É o caso, por exemplo, dos incisos VI e X do art. 7º da CR/88, que garantem irrestrita proteção ao salário, visto sua condição de garantidor da dignidade daquele que presta seus serviços a outrem. Portanto, qualquer restrição discriminatória é vedada pela Constituição.

Ademais, a própria doutrina moderna, condizente com o ideal social defendido pela Carta Magna reconhece que a própria Lei do Trabalho Temporário, no que diz respeito ao salário equitativo (art. 12, “a”), poderia muito bem ser utilizada como modelo para as demais formas de terceirização, pois não há qualquer impedimento ou incompatibilidade. Trata-se de, mais uma vez, destacar a necessidade de realizarmos uma interpretação sistemática, voltada a concretizar todo o ideal socializante do Direito do Trabalho, presente no próprio arcabouço constitucional pátrio.

Neste sentido, Livia Miraglia, com extrema precisão, escreve sobre a questão, demonstrando a contradição do raciocínio contrário:

Ao não permitir a extensão do direito de isonomia salarial aos trabalhadores terceirizados, fere-se não apenas o mais importante pilar do Direito do Trabalho, qual seja, o princípio tuitivo, mas também o preceito constitucional que preceitua a não discriminação, nos termos do art. 5º, I e XLI, da Constituição da República de 1988.⁽¹³⁾

De outro lado, pela análise do Direito Comparado, verificamos também o atraso

(12) DELGADO, Maurício Godinho, *op.cit.*, p. 445.

(13) MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *A terceirização trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 185.

da interpretação que ora criticamos, pois as principais ordens democráticas que prestigiam a igualdade já aceitam, expressamente, o salário equitativo como componente da terceirização, mitigando os malefícios desta forma de contratação.

Nesse diapasão, destaca-se que tratamos até o presente momento da necessidade de garantir o salário equitativo aos casos de terceirização lícita. Por outro lado, resta evidente que devemos defender a mesma tese para os inúmeros casos de terceirização ilícita, pois, ao tomador, que burla os efeitos decorrentes da relação de emprego, não resta justo que se aproveite de sua torpeza. Portanto, ao obreiro inserido nessa situação, resta o direito de receber todas as verbas que são pagas ao empregado efetivo. Trata-se de aplicar a isonomia em detrimento da contradição, ou mesmo da falta de critério na aplicação dos institutos.

Finalmente, mais uma vez retornamos à proposta inicial do presente estudo, que é justamente questionar a falta de parâmetros e regulamentação da terceirização trabalhista, visto que sua utilização indiscriminada, além de prejudicar aquele que realmente sofre seus efeitos, provoca o temível descrédito daqueles que ainda lutam por melhores condições de trabalho.

6. A terceirização da atividade-fim de empresas e a desconstrução do Direito do Trabalho

Como disposto desde o início do presente artigo, apesar de já existir súmula do TST tratando a respeito da terceirização trabalhista, seria importante que o legislador infraconstitucional editasse uma lei específica, estabelecendo explicitamente quais situações autorizariam a utilização do mencionado instituto, tendo como parâmetro as normas protetivas que orientam o Direito do Trabalho.

Todavia, é de se questionar quais são os atuais rumos que a legislação trabalhista tende a tomar. Infelizmente, a resposta parece não ser

positiva, visto que tramita no Congresso Nacional, em avançado estágio, o Projeto de Lei n. 4.330/2004, que em síntese, visa generalizar a utilização da terceirização, inclusive perante a atividade-fim ou principal da empresa, que como já sustentado, configuraria verdadeira fraude.

A utilização indiscriminada da terceirização representa uma grave afronta às normas do Direito do Trabalho, gerando uma subversão da lógica protetiva que norteia esse ramo do Direito.

Inúmeros juristas e estudiosos, inclusive ministros do TST, já se posicionaram de maneira fortemente contrária ao referido projeto de lei, que se aprovado, poderá ocasionar um retrocesso imenso e uma forma de eliminar direitos trabalhistas consagrados em nossa ordem jurídica à custa de muita luta.

É notório que a terceirização trabalhista precariza a relação de emprego, especialmente quando se trata de aplicá-la em face da atividade-fim do empregador. Ademais, tal forma de contratação é notória causa de aumento de desemprego e diminuição de salários, situações essas extremamente prejudiciais à classe trabalhadora.

Destaca-se, inclusive, que dados estatísticos têm demonstrado uma lógica perversa que acompanha a terceirização, qual seja, o aumento alarmante de acidentes de trabalho em empresas que utilizam trabalhadores terceirizados⁽¹⁴⁾.

Por todos esses motivos, não há outra conclusão, senão aquela que destaca as consequências negativas do Projeto de Lei n. 4.330/2004, que se aprovado, representará definitivamente uma

(14) Em reportagem publicada na Revista Labor do Ministério Público do Trabalho, ano I, n. 2, 2013, em relação à prática abusiva da terceirização em empresas do setor petrolífero e elétrico, no tocante à Petrobras, constatou-se que 80% das mortes por acidente de trabalho foram de trabalhadores terceirizados. Essa triste realidade decorre do uso indiscriminado e ilícito da terceirização.

marca negativa na luta pelo aprimoramento dos direitos dos trabalhadores no Brasil.

Finalmente, registre-se que, no julgamento do ARE n. 713.211⁽¹⁵⁾, o STF reconheceu a repercussão geral a fim de delimitar o conceito de atividade-fim em casos de terceirização. Em relação ao caso em comento, a Procuradoria-Geral da República já emitiu parecer contrário à terceirização da atividade-fim das empresas, considerando-a, em síntese, verdadeira fraude à legislação trabalhista.

Com efeito, espera-se que a Suprema Corte decida o tema em conformidade com os preceitos constitucionais que orientam o ramo *justralhista*, destacando a natureza excepcional da terceirização, bem como reafirmando as conquistas obtidas pela classe dos trabalhadores no Brasil nas últimas décadas e reconhecendo no trabalho uma das principais formas de trazer dignidade ao ser humano.

7. Direito sindical e o trabalhador terceirizado

A Constituição da República de 1988, privilegiando a democracia, bem como buscando fortalecer as diversas categorias de trabalhadores, expressamente dispõe acerca do direito de o obreiro se filiar ao sindicato de sua respectiva categoria presente na correspondente base territorial (art. 8º da CR/88).

Trata-se de um grande avanço, pois o fomento ao movimento sindical fortalece o trabalhador, visto que possibilita condições superiores de atuação perante o clássico “embate” com o empregador.

(15) RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA ILICITUDE. CONTROVÉRSIA SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. (ARE 713.211 RG, relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 15.5.2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG. 5.6.2014 PUBLIC. 6.6.2014)

No que tange à disseminação da terceirização, um grande problema tem surgido: como se estabelecerá o direito do trabalhador terceirizado de se sindicalizar? É notório que a forma como se dá o serviço terceirizado prejudica o trabalhador, visto que a organização em associação se torna bastante complicada. Nesse sentido, Airton Pereira Pinto assevera:

Sem a representação forte do sindicato da categoria principal, cria-se a situação paradoxal de falta de representação e poder de barganha. Alguns sindicatos representativos já estão inserindo em seus Estatutos modificações para que possam representar, também, os trabalhadores das empresas terceirizadas, procurando diminuir a diferença entre as vantagens e remuneração dos trabalhadores da tomadora e prestadora.⁽¹⁶⁾

Apresentando uma maneira de resolução do problema, Mauricio Godinho Delgado defende o direito do trabalhador terceirizado de se filiar ao sindicato representativo a que faz parte os empregados efetivos do tomador, que são, por óbvio, da mesma categoria do primeiro. Vejamos:

Somente pode ser organização sindical efetivamente representativa da categoria profissional do trabalhador terceirizado aquela entidade que represente, também hegemonicamente, os trabalhadores da empresa tomadora de serviços do obreiro! Toda a formação profissional, seus interesses profissionais, materiais e culturais, toda a vinculação laborativa essencial do trabalhador terceirizado, tudo se encontra direcionado à empresa tomadora de serviços, e não à mera intermediária de mão de obra. A real categoria profissional desse obreiro é aquela em que ele efetivamente se integra em seu cotidiano de labor⁽¹⁷⁾.

O posicionamento ora em análise é interessante, pois visa fortalecer a presença dos

(16) PINTO, Airton Pereira. *Direito do Trabalho Rural e a Terceirização*. São Paulo: LTr. p. 109.

(17) DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 471-472.

trabalhadores terceirizados. Entretanto, *data venia*, não responde a uma relevante indagação: como fica a situação sindical do trabalhador terceirizado que constantemente presta seus serviços a diferentes tomadores? Nestes casos, a vinculação do trabalhador terceirizado ao sindicato dos empregados efetivos muitas vezes não é a melhor solução. Enfrentando este dilema, Marcio Túlio Viana assim destaca:

Mas esse mesmo problema, paradoxalmente, traz em si a sua solução. Até certo ponto, a vida instável e picotada do terceirizado o aproxima de seu colega. Embora nem sempre compartilhem as realidades do dia-a-dia, pois podem estar em empresas diferentes, sofrem idêntica instabilidade e igual desenraizamento. Nesse aspecto, identificam-se.

Assim, a reunião desses terceirizados num sindicato próprio parece mais interessante do que a sua inserção no sindicato ao qual pertencem os efetivos. Aliás, de outro modo, eles correm o risco de ter de pular também de “um sindicato a outro”, a cada três meses, o que aumentaria — ao invés de reduzir — a sua natural dispersão.⁽¹⁸⁾

Em decorrência da disseminação da terceirização no cotidiano trabalhista, acreditamos que a formação de um sindicato próprio seria o mais apropriado, pois fortaleceria sobremaneira os obreiros que se submetem às dificuldades impostas por esse regime de contratação, dando condições para que seus direitos fossem respeitados e suas reivindicações ouvidas por todas as partes envolvidas.

Finalmente, fica claro que o debate acerca do direito à sindicalização do trabalhador terceirizado não pode mais ser postergado, sob pena de se restringir um direito constitucionalmente assegurado, tão importante para a nova ordem democrática, que é o direito à sindicalização. Ademais, tal situação enfraquece

os trabalhadores terceirizados, que nos últimos anos têm suportado inúmeros problemas decorrentes do instituto em estudo, principalmente perdas salariais, aumento indiscriminado do número de acidentes do trabalho e degradação do ambiente laboral.

8. Considerações finais

Diante do exposto no presente artigo, podemos de plano afirmar que o grande problema a ser encarado por aqueles que lidam com os casos de terceirização trabalhista é a falta de uma legislação eficaz, capaz de traçar os contornos do instituto, de forma a amoldá-los aos preceitos esculpidos pela ordem constitucional e social vigente.

Desta feita, são notórios os casos de fraude que se perpetram pelo manto da terceirização. Atualmente, a modalidade ilícita deste meio de contratação tem se tornado corriqueira, não podendo o judiciário ser o único a conter este temível avanço.

O desrespeito aos direitos mais básicos do trabalhador constitui uma ilegalidade inaceitável, principalmente nestes tempos, em que procuramos efetivar o Estado Democrático de Direito. Ademais, se estamos cobrando por uma legislação eficaz e justa, mais uma vez, criticamos com veemência o Projeto de Lei n. 4.330/2004 que, se aprovado, ao invés de trazer segurança jurídica e justiça, representará verdadeira desconstrução dos preceitos protetivos do Direito do Trabalho.

Com efeito, todos estes paradoxos trazidos a lume são decorrências dos novos direcionamentos flexibilizatórios, instaurados por uma grande parcela do poderio econômico e político deste país. Não é novidade o fato de este movimento pretender mitigar o próprio controle do Estado sobre a relação de trabalho, por meio do afastamento do próprio judiciário trabalhista das diversas situações envolvendo o contrato de trabalho.

Sobre esta situação, Gabriela Neves Delgado realiza um importante apontamento, voltado à solução do problema, por meio da aplicação

(18) VIANA, Marcio Túlio. *Terceirização e sindicato: terceirização no Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 359.

dos próprios mandamentos que norteiam o ramo *justralhista*. Vejamos:

De todo modo, parece ainda existir, em meio ao atual e intrincado labirinto mercadológico, um meio de se construir (ou de reconstruir) o Direito do Trabalho contemporâneo. “Trata-se da recuperação do papel dos princípios cardeais como eixo de orientação e diretriz motora para o Direito do Trabalho.”⁽¹⁹⁾

Na esteira deste raciocínio, concluímos o estudo afirmando ser imperiosa a elaboração de leis que resguardecem o direito dos trabalhadores diante, especialmente, das situações que envolvam serviços terceirizados. Trata-se de respeitar a própria ordem constitucional vigente, em homenagem aos princípios da Democracia, Dignidade da Pessoa Humana e Proteção dos Direitos do Trabalhador.

9. Referências bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

CARVALHO, José Luciano Leonel de. Terceirização e a fiscalização do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, LTr, vol. 73, n. 05, maio 2009.

DELGADO, Gabriela Neves. *As relações de trabalho e de emprego no mundo capitalista contemporâneo*. Terceirização no Direito do Trabalho. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

FARHAT, Rodrigo. Estatal descumpre Constituição e terceiriza sem limites. *Revista Labor do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano I, n. 2, p. 18-22, 2013.

LEITÃO, Luiz Manuel Teles de Menezes. *Direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *A terceirização trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PINTO, Ailton Pereira. *Direito do trabalho rural e a terceirização*. São Paulo: LTr, 1999.

SAAD, José Eduardo Duarte. Terceirização de serviços e a necessária elaboração de uma norma legal. *Revista LTr*, São Paulo, LTr, vol. 73, jan. 2009.

VIANA, Marcio Túlio. *Terceirização e sindicato: terceirização no Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

(19) DELGADO, Gabriela Neves. *As relações de trabalho e de emprego no mundo capitalista contemporâneo*. Terceirização no Direito do Trabalho: Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 45.

Jurisprudência

Acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho

Tribunal Superior do Trabalho

Processo: TST-RR-3990200-19.2008.5.09.0002

Recorrentes: Ministério Público do Trabalho da 9ª Região e HSBC Bank Brasil S.A. — Banco Múltiplo

Recorridos: os mesmos

Competência: 2ª Turma

Acórdão:

► RECURSO DE REVISTA DO BANCO HSBC BANK BRASIL S.A.

“NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL (violação aos arts. 832, da CLT, 5º, XXXV e LV, 93, IX, da CF/88, e 832, da CLT). Não há se falar em negativa de prestação jurisdicional quando constatado que o Tribunal Regional analisou amplamente a matéria, decidindo especificamente todas as questões controvertidas entre as partes. Recurso de revista não conhecido.”

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA — PROCESSO SELETIVO — PESQUISA PRÉVIA DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DOS CANDIDATOS AO EMPREGO — SPC E SERASA — OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER — DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS — LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (violação aos arts. 267, IV, do CPC, 8º, III, 129, III, da CF/88, 81, parágrafo único, incisos I, II e III e 82, da Lei n. 8.078/90, 6º do CPC, 769, da CLT, e divergência jurisprudencial). Não se conhece der recurso de revista fundamentado no art. 896, “a” e “c”, da CLT, quando patente a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para atuar na defesa de interesses coletivos, pretendendo obstar a prática discriminatória e genérica adotada pelo réu de utilizar-se de banco de dados para obter informações a respeito da situação financeira dos candidatos a emprego nos quadros da reclamada. Recurso de revista não conhecido.”

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA — PROCESSO SELETIVO — PESQUISA PRÉVIA DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DOS CANDIDATOS AO EMPREGO — SPC E SERASA — OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER — EFICÁCIA *ERGA OMNES* — LIMITES TERRITORIAIS DO ACÓRDÃO PROFERIDO (violação aos arts. 86, 113, § 2º, 301, II, 128, 293, 460, todos do CPC, 16, da Lei n. 7.347/85, 93, I, da Lei n. 8.078/90, 5º, LIII e LIV, da CF/88, contrariedade à Orientação Jurisprudencial n. 130 da SBDI-2 desta Corte, e divergência jurisprudencial). Não se conhece de recurso de revista fundamentado no art. 896, “a” e “c”, da CLT, quando constatado que o Tribunal Regional, ao estender os efeitos da decisão proferida, consignou expressamente que “... o autor ao formular sua pretensão pugnou pela eficácia *erga omnes* da tutela inibitória, de forma a atingir toda a coletividade, abrangendo assim a empresa-ré como um todo...”. Recurso de revista não conhecido.”

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA — PROCESSO SELETIVO — PESQUISA PRÉVIA DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DOS CANDIDATOS AO EMPREGO — SPC E SERASA — INTERESSE DE AGIR (violação aos arts. 267, VI, do CPC, 5º, XXXV, da CF/88 e divergência jurisprudencial). Não há se falar em ausência de interesse de agir quando constatada a necessidade e adequação do provimento jurisdicional pretendido por meio da ação civil pública ajuizada. Recurso de revista não conhecido.”

“PROCESSO SELETIVO — PESQUISA PRÉVIA DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DOS CANDIDATOS AO EMPREGO — SPC E SERASA — OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER (violação aos arts. 508, 818, da CLT, 5º, XXXIV, “a” e “b”, da CF/88, 333, I, do CPC e divergência jurisprudencial). Não se conhece de recurso de revista fundamentado no art. 896, “a” e “c”, da CLT, quando constatado que o Tribunal Regional, embasado nas provas constantes dos autos, ao manter a determinação judicial para que o recorrente “... se abstenha de exigir de empregados e candidatos a emprego informações sobre antecedentes creditícios...”, consignou expressamente que “... o réu confirmou a alegação inicial de que a consulta à falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis faz parte de seu processo de seleção...”. Recurso de revista não conhecido.”

“PROCESSO SELETIVO — PESQUISA PRÉVIA DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DOS CANDIDATOS AO EMPREGO — SPC E SERASA — OBRIGAÇÃO DE FAZER — TUTELA INIBITÓRIA (violação ao art. 461, § 4º e 273, do CPC). A antecipação de tutela, posteriormente confirmada pelo Tribunal Regional, para que o recorrente se abstenha de consultar os órgãos de proteção ao crédito como procedimento prévio à contratação de empregados, não ocasiona ofensa aos arts. 273, e 461, § 4º, do CPC. Recurso de revista não conhecido.”

“PROCESSO SELETIVO — PESQUISA PRÉVIA DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DOS CANDIDATOS AO EMPREGO — SPC E SERASA — OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER — PUBLICAÇÃO DA DECISÃO EM LOCAL DE FÁCIL VISIBILIDADE (violação ao art. 155 do CPC). Não demonstrada violação a dispositivo de lei federal, não há de se determinar o seguimento do recurso de revista com fundamento na alínea “c” do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista não conhecido.”

RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.

PROCESSO SELETIVO — PESQUISA PRÉVIA DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DOS CANDIDATOS AO EMPREGO — SPC E SERASA — OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER — DANO MORAL COLETIVO.

O Tribunal Regional convalidou a sentença da Vara do Trabalho na parte em que se concedera a antecipação de tutela pretendida pelo Ministério Público do Trabalho nos autos da ação civil pública, por considerar ilícita a conduta do réu de proceder à pesquisa, em cadastro de proteção ao crédito, dos antecedentes creditícios de candidatos a emprego, de forma a restringir-lhes o acesso a vagas de emprego, em razão de seu nome constar em uma das listas de empresas de proteção ao crédito, como Serasa e SPC, em virtude de entender tratar-se de ato discriminatório e violador da esfera íntima e privada do trabalhador. No entanto, em que pese o Colegiado de origem tenha considerado ilícita a conduta do réu, resolveu reformar a sentença para excluir da condenação o pagamento da indenização por dano moral coletivo, ao fundamento de que não ficara comprovado o dano pela falta de

prova de efetivo prejuízo moral, do qual decorreria a obrigação de indenizar, nos termos da norma do art. 186 do Código Civil. Entendeu igualmente que, se houve dano moral, este seria individual, por atingir apenas aqueles que realmente se habilitaram a uma vaga de emprego e aceitaram submeter-se ao processo seletivo, circunstância em virtude da qual considerou que eventual indenização deveria ser buscada individualmente pelos interessados, de forma a se avaliar caso a caso, revelando-se inadequada, para tanto, a ação civil pública. Ocorre que, diante da incontrovérsia dos fatos relativos à conduta ilícita do reclamado, o dano moral daí decorrente é considerado *in re ipsa*, já que decorre da própria natureza das coisas, prescindindo, assim, de prova da sua ocorrência concreta, em virtude de ele consistir em ofensa a valores humanos, bastando a demonstração do ato ilícito ou antijurídico em função do qual a parte afirma ter ocorrido a ofensa ao patrimônio moral. Trata-se, nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, de uma demonstração do dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum. Com efeito, o dano coletivo experimentado, nessa hipótese, prescinde da prova da dor, pois, dada a sua relevância social, desencadeia reparação específica. Para a configuração do dano moral coletivo, basta, como no caso dos autos, a violação intolerável a direitos coletivos e difusos, ação ou omissão reprováveis pelo sistema de justiça social do nosso ordenamento jurídico, conduta antijurídica capaz de lesar a esfera de interesses da coletividade, cuja essência é tipicamente extrapatrimonial. Erigindo o dano moral coletivo a um plano mais abrangente de alcance jurídico, Xisto Tiago de Medeiros Neto ressalta a sua configuração, independentemente do número de pessoas atingidas pela lesão, afastando, para sua eventual caracterização, o “critério míope”, pautado tão somente na verificação do quantitativo de pessoas atingidas de maneira imediata. Assim, o fato de a transgressão estar circunstanciada no âmbito das relações de trabalho, por si só, não lhe atribui a visão de dano individual, como equivocadamente entendeu o Regional. O que vai imprimir o caráter coletivo é a repercussão no meio social, a adoção reiterada de um padrão de conduta por parte do infrator, com inegável extensão lesiva à coletividade, de forma a violar o sistema jurídico de garantias fundamentais. É por isso que o dano moral coletivo, em face de suas características próprias de dano genérico, enseja muito mais uma condenação preventiva e inibitória do que propriamente uma tutela ressarcitória. Há nítida separação entre as esferas a serem protegidas e tuteladas pelas cominações referidas, justamente diante da distinção entre os danos morais individualmente causados concretamente a cada uma das pessoas envolvidas, *in casu*, os candidatos aos empregos, dos quais não cuida esta ação civil pública, e a necessidade de reprimir a conduta, claramente tida como ilícita do reclamado, de natureza coletiva ou massiva, esta sim o objeto da pretensão formulada pelo Ministério Público do Trabalho. Aqui cabe trazer a lume a lição de Xisto Tiago de Medeiros Neto sobre a preponderância da função sancionatória da indenização por dano moral coletivo, alertando que esta se afasta da função típica que prevalece no âmbito dos direitos individuais, onde se confere maior relevância à finalidade compensatória da indenização em favor das vítimas identificadas, e, apenas em segundo plano, visualiza-se a função suasória. Em outras palavras, é o que Luiz Guilherme Marinoni ensina no sentido de que a tutela inibitória é a tutela do ilícito, prescindindo, portanto, da demonstração de existência do dano concreto. Dessa forma, encontrando-se caracterizado o dano moral coletivo, nos termos do art. 5º, inciso

X, da Constituição Federal, deve-se condenar o reclamado ao pagamento da respectiva indenização, levando-se em conta para o seu arbitramento essencialmente a sua função sancionatória e pedagógica, de forma a afastar a reincidência e não deixar impune a lesão, pelo que se considera razoável e proporcional arbitrar o valor do dano moral coletivo em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

Recurso de revista **conhecido e provido**.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n. TST-RR- 3990200-19.2008.5.09.0002, em que são Recorrentes **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO** e **HSBC BANK BRASIL S.A. — BANCO MÚLTIPLO** e são Recorridos **OS MESMOS**.

O agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público do Trabalho da 9ª Região foi provido em sessão realizada em 6.11.2013 para determinar o processamento do seu recurso de revista.

É o relatório.

VOTO

Adoto, como razões de decidir, os fundamentos constantes do voto proposto pelo eminente Ministro Relator originário do feito, conforme aprovado em sessão de julgamento, nos seguintes termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

“CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

1. PROCESSO SELETIVO — PESQUISA PRÉVIA DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DOS CANDIDATOS AO EMPREGO — SPC E SERASA — OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER — DANO MORAL COLETIVO

O agravante sustenta que “... adotar critérios de seleção além do razoável, realizando consultas aos cadastros de inadimplentes antes da admissão de seus empregados, o banco ultrapassa demasiadamente a sua liberdade de

contratação, ferindo de forma direta e literal o disposto no art. 5º, X, da CF, que define a privacidade como um direito fundamental da pessoa humana. Cabe destacar, ainda, a afronta aos arts. 170, *caput* (valorização do trabalho humano) e incisos III (função social da propriedade) e VII (redução das desigualdades sociais); art. 1º, incisos III (dignidade da pessoa humana) e IV (valores sociais do trabalho e da livre iniciativa); art. 3º (objetivos fundamentais da República)”.

Acrescenta que “A prática adotada pelo banco réu é, sem dúvida alguma, discriminatória e fere diretamente a Constituição Federal, como acima aventado, ensejando a condenação ao pagamento da indenização por dano moral coletivo. Mais que uma ingerência na vida privada, rejeitar a contratação de um trabalhador com restrições creditícias caracteriza ato discriminatório que fere a honra e a moral da pessoa”.

Pugna pelo restabelecimento da sentença que condenou a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Aponta violação aos arts. 1º, III, IV, e 5º, X, da CF/88, 3º, da Lei n. 7.347/85, e divergência jurisprudencial.

O Tribunal Regional decidiu a controvérsia pelos seguintes fundamentos. *In verbis* (fls. 734/741, seq. 1).

“3. MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DE HSBC BANK BRASIL S.A. BANCO MÚLTIPLO

DANO MORAL COLETIVO

Volta-se o réu contra a r. sentença de primeiro grau que julgou procedente a Ação

Civil Pública, intentada pelo Ministério Público do Trabalho, em face do HSBC BANK BRASIL S.A BANCO MÚLTIPLO, para que esta se abstenha de imediato e em definitivo de proceder na pesquisa em cadastros de proteção ao crédito com o objetivo de verificar a inscrição de candidatos nos referidos bancos de dados e de qualquer método seletivo que viole a esfera íntima e privada do candidato à vaga que não seja apenas a aptidão profissional do candidato, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 por ato praticado em violação da obrigação de não fazer, revertida ao FAT, bem como deferiu indenização por danos morais coletivos no importe de R\$ 500.000,00, também revertidos ao FAT.

Alega que em face do que estabelece o art. 508 da CLT não se tem dúvida da possibilidade de verificação pela empresa bancária acerca da existência de restritivos de seus empregados. Ainda, aduz que a prova documental demonstra que a ré não impõe qualquer limitação à contratação de empregados que possuem restritivos. Afirma, outrossim, que a obrigação de fazer e não fazer postulada não possui sustentação legal, e bem assim que não houve ofensa à honra, à liberdade, à imagem, à saúde, ao nome, enfim ao patrimônio ideal, da sociedade e tampouco dos próprios trabalhadores, acrescentando que para a configuração do dano moral coletivo, o ilícito e seus efeitos devem ser de tal monta que a repulsa social seja imediata e extrapole aquela relativa ao descumprimento pelo agente de determinadas normas de conduta trabalhista, o que, levando em conta as circunstâncias narradas, não se vislumbra no caso em apreço (fls. 188/215).

Analisa-se.

Os primeiros documentos juntados aos autos foram o Inquérito Civil Público n. 1.137/07, realizado pelo Ministério Público do Trabalho da Nona Região. Requisitado pelo MPT informações quanto à consulta

sobre restrições de crédito dos candidatos de emprego, o réu confirmou que “a consulta à falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis, faz parte de seu processo de seleção” (11. 46). Assim, entendendo que havia elementos de prova de que o recorrente estaria discriminando candidatos a emprego, ferindo norma constitucional e normas legais, o MPT notificou a empresa firmasse Termo de Ajustamento de Conduta (fl. 134). Finalmente, a proposta de celebração, de Termo de Ajuste de Conduta, elaborada pelo autor, não foi firmada pela empresa (fl. 135).

Pelo MPT, foi ajuizada a presente Ação Civil Pública.

A tutela antecipada, requerida pelo autor, foi acolhida (fl. 137).

Em defesa (fls. 154/216), o reclamado reitera a licitude das consultas em exame, com base no art. 508 da CLT e ‘acrescenta que a prova documental apresentada demonstra de forma ampla e cabal que a reclamada 1 não impõe qualquer limitação à contratação de empregados que possuem restritivos, desde que estes não venham a se caracterizar como devedores contumazes.

Na audiência de instrução não foram ouvidas testemunhas. Em razões finais orais (fls. 293/294), o autor reafirmou que à 11. 34 houve confissão do preposto da empresa quanto à ocorrência relatada na inicial, acrescentando que à fl. 219 consta o nome do Sr. Marcos P. da Silva, que não foi admitido pelo banco réu por motivo de deter apenas uma dívida perante o Serasa.

O réu, por sua vez, em alegações finais, reprisou a tese de que a análise ao crédito dos candidatos a emprego decorreu do que preceitua o art. 508 da CLT, e bem assim a afirmação de que restou comprovado através da prova documental de que jamais foi negado acesso ao emprego para pessoas que porventura possuíssem restritivos.

A discriminação no âmbito da relação de trabalho é uma das formas mais perversas

de exclusão das minorias e violação da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

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

A interpretação adequada do art. 1º da Lei n. 9029/1995 deve ser feita de forma ampliada no sentido de que é vedada 'qualquer prática discriminatória'. Neste aspecto, portanto, deve-se coibir qualquer espécie de prática discriminatória. ('Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória limitativa para eleito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal').

Com efeito, o art. 508 da CLT considera como justa causa, para efeito de rescisão de contrato de trabalho do empregado bancário, a falta contumaz de pagamento de dívida legalmente exigível.

No entanto, completamente, diversa e contrária é a situação dos empregados e candidatos a emprego que, a partir do momento que prestam serviços para a recorrente, passam a ser seus credores. Se o candidato a uma vaga de emprego, eventualmente, tem

dívidas com outras pessoas, isto não pode ser fator impeditivo para que obtenha o emprego. E isto se justifica porque, para um candidato nesta situação, a sua colocação no mercado de trabalho tem o objetivo justamente de saldar estas dívidas. Assim, qualquer restrição ao acesso de um candidato a uma vaga de emprego em razão de seu nome constar em uma das listas de empresas de proteção ao crédito, como SERASA e SPC; é ato discriminatório e deve ser coibido.

E como visto o réu confirmou a alegação inicial de que a consulta à falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis faz parte de seu processo de seleção (fl. 46).

Logo, deve ser mantida a determinação judicial de primeiro grau para que a ré se abstenha de exigir de empregados e candidatos a emprego informações sobre antecedentes creditícios.

Igualmente, deve ser mantida a determinação para que a ré se abstenha de utilizar qualquer método seletivo que viole a esfera íntima e privada do candidato.

Mantém-se, outrossim, a determinação para que a ré fixe cópia da presente decisão em local de fácil acesso e de ampla visibilidade, destinado a dar publicidade à sentença, pelo período mínimo de 180 dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00.

Por outro lado, entendo que merece reforma a r. sentença no que tange à determinação para pagamento de indenização por dano coletivo.

O dano moral coletivo teve origem na constatação de que determinadas condutas antijurídicas, extrapolam a ofensa ao indivíduo, repercutindo também na coletividade que, embora seja um ente despersonalizado, possui valores morais que necessitam de proteção. Como forma de reação, o ordenamento jurídico criou diversos instrumentos

de proteção, como, por exemplo, os arts. 76, 159 e 1553 do CC/1916, a ação popular (Lei n. 4.717/65) e a ação civil pública (Lei n. 7.347/85). Finalmente, a Constituição Federal de 1988, elevou a reparação do dano moral, individual ou coletivo, à categoria de garantia constitucional (art. 5º, V e X).

A doutrina pátria tem se esforçado para definir adequadamente o dano moral coletivo. Neste aspecto o jurista Carlos Alberto Bittar Filho procurou defini-lo afirmando ser ‘... a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos’. Para ao depois arrematar: ‘Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial’ (BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Dano Moral Coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 44-62, out./dez. 1994).

Ensina o i. Procurador Regional do Trabalho, Xisto Tiago de Medeiros Neto (Dano Moral Coletivo: elementos e características. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, ano XII, n. 24. Brasília: LTr, 2002) que a não reparação do dano causado por situações deste gênero gera um estado de indignação, descrédito e desalento da coletividade em relação ao sistema político-jurídico, abalando o equilíbrio e a paz social. Daí a necessidade de ampla tutela dos danos.

Em que pese seja incontroverso que o dano moral coletivo é passível de tutela do Estado, conforme acima exposto, no presente caso, o dano moral, em si, não restou comprovado.

Diz-se isso porque, de acordo com norma estampada no CCB (art. 159 do CCB/1916

e art. 186 do CCB/2002), são pressupostos da responsabilidade: ação ou omissão; culpa ou dolo; ocorrência do dano e elo entre a causa e o efeito do dano. Este último exige que a relação de causa e efeito estejam interligados entre a ação ou omissão do agente e o efetivo dano ocorrido (sem o que não há que se cogitar da obrigação de indenizar). Ressalte-se ainda, que a ocorrência de dano há de ser obrigatoriamente provada, pois que sem o efetivo prejuízo, material ou moral, não decorre a obrigação de indenizar.

Em suma, a obrigação reparatória, embora fundada em culpa, supõe, além do ato culposos, dano efetivo e nexos causal entre a conduta e este resultado (art. 186 c/c o art. 927 do Código Civil).

Nesse compasso, oportuna a transcrição do entendimento defendido pela Exma. Desembargadora Dra. SUELI GIL EL RA1TFII, em decisão de caso análogo ao presente (TRT-PR-98921-2004-014-09-00-0-ACO-18015-2006-publ-20-06-2006), cujos fundamentos foram inspirados em voto do Exmo. Desembargador Dr. SÉRGIO MURILO RODRIGUES LEMOS (TRT-PRRO-98909-2004-014-09-00-5), também integrante desta 4ª Turma:

‘A necessidade da Ação Civil Pública para esta pretensão, como já explanado, se justifica porque visa a proteção de interesses e direitos difusos, uma vez que, em tese, qualquer pessoa interessada a uma vaga de emprego na ré (agora e no futuro) poderia ter sua dignidade, intimidade e vida privada violadas pelo sistema de seleção utilizado pela recorrente. Trata-se, pois, de uma coletividade indeterminada de pessoas, que potencialmente poderia ter estes direitos personalíssimos violados. Conforme leciona Carlos Henrique Bezerra Leite, os objetivos básicos da Ação Civil Pública são: “a) permitir a aglutinação de diversos litígios numa única demanda; b) amenizar algumas das barreiras psicológicas e técnicas que impedem ou dificultam o acesso judicial da parte fraca; c) desestimular condutas sociais indesejáveis.”

Assim, a presente ação visou precipuamente evitar uma conluía social indesejável por parte da ré, que poderia, em tese, potencialmente atingir a dignidade, intimidade e vida privada de uma coletividade indeterminada de pessoas.

No entanto, atvc é o momento em que uma pessoa desta coletividade se disponha a ser submetida ao processo seletivo para vaga de emprego na ré, não há caracterização de qualquer dano moral (extrapatrimonial) contra esta. Ou seja, a coletividade não foi atingida diretamente pelos critérios de seleção da recorrente. Vale dizer não houve dano efetivo a esta coletividade, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial (moral). Logo, não há que se falar em dano moral coletivo.

O caso dos autos é diverso, por exemplo, de uma comunidade de pescadores que sofre as consequências diretas de um acidente ecológico, decorrente de vazamento de substância tóxica, que tem seus meios de subsistência atingidos por várias gerações.

Nesta hipótese, além do dano patrimonial, restaria configurado o dano moral coletivo decorrente de uma ação lesiva significativa, praticada por uma pessoa contra o patrimônio de uma coletividade (considerada esta as gerações presentes e futuras), que atinge sua esfera moral, causando-lhe sentimentos de insatisfação e angústia, por exemplo.

In casu, se, eventualmente, houve dano moral, este foi individual e atingiu apenas aqueles que realmente se habilitaram a uma vaga de emprego e aceitaram submeter-se ao processo de seleção da recorrente.

Portanto, apenas estes teriam interesse eletivo de buscar uma eventual indenização por dano moral. Logo, a presente Ação Civil Pública não se revela adequada para buscar esta indenização. Salvo melhor juízo, eventual indenização deve ser pretendida individualmente pelas pessoas que, de fato, sofreram eventual dano moral, o que deverá ser avaliado caso a caso.

Assim, chegamos à conclusão de que não há que se falar em danos morais coletivos.

Diante de todo o exposto, reformo parcialmente a r. sentença, para excluir da

condenação a determinação para pagamento de indenização por danos morais coletivos". (sem destaques no original)

Consoante se verifica, na sessão de julgamento do dia 06/11/2013, esta 2ª Turma decidiu, por unanimidade, ante a razoabilidade da tese de ofensa direta e literal ao art. 5º, X, da CF/88, dar provimento ao agravo de instrumento para melhor análise da matéria.

Recomendável, pois, o processamento do recurso de revista, para exame da matéria veiculada em suas razões.

Do exposto, conheço do agravo de instrumento para dar-lhe provimento e, em consequência, determinar o processamento do recurso de revista.

No entanto, considerando a prejudicialidade do recurso de revista do *Parquet*, na hipótese de acolhimento de alguma preliminar sustentada pelo reclamado, inverte a análise dos apelos."

RECURSO DE REVISTA DO BANCO HSBC BANK BRASIL S.A.

"Recurso tempestivo (acórdão publicado em 5.8.2010, conforme certidão de fls. 797, seq. 1, e recurso de revista protocolizado em 27.7.2010 às fls. 823, seq. 1, representação regular (procuração às fls. 277/279, seq. 1), correto o preparo (depósito recursal às fls. 533 e 827 seq. 1) e comprovante do recolhimento de custas às fls. 531, seq. 1), cabível e adequado, o que autoriza a apreciação dos seus pressupostos específicos de admissibilidade."

"1. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL CONHECIMENTO

O recorrente aduz que "Em primeiro lugar, perquiriu o então embargante que o E. Regional emitisse a orientação interpretativa que adota acerca da possibilidade de ingresso do Ministério Público do Trabalho para a defesa de interesses individualizáveis".

Sustenta que "Por segundo, porém, não menos importante, perquiriu o então embargante

que o E. Regional se manifestasse acerca da potencial existência de julgamento *ultra petita*, ao expandir os efeitos da r. decisão emanada para o âmbito nacional”.

Afirma ainda que “Sendo cediço que esta C. Corte, para apreciação das razões de recurso de revista, está jungida ao quadro fático definido pelo Regional, de modo que não estaria autorizado o magistrado, mormente nessa esfera extraordinária, a revolver premissas fáticas que não estejam nele expressamente consignadas, ante o óbice intransponível da Súmula n. 126 desta Corte, deveria o E. Regional ter acolhido os declaratórios interpostos para transcrever os pedidos e a causa de pedir constantes na exordial, já que tal premissa é imprescindível para a constatação da ocorrência de julgamento *ultra petita*”.

Diz que “A terceiro, e ainda acerca dos efeitos à abrangência nacional da r. decisão emanada, o embargante perquiriu o prequestionamento do art. 16 da Lei n. 7.347/85 e do art. 93. I da Lei n. 81.078/90, tendo em vista o entendimento que caminha no sentido pelo qual o efeito *erga omnes* da sentença respectiva para além da área geográfica, integrante da competência territorial da Vara de origem, somente se daria com a interposição da ação perante o Foro da Capital da República (Brasília – DF)”.

Sendo assim, afirma que “Nesse passo, deveria ter sido analisado (sob a forma de prequestionamento) o aspecto de que o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, de aplicação subsidiária ao Processo do Trabalho, especifica que a competência territorial rege-se-á pelo ‘foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local’ ou pelo ‘foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional’ respectivamente”.

Argumenta “Em quarto, agora com, vistas à delimitação do arcabouço fático probatório, perquiriu o então embargante que, INDEPENDENTEMENTE do entendimento adotado,

o E. Regional constasse que NÃO HOUVE PROVA da conduta do recorrente no sentido de efetivamente contratar pessoas com restritivos”.

Assevera que “... ainda que a defesa tenha se pautado (na eventualidade) de que a consulta aos órgãos de cadastro de restritivos seria legal e legítima, e tendo em vista que o presente apelo vem calcado em violação legal quanto à correta distribuição do encargo probatório, deveria, no mínimo, o E. Regional ter exposto que o conjunto probatório produzido demonstrava a contratação de pessoas com restritivos”.

Sustenta “a quinto, acerca do valor da multa cominatória imposta, sustentou o então embargante que o v. Acórdão regional e ora guerreado se apresentava omisso, na medida em que nada dispôs a respeito do pleito recursal no tocante à redução de tal patamar”.

Consigna ao final ser “... inegável que não houve manifestação de parte da C. Turma na v. decisão regional, o que configura omissão a respeito, já que matéria ventilada e que constitui eventualidade capaz de modificar de forma substancial o título executivo (limitação da condenação em horas extras), até mesmo para evitar a preclusão do tema, bem como evitar a supressão de instância”.

Aponta violação aos arts. 832, da CLT, 5º, XXXV e LV, 93, IX, da CF/88, e 832, da CLT.

O Tribunal Regional decidiu a controvérsia, no que tange às matérias sobre as quais se alega a caracterização da negativa de prestação jurisdicional, pelos seguintes fundamentos. *In verbis* (págs. 726-732, seq. 1):

“2. PRELIMINAR

ILEGITIMIDADE ATIVA

O réu alega a ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho para figurar na presente ação. Para tanto, assevera que os direitos ora formulados não se encontram entre os direitos metaindividuais, posto que os interesses dos candidatos às vagas de emprego ofertadas pelo recorrente,

decorre de direitos divisíveis, bem como se revelam perfeitamente individualizáveis. Ainda, assevera que mesmo na hipótese de se admitir que os interesses defendidos pela parte autora seriam coletivos, bem como individuais homogêneos, melhor sorte não mereceria o recorrido, pois na seara trabalhista referidos direitos são transacionáveis e, portanto, disponíveis, enquanto que a defesa dos direitos individuais homogêneos e reservada àqueles direitos que sejam indisponíveis (fls. 332/341).

Sem razão.

Examinada a pretensão exordial verificase que o Ministério Público do Trabalho, autor da presente demanda, pretende a condenação do réu em obrigação de não fazer, consistente em que este se abstenha imediatamente, de utilizar banco de dados para obter informações creditícias relativas a candidatos a emprego; abstenha-se de utilizar qualquer método seletivo que viole a esfera íntima ou privada do candidato, bem como qualquer avaliação discriminatória, ou seja, que não verifique tão somente a aptidão profissional do trabalhador.

As questões da legitimidade do Ministério Público do Trabalho e da pertinência da ação civil pública na espécie se entrelaçam e impõem compreender a sistematização do aparato normativo constitucional e infraconstitucional modernamente articulado diante da nova categoria de interesses e direitos experimentada pela complexidade das relações sociais contemporâneas.

De fato, é inegável que com o passar do tempo, o caráter meramente individual do Direito evoluiu para exigir a proteção de interesses jurídicos metaindividuais ou transindividuais que, embora sem titularidade identificável, avançam de modo a abranger toda uma coletividade, podendo, inclusive, ser transferidos de um indivíduo para outro conforme condições de. Tempo e lugar.

Neste diapasão, voltados a promover a tutela preventiva e reparatória dos direitos e interesses metaindividuais, em primeiro plano, encontra-se a Constituição Federal de 1988, com previsão expressa a respeito de ações coletivas nos art. 5º, incisos LXX e LXXIII, art. 80, inc. III e art. 129, inc. III, enquanto no plano infraconstitucional compõe o sistema integrado de acesso metaindividual à Justiça a LC n. 75/1993, a Lei n. 7.345/85 (Lei da Ação Civil Pública), a Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular) e, finalmente, a Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Estão nessa esfera de direitos ou interesses, por exemplo, o ar que respiramos; os mares, rios e represas que nos fornecem a água e possibilitam a pesca, essencial para a sobrevivência; a fauna, e a flora, especialmente as florestas que proporcionam o equilíbrio ao meio ambiente, tido como o mais autêntico dos interesses difusos.

Neste passo, a Constituição Federal de 1988 confiou ao Ministério Público, como Instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput), além da prerrogativa de propor a ação civil pública “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, inc. III), estabelecendo a Lei n. 7.347/1985 (LACP), recepcionada pela nova ordem constitucional, que os objetos da ação civil pública, visam a responsabilização por danos morais e patrimoniais causados, entre outros, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (1º, incisos I a IV).

A Constituição Federal, portanto, nos termos dos arts. 127, *caput*, e 129, inciso III, consolida as funções institucionais do Ministério Público, como Instituição essencial à função jurisdicional do Estado, na defesa

dos interesses sociais e individuais indisponíveis e também para a promoção da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

E regulando essas prerrogativas, a Lei Complementar n. 75/93, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, assegura que compete ao Ministério Público da União promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção, dentre outros direitos e interesses, também dos interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (art. 6º, inc. VII, “d”).

Enquanto o art. 83, inc. III, ainda da mesma LC 75/93, coube especificar as atribuições do Ministério Público do Trabalho, legitimando-o apenas para:

‘III – promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de INTERESSES COLETIVOS, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos; (nosso destaque)

Releva ressaltar, ainda, que a Lei n. 7.347/1985 (LACP) não definia o que seriam interesses difusos, interesses coletivos e interesses individuais homogêneos, tarefa que coube então ao Código de Defesa do Consumidor, isto é, à Lei n. 8.078/1990.

Então, impõe-se verificar *ab initio* se em face da definição dada pela norma legal aos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ajustam os direitos e interesses pretensamente ofendidos pela empresa recorrente para que possamos responder à questão da legitimidade *ad causam* do Ministério Público do Trabalho e adequação da ação civil pública por ele manejada na presente hipótese.

Extraí-se do contido no art. 81, parágrafo único, do CDC (Lei n. 8.078/90), o seguinte:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de

que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Assim, considerando-se as definições acima com relação ao caso concreto, podemos excluir, de pronto, interesses ou direitos DIFUSOS.

De outra parte, os interesses ou direitos COLETIVOS, conforme o referido inciso II, devem ser compreendidos os direitos ou interesses transindividuais, ainda de natureza indivisível, cuja titularidade está com grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Direitos ou interesses coletivos são, portanto, pertinentes à instituição, à identidade própria de grupo coeso e não apenas à soma de seus indivíduos, de forma que a substituição de qualquer indivíduo por outro não afeta o coletivo. Diferem, portanto, dos direitos difusos, apenas com relação aos sujeitos que aqui, embora sejam também indeterminados, há possibilidade de sua determinação.

Em outras palavras, ‘no interesse difuso há uma despersonalização dos sujeitos do interesse e no coletivo uma pessoalização do grupo, da categoria, da classe.’ (Temas da Ação Civil Pública Trabalhista, coordenadoras Aldacy Rachid Coutinho e Thereza Cristina Godal, colaboradores diversos, editora Gênesis, Curitiba, 2000, pag. 35.)

Ainda em consonância com o pensamento de Dárcio Guimarães de Andrade, nos interesses coletivos:

‘A base será sempre feita de direitos individuais, que se encontram em situações homogêneas, aglutinando-se em grupos representativos de sua classe ou categoria, como os Sindicatos e as Associações. Melhor dizendo, o interesse de um será o interesse de todos, ou ainda melhor, a lesão ao direito de um será a lesão ao direito de todos. A satisfação não acontece individualmente, mas um único bem satisfaz coletivamente.’ (Cf. ANDRADE, Dárcio Guimarães de. ‘Ação Civil Pública’. *Revista do TST*, Brasília, vol. 66, n. 4, out./dez. 2000, p. 202.)

Além dos interesses ou direitos difusos e dos coletivos, o legislador elencou também os interesses ou direitos individuais homogêneos, que são os decorrentes de origem comum.

Nesse caso, os titulares do direito são determináveis e o objeto é divisível. Não há um só interesse, mas vários, idênticos. O que os torna homogêneos é a sua origem comum.

Valendo-me novamente dos ensinamentos de Dárcio Guimarães de Andrade, os interesses individuais homogêneos:

‘constituem a soma de posições jurídicas subjetivas individuais, perfeitamente divisíveis e afetadas aos seus titulares, que têm em comum a homogeneidade do bem pretendido. Individuais na sua essência são coletivos apenas na forma de tutela, pois o legislador pretendeu conferir a eles uma nova possibilidade de trato processual, em virtude de ponderosas razões de política judiciária, produzindo benefícios vários: como evitar a proliferação de seguidas demandas individuais, versando sobre a mesma questão, poupando trabalho e tempo aos julgadores já assoberbados; possibilitar decisões mais equânimes, evitando as indesejadas contradições e propiciar o transporte, *in utilibus*, do julgado coletivo para o âmbito das ações individuais, nos termos estabelecidos pelos arts. 103, III, § 3º e 104/CDC.’ (Cf. ANDRADE, Dárcio Guimarães de. ‘Ação Civil Pública’. *Revista do TST*, Brasília, vol. 66, n. 4, out./dez. 2000, p. 204.)

Ives Gandra Martins Filho (Processo Coletivo do I Trabalho, p. 207), ainda esclarece que, enquanto os direitos ou interesses coletivos caracterizam-se pela abstração, isto é, seus sujeitos são indeterminados, conquanto determináveis, por fazerem parte de um grupo ou categoria, os direitos ou interesses individuais homogêneos têm seus sujeitos perfeitamente determinados, sabendo-se perfeitamente quais os atingidos pelo ato lesivo.

Estes autos tratam da pretensa violação de direitos coletivos. Refere-se a direito indivisível (discriminação) de sujeitos indeterminados embora determináveis (grupo de trabalhadores abrangidos pela categoria econômica da ré — futuros empregados), porém, unidos por uma origem comum, qual seja, a alegada prática discriminatória advinda da consulta efetuada pelo réu no crédito dos candidatos a emprego.

Assim sendo, tanto a natureza dos direitos ou interesses ditos violados, quanto a indeterminação ou potencial determinação do grupo de trabalhadores, revelam que se trata de direitos e interesses inseridos, portanto, na categoria dos interesses e direitos coletivos, cuja defesa comporta o manejo da ação civil pública pelo Ministério Público do Trabalho.

Rejeito, pois, a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho.

CARÊNCIA DE AÇÃO — INTERESSE DE AGIR

Afirma o recorrente que não há como se reconhecer a existência de interesse de agir na hipótese, na medida em que o pedido inicial não possui amparo legal, acrescentando que de nada adiantaria a contratação de um empregado com restritivos (no caso de mora contumaz) e que no dia seguinte à sua contratação e constatação viesse a ser desligado dos quadros da empresa com base no art. 508 da CLT.

Nelson Nery Junior, a exemplo de outros autores como Barbosa Moreira, João Batista

Lopes e Teresa Arruda, Alvim Wambier, concebe o interesse de agir como resultado do binômio “necessidade e utilidade” ao afirmar que “existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático. Movendo ação errada ou utilizando-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta inexistência do interesse processual” (Condições da ação. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 1991, v. 64, p. 37).

No presente caso, percebo que o MPT narra a reiterada prática de abuso do princípio da propriedade privada e do direito regulamentar e potestativo de admissão contratual, materializado na constante consulta sobre restrições de crédito dos candidatos a emprego. Disto, decorreriam danos morais coletivos, além de obrigação de fazer garantida por cominação de multa específica para evitar a repetição do ilícito, nos moldes do 461, § 4º do CPC.

Assim, abstratamente falando, o direito de agir encontra-se perfeitamente consubstanciado, eis que a via eleita é a correta, conforme disposto no tópico anterior sobre a ação civil pública ingressada pelo Ministério Público do Trabalho. Igualmente, o interesse-necessidade está presente, eis que as cominações legais não se mostraram suficientes para coibir a prática descrita na exordial, considerada em tese.

Já a alegada ausência de amparo legal é matéria que diz respeito ao próprio mérito da causa e como tal será analisada.

Rejeito.

3. MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DE HSBC BANK BRASIL S.A. BANCO MÚLTIPLO

DANO MORAL COLETIVO

Volta-se o réu contra a r. sentença de primeiro grau que julgou procedente a Ação Civil Pública, intentada pelo Ministério Público do Trabalho, em face do HSBC BANK BRASIL S.A. BANCO MÚLTIPLO, para que esta se abstenha de imediato e em definitivo de proceder na pesquisa em cadastros de proteção ao crédito com o objetivo de verificar a inscrição de candidatos nos referidos bancos de dados e de qualquer método seletivo que viole a esfera íntima e privada do candidato à vaga que não seja apenas a aptidão profissional do candidato, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 por ato praticado em violação da obrigação de não fazer, revertida ao FAT, bem como deferiu indenização por danos morais coletivos no importe de R\$ 500.000,00, também revertidos ao FAT.

Alega que em face do que estabelece o art. 508 da CLT não se tem dúvida da possibilidade de verificação pela empresa bancária acerca da existência de restritivos de seus empregados. Ainda, aduz que a prova documental demonstra que a ré não impõe qualquer limitação à contratação de empregados que possuem restritivos. Afirma, outrossim, que a obrigação de fazer e não fazer postulada não possui sustentação legal, e bem assim que não houve ofensa à honra, à liberdade, à imagem, à saúde, ao nome, enfim ao patrimônio ideal, da sociedade e tampouco dos próprios trabalhadores, acrescentando que para a configuração do dano moral coletivo, o ilícito e seus efeitos devem ser de tal monta que a repulsa social seja imediata e extrapole aquela relativa ao descumprimento pelo agente de determinadas normas de conduta trabalhista, o que, levando em conta as circunstâncias narradas, não se vislumbra no caso em apreço (fls. 188/215).

Analisa-se.

Os primeiros documentos juntados aos autos foram o Inquérito Civil Público n. 1.137/07, realizado pelo Ministério Público

do Trabalho da Nona Região. Requisitadas pelo MPT informações quanto à consulta sobre restrições de crédito dos candidatos de emprego, o réu confirmou que ‘a consulta à falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis, faz parte de seu processo de seleção’ (fl. 46). Assim, entendendo que havia elementos de prova de que o recorrente estaria discriminando candidatos a emprego, ferindo norma constitucional e normas legais, o MPT notificou a empresa firmasse Termo de Ajustamento de Conduta (fl. 134). Finalmente, a proposta de celebração, de Termo de Ajuste de Conduta, elaborada pelo autor, não foi firmada pela empresa (fl. 135).

Pelo MPT, foi ajuizada a presente Ação Civil Pública.

A tutela antecipada, requerida pelo autor, foi acolhida (fl. 137).

Em defesa (fls. 154/216), o reclamado reitera a licitude das consultas em exame, com base no art. 508 da CLT e ‘acrescenta que a prova documental apresentada demonstra de forma ampla e cabal que a reclamada não impõe qualquer limitação à contratação de empregados que possuem restritivos, desde que estes não venham a se caracterizar como devedores contumazes.

Na audiência de instrução não foram ouvidas testemunhas. Em razões finais orais (fls. 293/294), o autor reafirmou que à fl. 34 houve confissão do preposto da empresa quanto à ocorrência relatada na inicial, acrescentando que à fl. 219 consta o nome do Sr. Marcos P. da Silva, que não foi admitido pelo banco réu por motivo de deter apenas uma dívida perante o Serasa.

O réu, por sua vez, em alegações finais, reprisou a tese de que a análise ao crédito dos candidatos a emprego decorreu do que preceitua o art. 508 da CLT, e bem assim a afirmação de que restou comprovado através da prova documental de que jamais foi negado acesso ao emprego para pessoas que porventura possuísem restritivos.

A discriminação no âmbito da relação de trabalho é uma das formas mais perversas de exclusão das minorias e violação da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

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

A interpretação adequada do art. 1º da Lei n. 9.029/1995 deve ser feita de forma ampliativa no sentido de que é vedada ‘qualquer prática discriminatória’. Neste aspecto, portanto, deve-se coibir qualquer espécie de prática discriminatória. (‘Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para eleito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal’).

Com efeito, o art. 508 da CLT considera como justa causa, para efeito de rescisão de contrato de trabalho do empregado bancário, a falta contumaz de pagamento de dívida legalmente exigível.

No entanto, completamente, diversa e contrária é a situação dos empregados e candidatos a emprego que, a partir do momento que prestam serviços para a recorrente,

passam a ser seus credores. Se o candidato a uma vaga de emprego, eventualmente, tem dívidas com outras pessoas, isto não pode ser fator impeditivo para que obtenha o emprego. E isto se justifica porque, para um candidato nesta situação, a sua colocação no mercado de trabalho tem o objetivo justamente de saldar estas dívidas. Assim, qualquer restrição ao acesso de um candidato a uma vaga de emprego em razão de seu nome constar em uma das listas de empresas de proteção ao crédito, como SERASA e SPC, é ato discriminatório e deve ser coibido.

E como visto o réu confirmou a alegação inicial de que a consulta à falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis faz parte de seu processo de seleção (fl.46).

Logo, deve ser mantida a determinação judicial de primeiro grau para que a ré se abstenha de exigir de empregados e candidatos a emprego informações sobre antecedentes creditícios.

Igualmente, deve ser mantida a determinação para que a ré se abstenha de utilizar qualquer método seletivo que viole a esfera íntima e privada do candidato.

Mantém-se, outrossim, a determinação para que a ré fixe cópia da presente decisão em local de fácil acesso e de ampla visibilidade, destinado a dar publicidade à sentença, pelo período mínimo de 180 dias, sob pena de multa diária de R\$1.000,00.

Por outro lado, entendo que merece reforma a r. sentença no que tange à determinação para pagamento de indenização por dano coletivo.

O dano moral coletivo teve origem na constatação de que determinadas condutas antijurídicas, extrapolam a ofensa ao indivíduo, repercutindo também na coletividade que, embora seja um ente despersonalizado, possui valores morais que necessitam de proteção. Como forma de reação, o ordenamento

jurídico criou diversos instrumentos de proteção, como, por exemplo, os arts. 76, 159 e 1.553 do CC/1916, a ação popular (Lei n. 4.717/65) e a ação civil pública (Lei n. 7.347/85). Finalmente, a Constituição Federal de 1988, elevou a reparação do dano moral, individual ou coletivo, à categoria de garantia constitucional (art. 5º, V e X).

A doutrina pátria tem se esforçado para definir adequadamente o dano moral coletivo. Neste aspecto o jurista Carlos Alberto Bittar Filho procurou defini-lo afirmando ser "... a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos". Para ao depois arrematar: "Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial." (BITTAR FILHO. Carlos Alberto. Dano Moral Coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 12, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 44-62, out./dez. 1994.)

Ensina o i. Procurador Regional do Trabalho, Xisto Tiago de Medeiros Neto (Dano Moral Coletivo: elementos e características. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, ano XII, n. 24, Brasília: LTr, 2002.) que a não reparação do dano causado por situações deste gênero gera um estado de indignação, descrédito e desalento da coletividade em relação ao sistema político-jurídico, abalando o equilíbrio e a paz social. Daí a necessidade de ampla tutela dos danos.

Em que pese seja incontroverso que o dano moral coletivo é passível de tutela do Estado, conforme acima exposto, no presente caso, o dano moral, em si, não restou comprovado.

Diz-se isso porque, de acordo com norma estampada no CCB (art. 159 do CCB/1916 e art. 186 do CCB/2002), são pressupostos da responsabilidade: ação ou omissão; culpa ou dolo; ocorrência do dano e elo entre a causa e o efeito do dano. Este último exige que a relação de causa e efeito estejam interligados entre a ação ou omissão do agente e o efetivo dano ocorrido (sem o que não há que se cogitar da obrigação de indenizar). Ressalte-se ainda, que a ocorrência de dano há de ser obrigatoriamente provada, pois que sem o efetivo prejuízo, material ou moral, não decorre a obrigação de indenizar.

Em suma, a obrigação reparatória, embora fundada em culpa, supõe, além do ato culposos, dano efetivo e nexos causal entre a conduta e este resultado (art. 186 c/c o art. 927 do Código Civil).

Nesse compasso, oportuna a transcrição do entendimento defendido pela Exma. Desembargadora Dra. SUELI GIL EL RA1TFII, em decisão de caso análogo ao presente (TRT-PR-98921-2004-014-09-00-0-ACO-18015-2006-publ. 20-06-2006), cujos fundamentos foram inspirados em voto do Exmo. Desembargador Dr. SÉRGIO MURILO RODRIGUES LEMOS (TRT-PRRO-98909-2004-014-09-00-5), também integrante desta 4ª Turma:

‘A necessidade da Ação Civil Pública para esta pretensão, como já explanado, se justifica porque visa a proteção de interesses e direitos difusos, uma vez que, em tese, qualquer pessoa interessada a uma vaga de emprego na ré (agora e no futuro) poderia ter sua dignidade, intimidade e vida privada violada pelo sistema de seleção utilizado pela recorrente. Trata-se, pois, de uma coletividade indeterminada de pessoas, que potencialmente poderia ter estes direitos personalíssimos violados. Conforme leciona Carlos Henrique Bezerra Leite, os objetivos básicos da Ação Civil Pública são: “a) permitir a aglutinação de diversos litígios numa única demanda; b) amenizar algumas das barreiras psicológicas e técnicas que impedem ou dificultam o

acesso judicial da parte fraca; c) desestimular condutas sociais indesejáveis.”

Assim, a presente ação visou precipuamente evitar uma conclusão social indesejável por parte da ré, que poderia, em tese, potencialmente atingir a dignidade, intimidade e vida privada de uma coletividade indeterminada de pessoas.

No entanto, até o momento em que uma pessoa desta coletividade se disponha a ser submetida ao processo seletivo para vaga de emprego na ré, não há caracterização de qualquer dano moral (extrapatrimonial) contra esta. Ou seja, a coletividade não foi atingida diretamente pelos critérios de seleção da recorrente. Vale dizer não houve dano efetivo a esta coletividade, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial (moral). Logo, não há que se falar em dano moral coletivo.

O caso dos autos é diverso, por exemplo, de uma comunidade de pescadores que sofre as consequências diretas de um acidente ecológico, decorrente de vazamento de substância tóxica, que tem seus meios de subsistência atingidos por várias gerações.

Nesta hipótese, além do dano patrimonial, restaria configurado o dano moral coletivo decorrente de uma ação lesiva significativa, praticada por uma pessoa contra o patrimônio de uma coletividade (considerada esta as gerações presentes e futuras), que atinge sua esfera moral, causando-lhe sentimentos de insatisfação e angústia, por exemplo.

In casu, se, eventualmente, houve dano moral, este foi individual e atingiu apenas aqueles que realmente se habilitaram a uma vaga de emprego e aceitaram submeter-se ao processo de seleção da recorrente.

Portanto, apenas estes teriam interesse eletivo de buscar uma eventual indenização por dano moral. Logo, a presente Ação Civil Pública não se revela adequada para buscar esta indenização. Salvo melhor juízo, eventual indenização deve ser pretendida individualmente pelas pessoas que, de fato, sofreram eventual dano moral, o que deverá ser avaliado caso a caso.

Assim, chegamos à conclusão de que não há que se falar em danos morais coletivos.

Diante de todo o exposto, reformo parcialmente a r. sentença, para excluir da condenação a determinação para pagamento de indenização por danos morais coletivos.

RECURSO ORDINÁRIO DE MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO — PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

LIMITE TERRITORIAL — EFEITOS DA DECISÃO RECORRIDA

Alega o recorrente, em resumo, que, por força do art. 21 da Lei n. 7.347/85 c/c os arts. 93 e 103, incisos I e II, da Lei n. 8.078/90 c ao próprio art. 16 da Lei n. 7.347/85, a eficácia da coisa julgada nas ações coletivas possui efeito *erga omnes* e *ultra partes*, razão pela qual alcançam todos o os atingidos pela macrolesão levada a juízo.

Assiste-lhe razão.

Peço vênha para utilizar os fundamentos utilizados, nos autos TRT-PR-98903-2005-014-09-00-9 (ACO-29111-2006), publicada em 10.10.2006, no qual foi relator o Des. LUIZ CELSO NAPP:

‘A alteração introduzida no art. 16 da Lei n. 7.347/85, através da Lei n. 9.494/97, em nada modifica a abrangência da eficácia *erga omnes* da decisão proferida em sede de Ação Civil Pública, pois o art. 21 da Lei n. 7.347/85 expressamente determina “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”, dentre os quais se destacam os arts. 103 e 104 do CDC, que não estabelecem qualquer restrição aos eleitos da coisa julgada.

E totalmente inócua a referida alteração do art. 16 da Lei n. 7.347/85, uma vez que, de acordo com as lições de Carlos Henrique Bezerra Leite, o exercício da jurisdição trabalhista metaindividual é feito, basicamente, pela aplicação direta e simultânea de normas jurídicas da CF (arts. 129, III e IX, 8º, III, e 114), da LOMPU (LC n. 75/93, arts. 83, III,

84, *caput*, e 6º, VII, “a” e “b”), da LACP (Lei n. 7.347/85) e pelo Título III do CDC (Lei n. 8.078/90), restando à CLT e ao CPC o papel de diplomas legais subsidiários.

Nesse sentido são os ensinamentos de Marcos Neves Lava, para quem o art. 16 da Lei n. 7.347/85, se não bastasse ser inconstitucional, mostra-se, ainda, ineficaz, inócuo. Com efeito, a sabotagem legislativa deixou de alcançar os arts. 103, 104 e 93, II, do Código de Defesa do Consumidor, de aplicação recíproca à LACP, por força dos arts. 21 desta e 90 daquele. Tais dispositivos, não suprimidos, estendem-se a todas as ações coletivas em razão da íntima interação entre os dois sistemas legislativos evocados.

Ainda, impende ressaltar que o posicionamento ora perfilhado em nada contrasta com a diretriz da Orientação Jurisprudencial n. 130 da SBDI-2 do C. TST, que dispõe:

Ação civil pública. Competência territorial. Extensão do dano causado ou a ser reparado. Aplicação analógica do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor. Para a fixação da competência territorial em sede de ação civil pública, cumpre tomar em conta a extensão do dano causado ou a ser reparado, pautando-se pela incidência analógica do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, se a extensão do dano a ser reparado limitar-se ao âmbito regional, a competência é de uma das Varas do Trabalho da Capital do Estado: se for de âmbito supra-regional ou nacional, o foro é o do Distrito Federal.

Como se vê, a referida Orientação Jurisprudencial cuida da competência territorial para apreciação e julgamento da ação civil pública, o que, como visto, não se confunde com o alcance da coisa julgada produzida nessa modalidade de ação.

Isto posto, conclui-se que os efeitos da presente decisão terão abrangência nacional, uma vez que o réu possui empregados lotados em agências bancárias por todo o País.

Reformo, para determinar que os efeitos da decisão tenham alcance nacional, abrangendo a empresa-ré como um todo, incluindo-se todos os seus estabelecimentos”.

No julgamento dos embargos de declaração, o Tribunal Regional reportou-se, mais uma vez, às matérias que já haviam sido julgadas, consoante se depreende dos fundamentos abaixo. *In verbis* (fls. 787-794, seq. 1):

“2. MÉRITO

ILEGITIMIDADE ATIVA PREQUESTIONAMENTO

O Embargante insiste na tese de ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho, sob o argumento de que o interesse que se invoca na presente demanda é coletivo, mas com destinatários facilmente identificados ou individualizados. Ainda, pugna para que haja o prequestionamento dos seguintes dispositivos legais: arts. 127 e 129, ambos da Constituição Federal; art. 6º do CPC; art. 81 da Lei n. 8.078/90; e § 1º do artigo I da Lei n. 7.347/85.

Os embargos declaratórios são instrumento de aperfeiçoamento jurisdicional e são cabíveis para corrigir os vícios da omissão, obscuridade, contradição e análise incorreta de pressupostos processuais (arts. 535 do CPC e 897-A da CLT).

A teor do disposto no art. 131 do CPC, ‘O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Os fundamentos do v. acórdão são suficientemente claros. Ainda, conforme se verifica da fundamentação do v. acórdão (fls. 424v./428v.), houve manifestação expressa em relação as questões de legitimidade do MPT e da pertinência da ação civil pública, inclusive em face da Constituição Federal (CF, arts. 127 e 129) e da legislação invocada (Lei n. 7.347/85; e Lei n. 8.078/90).

E, para concluir, entendo que não há necessidade de manifestação além dos fundamentos já adotados, porquanto toda a matéria questionada foi analisada, constando fundamentação adequada com a adoção de tese jurídica acerca das matérias, o que atende ao contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, bem como em consonância com o art. 832 da CLT.

Rejeito.

LIMITE TERRITORIAL — EFEITOS DA DECISÃO RECORRIDA — JULGAMENTO ‘ULTRA PETITA’

Volta-se o embargante contra a reforma havida para determinar que os efeitos da decisão tenham alcance nacional, abrangendo a empresa-ré como um todo, incluindo todos os seus estabelecimentos. Alega que o decisum afigura-se ultra petita, pois entende que o autor, na inicial não postulou que fosse conferida uma abrangência nacional à tutela jurisdicional pretendida (fls. 442/443).

Sem razão.

Em primeiro lugar, ao contrário do que alega o embargante, não constou do v. acórdão a afirmação no sentido de que ‘... da leitura da peça vestibular produzida pelo Ministério Público não demonstra qualquer intenção de se conferir uma abrangência à tutela jurisdicional pretendida...’ (embargos fl. 442).

No mais, a presente demanda trata-se de ação civil pública em face do réu, ora embargante, através da (mal à parte autora alega, em síntese, que as transgressões apontadas (restrições, creditícias de candidatos de emprego) causam dano moral à coletividade de trabalhadores que planejam prestar serviços para a empresa-ré e a toda coletividade que reconhece os valores ofendidos como preponderantes para a vida e sociedade, reclamando, assim, reparação em dimensão difusa e coletiva (inicial — fl. 14).

Portanto, é certo que o autor ao formular sua pretensão pugnou pela eficácia *erga omnes* da tutela inibitória, de forma a atingir toda a coletividade, abrangendo assim a empresa-ré como um todo. E conforme deixou assente o v. acórdão, “A alteração introduzida no art. 16 da Lei n. 7.347/85, através da Lei n. 9.494/97, em nada modifica a abrangência da eficácia *erga omnes* da decisão proferida em sede de Ação Civil Pública, pois o art. 21 da Lei n. 7.347/85 expressamente determina que ‘aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor’, dentre os quais se destacam os arts. 103 e 104 do CDC, que não estabelecem qualquer restrição aos efeitos da coisa julgada”.

Por conseguinte, não há que se falar em julgamento *ultra petita*, em afronta aos arts. 128 e 460 do CPC.

Nada a reparar.

ATO DISCRIMINATÓRIO — AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO

Insiste o embargante na tese de que o réu não impõe qualquer limitação à contratação de empregados que possuem restritivos, conforme faz prova a documentação apresentada com a peça contestatória. Pugna, outrossim, para que haja o prequestionamento do art. 508 da CLT, cujo fundamento justifica a adoção de práticas consultivas da condição cadastral do futuro empregado bancário, bem como do art. 1º da Lei n. 9.029/95 e do inciso XXX do art. 7º da CF (fls. 445/448).

Os embargos de declaração não se prestam à nova análise de provas contidas nos autos, mas sim para sanar omissão, contradição ou obscuridade constante no corpo do acórdão embargado (CPC, art. 535, I e II), consoante já esclarecido em item anterior.

Ademais, conforme constou do v. Acórdão (fls. 429v./433), houve análise pormenorizada de fatos e provas que envolveram a relação estabelecida pelas partes, bem como do ordenamento jurídico invocado pelo embargante em suas razões recursais (art. 508 da CLT e art. 1º da Lei n. 9.029/1995):

‘... Na audiência de instrução não foram ouvidas testemunhas. Em razões finais orais (fls. 293/294), o autor reafirmou que à fl. 34 houve confissão do preposto da empresa quanto à ocorrência relatada na inicial, acrescentando que à fl. 219 consta o nome do Sr. Marcos P. da Silva, que não foi admitido pelo banco réu por motivo de deter apenas uma dívida perante o Serasa. O réu, por sua vez, em alegações finais, reprisou a tese de que a análise ao crédito dos candidatos a emprego decorreu do que preceitua o art. 508 da CLT, e bem assim a afirmação de que restou comprovado através da prova documental de que jamais foi negado acesso ao emprego para pessoas que porventura possuísem restritivos.

A discriminação no âmbito da relação de trabalho é uma das formas mais perversas de exclusão das minorias e violação da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

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’ (LIMA, Firmino Alves. Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho. São Paulo: Ltr, 2006. p. 135).

A interpretação adequada do art. 1º da Lei n. 9.029/1995 deve ser feita de forma ampliativa no sentido de que é vedada ‘qualquer prática discriminatória’. Neste aspecto, portanto,

deve-se coibir qualquer espécie de prática discriminatória. (Fica proibida a adoção 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, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.)

Com efeito, o art. 508 da CLT considera como justa causa, para efeito de rescisão de contrato de trabalho do empregado bancário, a falta contumaz de pagamento de dívida legalmente exigíveis.

No entanto, completamente diversa e contrária é a situação dos empregados e candidatos a emprego que, a partir do momento que prestam serviços para a recorrente, passam a ser seus credores. Se o candidato a uma vaga de emprego, eventualmente, tem dívidas com outras pessoas, isto não pode ser fator impeditivo para que obtenha o emprego. E isto se justifica porque, para um candidato nesta situação, a sua colocação no mercado de trabalho tem o objetivo justamente de saldar estas dívidas. Assim, qualquer restrição ao acesso de um candidato a uma vaga de emprego em razão de seu nome constar em uma das listas de empresas de proteção ao crédito, como SERASA e SPC, é ato discriminatório e deve ser coibido.

E como visto o réu confirmou a alegação inicial de que a consulta à falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis faz parte de seu processo de seleção (fl. 46).

Logo, deve ser mantida a determinação judicial de primeiro grau para que a ré se abstenha de exigir de empregados e candidatos a emprego informações sobre antecedentes creditícios.”

De outro lado, o prequestionamento previsto no Enunciado de Súmula n. 297 do C. TST somente tem procedência, quando a matéria, objeto de recurso, não foi expressamente analisada pela decisão judicial. Em outras palavras, o prequestionamento refere-se ao tópico recorrido e não à fundamentação utilizada em recurso.

Rejeito.

VALOR DA MULTA — SEGREDO DE JUSTIÇA — OMISSÃO

Alega o embargante que o v. acórdão padece de omissão na medida em que deixou de apreciar o pedido para que a multa imposta fosse reduzida com os patamares compatíveis e razoáveis com a hipótese em apreço, e bem assim o pleito para que fosse sanada contradição existente na r. sentença em relação à determinação para que a r. decisão seja fixada em local com ampla visibilidade e a determinação para que o processo tramite em segredo de justiça (fls. 449/451).

O pedido para que fosse reduzido ou afastada a multa imposta já foi apreciado (fl. 431):

“... Mantém-se, outrossim, a determinação para que a ré fixe cópia da presente decisão em local de fácil acesso e de ampla visibilidade, destinado a dar publicidade à sentença, pelo período mínimo de 180 dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00.”

Por outro lado, assiste razão ao embargante no que se refere à apreciação do pedido para que seja sanada a alegada contradição.

Assim, passo a sanar a omissão por meio das razões que integram o *decisum*. O embargante aduz em razões recursais que a determinação para que r. sentença seja fixada em edital é totalmente incoerente com a decisão para que o processo tramite em segredo de justiça.

Sem razão, contudo.

Como bem ponderou o primeiro grau, os autos tramitam em segredo de justiça devido à exposição de dados pesquisados pela ré e para resguardar a privacidade dos candidatos, evitando-se com isso que terceiros estranhos ao processo tenham acesso a tais informações. Portanto, no que pertine ao Segredo de Justiça, o mesmo deve ser observado tão somente em relação aos documentos em questão, de forma que no presente caso não há nenhum óbice à divulgação da decisão, cujo teor, ressalta-se, não reproduz referidos documentos.

Nada a reformar.

Acolho parcialmente as razões do embargante para, nos termos da fundamentação, sanar a omissão apontada, sem, contudo, atribuir efeito modificativo ao v. acórdão embargado.” (sem destaques no original)

Destarte, o Tribunal Regional analisou expressamente a matéria relacionada à preliminar de ilegitimidade do Ministério Público do Trabalho, inclusive à luz de diversos dispositivos legais infraconstitucionais e constitucionais relacionados ao tema, tendo ao final consignado que “*Estes autos tratam da pretensa violação de direitos coletivos. Refere-se a direito indivisível (discriminação) de sujeitos indeterminados embora determináveis (grupo de trabalhadores abrangidos pela categoria econômica da ré — futuros empregados), porém, unidos por uma origem comum, qual seja a alegada prática discriminatória advinda da consulta efetuada pelo réu no crédito dos candidatos a emprego*”.

A matéria concernente aos efeitos da decisão proferida na presente ação civil pública foi expressamente enfrentada pelo Tribunal Regional, que, após analisar a matéria frente aos dispositivos legais infraconstitucionais pertinentes à matéria, consignou que a eficácia da coisa julgada nas ações coletivas possui efeito *erga omnes* e *ultra partes*, e concluiu que “*...os efeitos da presente decisão terão abrangência nacional, uma vez que o réu possui empregados lotados em agências bancárias por todo o País*”.

No julgamento dos embargos de declaração, o Colegiado Regional afastou expressamente a alegação de julgamento *ultra petita*, inclusive esclarecendo que o autor pugnou pela eficácia *erga omnes* da tutela inibitória.

Portanto, também neste aspecto, não há omissão no julgado quanto à matéria controvertida, sendo irrelevante a pretensão de que fosse transcrita, nos fundamentos do voto, a causa de pedir e pedido constante na petição inicial, já que o autor pretendeu a eficácia *erga omnes* da tutela inibitória.

Ressalto, também, o fundamento no qual o Tribunal *a quo* deixou assentado que “*... o posicionamento ora perfilhado em nada contrasta*

com a diretriz da Orientação Jurisprudencial n. 130 da SBDI-2 do C. TST...”, sendo que “*... a referida Orientação Jurisprudencial cuida da competência territorial para apreciação e julgamento da ação civil pública, o que, como visto, não se confunde com o alcance da coisa julgada produzida nessa modalidade de ação*”.

Assim, não há se falar em negativa de prestação jurisdicional, também neste aspecto.

Consta ainda assentado no julgado a circunstância fática de que “*... o réu confirmou a alegação inicial de que a consulta à falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis faz parte de seu processo de seleção (fl. 46)*”. Neste contexto, qualquer outra indagação da parte em sentido contrário expressa simples inconformismo da parte com a conclusão do julgado.

O Tribunal Regional manteve “*... a determinação para que a ré fixe cópia da presente decisão em local de fácil acesso e de ampla visibilidade, destinado a dar publicidade a sentença, pelo período mínimo de 180 dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00*”. Neste contexto, afastou-se, por óbvio, o “*... pleito recursal no tocante a redução de tal patamar*”, como inclusive foi esclarecido no julgamento dos embargos de declaração.

Portanto, exsurge-se nítido das razões dos embargos declaratórios que eles se revestiram de caráter infringente, porquanto foram utilizados com o propósito de questionar a correção do julgado e obter a alteração da decisão, voltando-se o inconformismo recursal, na verdade, contra o não acolhimento de sua tese.

Destarte, o Colegiado examinou e fundamentou, em profundidade e extensão, toda a matéria que lhe foi devolvida, não havendo se falar em negativa da prestação jurisdicional. Cumpre observar que não mais vigora o sistema da prova legal, onde o valor das provas era tarifado. No sistema atual, é livre a apreciação e valoração das provas, bastando que o juiz atenda aos fatos e circunstâncias constantes dos autos e indique os motivos que lhe formaram o convencimento.

Há de se mostrar omissa a decisão, mesmo após a provocação da manifestação por intermédio de embargos declaratórios, para que reste demonstrada a negativa de prestação jurisdicional ensejadora do conhecimento do recurso de revista, nos termos do art. 535, inciso II, do CPC.

Não há, pois, que se falar em afronta aos arts. 93, IX, da CF/88, 832 da CLT e no art. 458 do CPC.

Assinalo, outrossim, que, nos termos da Orientação Jurisprudencial de n. 115 da Egrégia SBDI-1 desta Corte, a alegação de ofensa ao art. 5º, XXXV e LV, da CF/88, não se presta ao fim pretendido.

Não conheço.”

“2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA — PROCESSO SELETIVO — PESQUISA PRÉVIA DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DOS CANDIDATOS AO EMPREGO — SPC E SERASA — OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER — DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS — LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

CONHECIMENTO

A recorrente afirma que “... muito embora tenha o E. Regional entendido pela legitimidade do recorrido em promover a Ação Civil Pública, tendo como objeto a defesa de interesses coletivos, sustenta o recorrente que a ilegitimidade não se materializa na medida em que os titulares desses interesses podem ser individualizados, tanto é que o v. Acórdão regional manteve incólume a cominação de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), “... por candidato prejudicado...”.

Diz que “Ao contrário, a indisponibilidade dos direitos trabalhistas possui projeção temporal, significando que o trabalhador empregado não pode, em princípio, renunciar ou transacionar direitos que a lei lhe destina. Todavia, nada lhe impede que, em relação aos direitos que já lhe pertencem, que já se incorporaram ao seu patrimônio porque já adquiridos, não possam ser transacionados ou renunciados de forma lícita”.

Sustenta que “... conforme, amplamente demonstrado quando da apresentação da defesa, e ignorado pelo E. Regional, na causa *sub iudice* resta por demais evidente que a situação depende de cada caso em concreto, motivo pelo qual, os interesses são, perfeitamente, individualizáveis e, em consequência, divisíveis”.

Portanto, requer que seja conhecido e provido o presente apelo “... com base em violação legal e divergência jurisprudencial para ser reconhecido que o *Parquet* recorrido é carecedor da ação, por ausência de legitimidade *ad causam*, para promover a defesa: a) de interesses difusos e coletivos individualizáveis; e b) de direitos individuais disponíveis, tornando-se imperativa a imediata extinção do processo, sem pronunciamento a respeito do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, *ex vi* do disposto no art. 769, da CLT”.

Aponta violação aos arts. 267, IV, do CPC, 8º, III, 129, III, da CF/88, 81, parágrafo único, incisos I, II e III e 82, da Lei n. 8078/90, 6º do CPC, 769, da CLT, e divergência jurisprudencial.

O Tribunal Regional rejeitou a preliminar pelos seguintes fundamentos. *In verbis* (fls. 726-732, seq. 1):

“2. PRELIMINAR

ILEGITIMIDADE ATIVA

O réu alega a ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho para figurar na presente ação. Para tanto, assevera que os direitos ora formulados não se encontram entre os direitos metaindividuais, posto que os interesses dos candidatos às vagas de emprego ofertadas pelo recorrente, decorrem de direitos divisíveis, bem como se revelam perfeitamente individualizáveis. Ainda, assevera que mesmo na hipótese de se admitir que os interesses defendidos pela parte autora seriam coletivos, bem como individuais homogêneos, melhor sorte não mereceria o recorrido, pois na seara trabalhista referidos direitos são

transacionáveis e, portanto, disponíveis, enquanto que a defesa dos direitos individuais homogêneos e reservada àqueles direitos que sejam indisponíveis (fls. 332/341).

Sem razão.

Examinada a pretensão exordial verifica-se que o Ministério Público do Trabalho, autor da presente demanda, pretende a condenação do réu em obrigação de não fazer, consistente em que este se abstenha imediatamente, de utilizar banco de dados para obter informações creditícias relativas a candidatos a emprego; abstenha-se de utilizar qualquer método seletivo que viole a esfera íntima ou privada do candidato, bem como qualquer avaliação discriminatória, ou seja, que não verifique tão somente a aptidão profissional do trabalhador.

As questões da legitimidade do Ministério Público do Trabalho e da pertinência da ação civil pública na espécie se entrelaçam e impõem compreender a sistematização do aparato normativo constitucional e infraconstitucional modernamente articulado diante da nova categoria de interesses e direitos experimentada pela complexidade das relações sociais contemporâneas.

De fato, é inegável que com o passar do tempo, o caráter meramente individual do Direito evoluiu para exigir a proteção de interesses jurídicos metaindividuais ou transindividuais que, embora sem titularidade identificável, avançam de modo a abranger toda uma coletividade, podendo, inclusive, ser transferidos de um indivíduo para outro conforme condições de tempo e lugar.

Neste diapasão, voltados a promover a tutela preventiva e reparatória dos direitos e interesses metaindividuais, em primeiro plano, encontra-se a Constituição Federal de 1988, com previsão expressa a respeito de ações coletivas no art. 5º, incisos LXX e LXXIII, art. 80, inc. III e art. 129, inc. III,

enquanto no plano infraconstitucional compõe o sistema integrado de acesso metaindividual à Justiça a LC n. 75/1993, a Lei n. 7.345/85 (Lei da Ação Civil Pública), a Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular) e, finalmente, a Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Estão nessa esfera de direitos ou interesses, por exemplo, o ar que respiramos os mares, rios e represas que nos fornecem a água e possibilitam a pesca, essencial para a sobrevivência; a fauna, e a flora, especialmente as florestas que proporcionam o equilíbrio ao meio ambiente, tido como o mais autêntico dos interesses difusos.

Neste passo, a Constituição Federal de 1988 confiou ao Ministério Público, como Instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput), além da prerrogativa de propor a ação civil pública “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, inc. III), estabelecendo a Lei n. 7.347/1985 (LACP), recepcionada pela nova ordem constitucional, que os objetos da ação civil pública, visam a responsabilização por danos morais e patrimoniais causados, entre outros, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (1º, incisos I a IV).

A Constituição Federal, portanto, nos termos dos arts. 127, caput, e 129, inciso III, consolida as funções institucionais do Ministério Público, como Instituição essencial à função jurisdicional do Estado, na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis e também para a promoção da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

E regulando essas prerrogativas, a Lei Complementar n. 75/93, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do

Ministério Público da União, assegura que compete ao Ministério Público da União promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção, dentre outros direitos e interesses, também dos interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (art. 6º, inc. VII, “d”).

Enquanto o art. 83, inc. III, ainda da mesma LC n. 75/93, coube especificar as atribuições do Ministério Público do Trabalho, legitimando-o apenas para:

‘III – promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de INTERESSES COLETIVOS, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos;’ (nosso destaque)

Releva ressaltar, ainda, que a Lei n. 7.347/1985 (LACP), não definia o que seriam interesses difusos, interesses coletivos e interesses individuais homogêneos, tarefa que coube então ao Código de Defesa do Consumidor, isto é, à Lei n. 8.078/1990.

Então, impõe-se verificar *ab initio* se em face da definição dada pela norma legal aos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ajustam os direitos e interesses pretensamente ofendidos pela empresa recorrente para que possamos responder à questão da legitimidade *ad causam* do Ministério Público do Trabalho e adequação da ação civil pública por ele manejada na presente hipótese.

Extrai-se do contido no art. 81, parágrafo único, do CDC (Lei n. 8.078/90), o seguinte:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Assim, considerando-se as definições acima com relação ao caso concreto, podemos excluir, de pronto, interesses ou direitos DIFUSOS.

De outra parte, os interesses ou direitos COLETIVOS, conforme o referido inciso II, devem ser compreendidos os direitos ou interesses transindividuais, ainda de natureza indivisível, cuja titularidade está com grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Direitos ou interesses coletivos são, portanto, pertinentes à instituição, à identidade própria de grupo coeso e não apenas à soma de seus indivíduos, de forma que a substituição de qualquer indivíduo por outro não afeta o coletivo. Diferem, portanto, dos direitos difusos, apenas com relação aos sujeitos que aqui, embora sejam também indeterminados, há possibilidade de sua determinação.

Em outras palavras, ‘no interesse difuso há uma despersonalização dos sujeitos do interesse e no coletivo uma pessoalização do grupo, da categoria, da classe.’ (*Temas da Ação Civil Pública Trabalhista*, coordenadoras Aldacy Rachid Coutinho e Thereza Cristina Godal, colaboradores diversos, editora Gênese, Curitiba, 2000, pag. 35.)

Ainda em consonância com o pensamento de Dárcio Guimarães de Andrade, nos interesses coletivos:

‘A base será sempre feita de direitos individuais, que se encontram em situações homogêneas, aglutinando-se em grupos representativos de sua classe ou categoria, como os Sindicatos e as Associações. Melhor dizendo, o interesse de um será o interesse de todos, ou ainda melhor, a lesão ao direito de um será a lesão ao direito de todos. A satisfação não acontece individualmente, mas um único bem satisfaz coletivamente.’ (Cf. ANDRADE,

Dárcio Guimarães de. 'Ação Civil Pública'. *Revista do TST*, Brasília, vol. 66, n. 4, out./dez. 2000, p. 202.)

Além dos interesses ou direitos difusos e dos coletivos, o legislador elencou também os interesses ou direitos individuais homogêneos, que são os decorrentes de origem comum.

Nesse caso, os titulares do direito são determináveis e o objeto é divisível. Não há um só interesse, mas vários, idênticos. O que os torna homogêneos é a sua origem comum.

Valendo-me novamente dos ensinamentos de Dárcio Guimarães de Andrade, os interesses individuais homogêneos:

‘constituem a soma de posições jurídicas subjetivas individuais, perfeitamente divisíveis e afetadas aos seus titulares, que têm em comum a homogeneidade do bem pretendido. Individuais na sua essência são coletivos apenas na forma de tutela, pois o legislador pretendeu conferir a eles uma nova possibilidade de trato processual, em virtude de ponderosas razões de política judiciária, produzindo benefícios vários: como evitar a proliferação de seguidas demandas individuais, versando sobre a mesma questão, poupando trabalho e tempo aos julgadores já assoberbados; possibilitar decisões mais equânimes, evitando as indesejadas contradições e propiciar o transporte, *in utilibus*, do julgado coletivo para o âmbito das ações individuais, nos termos estabelecidos pelos arts. 103, III, § 3º e 104/CDC.’ (Cf. ANDRADE, Dárcio Guimarães de. ‘Ação Civil Pública’. *Revista do TST*, Brasília, vol. 66, n. 4, out./dez. 2000, p. 204.)

Ives Gandra Martins Filho (*Processo Coletivo do Trabalho*, p. 207), ainda esclarece que, enquanto os direitos ou interesses coletivos caracterizam-se pela abstração, isto é, seus sujeitos são indeterminados, conquanto determináveis, por fazerem parte de um grupo ou categoria, os direitos ou interesses individuais homogêneos têm seus sujeitos perfeitamente determinados, sabendo-se

perfeitamente quais os atingidos pelo ato lesivo.

Estes autos tratam da pretensa violação de direitos coletivos. Refere-se a direito indivisível (discriminação) de sujeitos indeterminados embora determináveis (grupo de trabalhadores abrangidos pela categoria econômica da ré — futuros empregados), porém, unidos por uma origem comum, qual seja, a alegada prática discriminatória advinda da consulta efetuada pelo réu no crédito dos candidatos a emprego.

Assim sendo, tanto a natureza dos direitos ou interesses ditos violados, quanto à indeterminação ou potencial determinação do grupo de trabalhadores, revelam que se trata de direitos e interesses inseridos, portanto, na categoria dos interesses e direitos coletivos, cuja defesa comporta o manejo da ação civil pública pelo Ministério Público do Trabalho.

Rejeito, pois, a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho.” (sem destaques no original)

Consoante disposto no acórdão recorrido, “o Ministério Público do Trabalho, autor da presente demanda, pretende a condenação do réu em obrigação de não fazer, consistente em que este se abstenha imediatamente, de utilizar banco de dados para obter informações creditícias relativas a candidatos a emprego; abstenha-se de utilizar qualquer método seletivo que viole a esfera íntima ou privada do candidato, bem como qualquer avaliação discriminatória, ou seja, que não verifique tão somente a aptidão profissional do trabalhador”.

Posteriormente, o Tribunal Regional consignou que “Estes autos tratam da pretensa violação de direitos coletivos. Refere-se a direito indivisível (discriminação) de sujeitos indeterminados embora determináveis (grupo de trabalhadores abrangidos pela categoria econômica da ré - futuros empregados), porém, unidos por uma origem comum, qual seja, a alegada prática discriminatória advinda da consulta efetuada

pelo réu no crédito dos candidatos a emprego”, concluindo ao final que “Assim sendo, tanto a natureza dos direitos ou interesses ditos violados, quanto à indeterminação ou potencial determinação do grupo de trabalhadores, revelam que se trata de direitos e interesses inseridos, portanto, na categoria dos interesses e direitos coletivos, cuja defesa comporta o manejo da ação civil pública pelo Ministério Público do Trabalho”.

A Lei Complementar n. 75/93 trouxe, em seu art. 83, inciso III, uma das maneiras de exercer a citada proteção, qual seja, a ação civil pública. A doutrina e a jurisprudência vêm sedimentando entendimento cada vez mais firme com vistas a reconhecer da admissibilidade da ação civil pública e consequente legitimidade do Ministério Público do Trabalho para tutelar os interesses individuais homogêneos. No campo das relações de trabalho, ao Ministério Público compete promover a ação civil no âmbito desta Justiça, para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos, bem como outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (arts. 6º, inciso VII, alínea “d”, e 83, inciso III, da Lei Complementar n. 75/93).

Por conseguinte, não há se falar em ofensa aos dispositivos legais indicados, pois patente a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para atuar na defesa de interesses coletivos, pretendendo obstar a prática discriminatória e genérica adotada pelo réu de utilizar-se de banco de dados para obter informações a respeito da situação financeira dos candidatos a emprego nos quadros da reclamada.

Se a conduta da reclamada, em tese, atinge toda a coletividade de trabalhadores, causando possível ofensa aos princípios constitucionais da dignidade do trabalhador, do valor social do trabalho, e da não discriminação, deve-se reconhecer a legitimidade do *Parquet* para atuar na defesa dos direitos e interesses coletivos que envolvem a controvérsia.

Os arestos colacionados às págs. 877-879 e 895 não servem ao propósito pretendido, uns por serem oriundos de Turmas desta Corte em julgamento de recurso de revista, e outros por se revelarem inespecíficos, por retratarem controvérsias relacionadas à legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública na defesa de direitos individuais homogêneos, e sobre legitimidade do sindicato para atuar na defesa dos direitos individuais homogêneos de seus associados (Súmula n. 296/TST).

Não conheço.”

“3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA — PROCESSO SELETIVO — PESQUISA PRÉVIA DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DOS CANDIDATOS AO EMPREGO — SPC E SERASA — OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER — EFICÁCIA ERGA OMNES — LIMITES TERRITORIAIS DO ACÓRDÃO PROFERIDO

CONHECIMENTO

O Recorrente afirma que “... a determinação de que os efeitos da r. decisão prolatada produzissem alcance nacional se configura nítido julgamento *ultra petita*”.

Sustenta que “... na forma da retrocitada disposição do art. 293 do CPC, o pedido deve ser interpretado de forma restritiva, ou seja, de acordo apenas com o que nele se contém, não sendo possível elasticidades para alcançar o que se presume também nele incluído, sob pena de evidente julgamento *extra/ultra petita*, como no caso, em manifesta afronta aos textos legais dos arts. 128, 293 e 460 do CPC”.

Consigna que “Ainda que superada a questão relativa à existência de julgamento *ultra petita*, de igual forma merece reforma a r. decisão regional, haja vista que o E. Regional projetou a eficácia da coisa julgada material para além dos limites territoriais do órgão jurisdicional prolator da sentença (município de Curitiba), em direta afronta ao art. 16 da Lei n. 7.347/85 e art. 93, I da Lei n. 8.078/90, já enfrentado pela Corte Superior por meio da OJ n. 130 da SDI-2, e como consequência imediata vulnera os incisos LIII e LIV do art. 5º da CF/88”.

Aduz que “... incorreu o legislador em equívoco na referência da Competência funcional, quando utilizado critério territorial para sua fixação, sendo a Ação Civil Pública de natureza especial ao tutelar, Interesses e Direitos nem sempre individualizáveis, é a Competência referida efetivamente de natureza absoluta e não simplesmente relativa, quando se assim fosse estaria inserida no âmbito de autonomia dos interessados. Ou seja, a remissão ao local da ocorrência dano significa que ali, e somente ali, deverá ter curso a demanda, ainda que pudessem diversamente pretender os envolvidos”.

Por fim, afirma ser “... necessário o acolhimento da presente preliminar, tendo em vista a incompetência absoluta da MM. 2ª Vara do Trabalho de Curitiba para julgar a presente ação civil pública, que, através do v. Acórdão guerreado teve seus efeitos expandidos para o âmbito nacional, para que seja declinado como foro competente, nos termos da Orientação Jurisprudencial, uma das Varas do Trabalho de Brasília-DF”.

Aponta violação aos arts. 86, 113, § 2º, 301, II, 128, 293, 460, todos do CPC, 16, da Lei n. 7.347/85, 93, I, da Lei n. 8.078/90, 5º, LIII e LIV, da CF/88, contrariedade à Orientação Jurisprudencial n. 130 da SBDI-2 desta Corte, e divergência jurisprudencial.

O Tribunal Regional decidiu a controvérsia pelos seguintes fundamentos. *In verbis* (fls. 741/743, seq. 1):

“RECURSO ORDINÁRIO DE MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO — PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

LIMITE TERRITORIAL — EFEITOS DA DECISÃO RECORRIDA

Alega o recorrente, em resumo, que, por força do art. 21 da Lei n. 7.347/85 c/c os arts. 93 e 103, incisos I e II, da Lei n. 8.078/90 e ao próprio art. 16 da Lei n. 7.347/85, a eficácia da coisa julgada nas ações coletivas possui eleito *erga omnes* e *ultra partes*, razão pela

qual alcançam todos o os atingidos pela macrolesão levada a juízo.

Assiste-lhe razão.

Peço vênia para utilizar os fundamentos utilizados, nos autos TRT-PR-98903-2005-014-09-00-9 (ACO-29111-2006), publicado em 10.10.2006, no qual foi relator o Des. LUIZ CELSO NAPP:

‘A alteração introduzida no art. 16 da Lei n. 7.347/85, através da Lei n. 9.494/97, em nada modifica a abrangência da eficácia *erga omnes* da decisão proferida em sede de Ação Civil Pública, pois o art. 21 da Lei n. 7.347/85 expressamente determina ‘aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor’, dentre os quais se destacam os arts. 103 e 104 do CDC, que não estabelecem qualquer restrição aos eleitos da coisa julgada.

É totalmente inócua a referida alteração do art. 16 da Lei n. 7.347/85, uma vez que, de acordo com as lições de Carlos Henrique Bezerra Leite, o exercício da jurisdição trabalhista metaindividual é feito, basicamente, pela aplicação direta e simultânea de normas jurídicas da CF (arts. 129, III e IX, 8º, III, e 114), da LOMPU (LC n. 75/93, arts. 83, III, 84, *caput*, e 6º, VII, a e b), da LACP (Lei n. 7.347/85) e pelo Título III do CDC (Lei n. 8.078/90), restando à CLT e ao CPC o papel de diplomas legais subsidiários.

Nesse sentido são os ensinamentos de Marcos Neves Fava, para quem o art. 16 da Lei n. 7.347/85, se não bastasse ser inconstitucional, mostra-se, ainda, ineficaz, inócua. Com efeito, a sabotagem legislativa deixou de alcançar os arts. 103, 104 e 93, II, do Código de Defesa do Consumidor, de aplicação recíproca à LACP, por força dos arts. 21 desta e 90 daquele. Tais dispositivos, não suprimidos, estendem-se a todas as ações coletivas em razão da íntima interação entre os dois sistemas legislativos evocados.

Ainda, impende ressaltar que o posicionamento ora perfilhado em nada contrasta com

a diretriz da Orientação Jurisprudencial n. 130 da SBDI-2 do C. TST, que dispõe:

Ação civil pública. Competência territorial. Extensão do dano causado ou a ser reparado. Aplicação analógica do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor. Para a fixação da competência territorial em sede de ação civil pública, cumpre tomar em conta a extensão do dano causado ou a ser reparado, pautando-se pela incidência analógica do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, se a extensão do dano a ser reparado limitar-se ao âmbito regional, a competência é de uma das Varas do Trabalho da Capital do Estado; se for de âmbito supra-regional ou nacional, o foro é o do Distrito Federal.

Como se vê, a referida Orientação Jurisprudencial cuida da competência territorial para apreciação e julgamento da ação civil pública, o que, como visto, não se confunde com o alcance da coisa julgada produzida nessa modalidade de ação.

Isto posto, conclui-se que os efeitos da presente decisão terão abrangência nacional, uma vez que o réu possui empregados lotados em agências bancárias por todo o País.

Reformo, para determinar que os efeitos da decisão tenham alcance nacional, abrangendo a empresa-ré como um todo, incluindo-se todos os seus estabelecimentos”.

Opostos embargos de declaração, o Tribunal Regional complementou. *In verbis*:

“LIMITE TERRITORIAL — EFEITOS DA DECISÃO RECORRIDA — JULGAMENTO ‘ULTRA PETITA’

Volta-se o embargante contra a reforma havida para determinar que os efeitos da decisão tenham alcance nacional, abrangendo a empresa-ré como um todo, incluindo todos os seus estabelecimentos. Alega que o decisum afigura-se ultra petita, pois entende que o autor, na inicial não postulou que fosse conferida uma

abrangência nacional à tutela jurisdicional pretendida (fls. 442/443).

Sem razão.

Em primeiro lugar, ao contrário do que alega o embargante, não constou do v. acórdão a afirmação no sentido de que ‘... da leitura da peça vestibular produzida pelo Ministério Público não demonstra qualquer intenção de se conferir uma abrangência à tutela jurisdicional pretendida...’ (embargos fl. 442).

No mais, a presente demanda trata-se de ação civil pública em face do réu, ora embargante, através da (qual a parte autora alega, em síntese, que as transgressões apontadas (restrições, creditícias de candidatos de emprego) causam dano moral à coletividade de trabalhadores que planejam prestar serviços para a empresa-ré e a toda coletividade que reconhece os valores ofendidos como preponderantes para a vida e sociedade, reclamando, assim, reparação em dimensão difusa e coletiva (inicial — fl. 14).

Portanto, é certo que o autor ao formular sua pretensão pugnou pela eficácia erga omnes da tutela inibitória, de forma a atingir toda a coletividade, abrangendo assim a empresa-ré como um todo. E conforme deixou assente o v. acórdão, ‘A alteração introduzida no art. 16 da Lei n. 7.347/85, através da Lei n. 9.494/97, em nada modifica a abrangência da eficácia erga omnes da decisão proferida em sede de Ação Civil Pública, pois o art. 21 da Lei n. 7.347/85 expressamente determina ‘aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor’, dentre os quais se destacam os arts. 103 e 104 do CDC, que não estabelecem qualquer restrição aos efeitos da coisa julgada’.

Por conseguinte, não há que se falar em julgamento *ultra petita*, em afronta aos arts. 128 e 460 do CPC.

Nada a reparar. (sem destaques no original)

Destarte, não evidencio afronta ao preceito constitucional invocado, eis que o tema trazido não enseja violação frontal a texto constitucional, senão pela via indireta, tornando inviável o recurso de revista por violação ao art. 5º, LIII e LIV, da CF/88.

Aliás, impossível é vislumbrar-se violação direta à Carta Magna, eis que, para o deslinde da controvérsia, necessário seria questionar a aplicação das normas infraconstitucionais que regem a matéria *sub judice*.

A alegação de incompetência absoluta, a respeito do qual foi alegada ofensa aos arts. 86, 113, § 2º, 301, II, do CPC, encontra-se superada pela nova redação da Orientação Jurisprudencial n. 130, da SBDI-2 desta Corte, cuja redação segue transcrita. *In verbis*:

“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 14.9.2012) – 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.”

Também não vislumbro ofensa aos arts. 128, 293, 460, todos do CPC, pois o Tribunal Regional consignou expressamente que “... o

autor ao formular sua pretensão pugnou pela eficácia *erga omnes* da tutela inibitória, de forma a atingir toda a coletividade, abrangendo assim a empresa-ré como um todo...”.

Consignou ainda o julgado que “A alteração introduzida no art. 16 da Lei n. 7.347/85, através da Lei n. 9.494/97, em nada modifica a abrangência da eficácia *erga omnes* da decisão proferida em sede de Ação Civil Pública, pois o art. 21 da Lei n. 7.347/85 expressamente determina ‘aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor’, dentre os quais se destacam os arts. 103 e 104 do CDC, que não estabelecem qualquer restrição aos eleitos da coisa julgada”. Por conseguinte, não há se falar em ofensa aos arts. 16, da Lei n. 7.347/85, e 93, I, da Lei n. 8.078/90.

Os arestos colacionados às págs. 903-909, do seq. que versam, de forma genérica, a respeito de julgamento *extra petita*, ausência de causa de pedir (Súmula n. 296/TST), e oriundos de Turma desta Corte e da Justiça Comum, não viabilizam o conhecimento do recurso de revista.

Não conheço.”

“4. AÇÃO CIVIL PÚBLICA — PROCESSO SELETIVO — PESQUISA PRÉVIA DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DOS CANDIDATOS AO EMPREGO — SPC E SERASA — INTERESSE DE AGIR CONHECIMENTO

A recorrente afirma que “sendo cediço que o interesse de agir está diretamente relacionado à necessidade do uso dos meios jurisdicionais para defesa de direito que o autor entende violado, conforme será melhor abordado no decorrer do presente apelo, o estabelecimento de determinados critérios para a seleção de pessoal para certos tipos de vagas em emprego e serviços a serem prestados não é ilegal, sendo até mesmo viável já que observadas certas condições como principalmente o sigilo,

além de razoabilidade e pertinência com as funções para as quais se está admitindo tal e qual empregado”.

Sustenta que “... o entendimento mais abalizado dos tribunais também oferece suporte à preliminar aqui sustentada, pois, ao contrário do entendimento abraçado na r. decisão regional, é incontroverso que o pedido constante da exordial, que se desdobra na “*obrigação de não fazer*”, já foi atendido antes do ajuizamento desta ação, já que se deflui do arcabouço fático expressamente consignado pelo v. Acórdão recorrido que o recorrente contrata pessoas listadas em órgãos de cadastro restritivo de créditos”.

Portanto, aduz que “Em conclusão, considerando-se que o pedido constante da exordial, que se desdobra na ‘*obrigação de fazer e não fazer*’, não tem lastro ou base de sustentação legal, bem como de que a realidade emoldurada no bojo da r. decisão regional demonstra que o recorrente contrata pessoas com restritivos, nada obstante a legalidade da referida prática (da qual, repita-se, defender a sua legalidade não significa admitir a sua execução), forçosa se faz a necessidade de reforma da r. decisão regional para declarar a perda do objeto da presente ação”.

Aponta violação aos arts. 267, VI, do CPC, 5º, XXXV, da CF/88 e divergência jurisprudencial.

O Egrégio Tribunal Regional, ao tratar do tema, deixou consignado. *In verbis* (fls. 732/733, seq.1):

“CARÊNCIA DE AÇÃO — INTERESSE DE AGIR

Afirma o recorrente que não há como se reconhecer a existência de interesse de agir na hipótese, na medida em que o pedido inicial não possui amparo legal, acrescentando que de nada adiantaria a contratação de um empregado com restritivos (no caso de mora contumaz) e que no dia seguinte à sua contratação e constatação viesse a ser desligado dos quadros da empresa com base no art. 508 da CLT.

Nelson Nery Junior, a exemplo de outros autores como Barbosa Moreira, João Batista Lopes e Teresa Arruda, Alvim Wambier, concebe o interesse de agir como resultado do binômio ‘necessidade e utilidade’ ao afirmar que ‘existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático. Movendo ação errada ou utilizando-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta inexistência do interesse processual’ (Condições da ação. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 1991, v. 64, p. 37).

No presente caso, percebo que o MPT narra a reiterada prática de abuso do princípio da propriedade privada e do direito regulamentar e potestativo de admissão contratual, materializado na constante consulta sobre restrições de crédito dos candidatos a emprego. Disto, decorreriam danos morais coletivos, além de obrigação de fazer garantida por cominação de multa específica para evitar a repetição do ilícito, nos moldes do art. 461, § 4º do CPC.

Assim, abstratamente falando, o direito de agir encontra-se perfeitamente consubstanciado, eis que a via eleita é a correta, conforme disposto no tópico anterior sobre a ação civil pública ingressada pelo Ministério Público do Trabalho. Igualmente, o interesse-necessidade está presente, eis que as cominações legais não se mostraram suficientes para coibir a prática descrita na exordial, considerada em tese.

Já a alegada ausência de amparo legal é matéria que diz respeito ao próprio mérito da causa e como tal será analisada.

Rejeito”. (sem destaques no original)

Destarte, não evidencio afronta ao preceito constitucional invocado, eis que o tema trazido não enseja violação frontal a texto constitucional,

senão pela via indireta, tornando inviável o recurso de revista por violação ao art. 5º, XXXV, da CF/88.

O Tribunal *a quo*, a respeito da preliminar, consignou que “No presente caso, percebo que o MPT narra a reiterada prática de abuso do princípio da propriedade privada e do direito regulamentar e potestativo de admissão contratual, materializado na constante consulta sobre restrições de crédito dos candidatos a emprego. Disto, decorreriam danos morais coletivos, além de obrigação de fazer garantida por cominação de multa específica para evitar a repetição do ilícito, nos moldes do 461, § 4º do CPC”.

Segundo Alexandre Freitas Câmara (*in Lições de Direito Processual Civil*, vol. I, pág. 128), “O interesse de agir é verificado pela presença de dois elementos, que fazem com que esse requisito do provimento final seja verdadeiro binômio: ‘necessidade de tutela jurisdicional’ e ‘adequação do provimento pleiteado. Fala-se, assim, em ‘interesse-necessidade’ e em ‘interesse-adequação.’ A ausência de qualquer dos elementos componentes deste binômio implica ausência do próprio interesse de agir”.

E acrescenta: “Não basta, porém, que a ida a juízo seja necessária para que o interesse de agir esteja presente. É mister, ainda, que haja o interesse-adequação, ou seja, é preciso que o demandante tenha ido a juízo em busca do provimento adequado para a tutela da posição jurídica de vantagem narrada por ele na petição inicial, valendo-se da via processual adequada.”

Segundo o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, “o requerente há de demonstrar interesse jurídico na exibição, e o juiz só poderá denegá-la se concluir que o documento ou coisa visada pelo requerente não guarda conexão com objeto da lide ou não terá nenhuma influência no julgamento da causa” (*in Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1, 50. ed. comemorativa, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 437)

Acerca do interesse processual e do binômio necessidade-adequação que o rege, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery

explicam que “*Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir em juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático. Verifica-se o interesse processual quando o direito tiver sido ameaçado ou efetivamente violado (...)*” (*in Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, 9. edição, revista atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 436).

Significa dizer que o interesse processual revela-se, concomitantemente, numa relação de necessidade e adequação ao provimento jurisdicional postulado. Este último deverá ser útil para evitar a lesão ou promover a correção do prejuízo sofrido, como ocorre na hipótese dos autos.

Por conseguinte, não há se falar em ofensa ao art. 267, VI, do CPC.

O único aresto colacionado às págs. 943, seq. 1, por inespecífico (aborda questão concernente a interesse processual do Ministério Público do Trabalho para ajuizar ação civil pública para reserva de vagas de pessoas especiais em concurso público não realizado), não viabiliza o conhecimento do apelo. (Súmula n. 296/TST).

Não conheço.”

“5. PROCESSO SELETIVO — PESQUISA PRÉVIA DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DOS CANDIDATOS AO EMPREGO — SPC E SERASA — OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER CONHECIMENTO

O recorrente afirma que “Muito embora não se preste a impulsionar o apelo por dissenso pretoriano, eis que a decisão foi proferida por essa mesma C. Corte, não se pode perder de vista o fato de que o C. TST há muito vem se posicionando no sentido de que a possibilidade de consulta a determinadas informações de candidatos “...*não se divisa qualquer vilipêndio constitucional ou legal, já que se trata de exercício regular de direito amparado pelo art. 5º,*

XXXIV, “a” e “b”, da Constituição Federal (acesso à informação, mediante direito de petição e de obtenção de certidões)...”.

Alega que “... não obstante o fato de que a prova documental produzida demonstrar que o recorrente contrata pessoas com restritivos, tendo em vista o princípio da eventualidade, consagrado no art. 300 do CPC, sustenta o recorrente que o estabelecimento de determinados critérios para a seleção de pessoal para certos tipos de vagas em emprego e serviços a serem prestados não é ilegal e, portanto, proscrito de nosso Ordenamento Jurídico, ao contrário, viável desde que observadas certas condições como principalmente o sigilo, além de razoabilidade e pertinência com as funções para as quais se está admitindo tal e qual empregado”.

Afirma “Por terceiro, na esteira da argumentação aqui exposta, não há como se afastar a constatação de que o recorrente ao proceder à seleção de seus candidatos às vagas de emprego age conforme a boa-fé, sem a prática de excessos, estritamente dentro dos limites impostos pelos fins sociais da atitude adotada”.

Aduz que “... muito embora tenha a r. decisão de piso exposto que a adoção de determinados critérios para seleção de pessoal seria traduzido como prática discriminatória, o E. Regional ignorou o fato de que os interesses em jogo são bem mais amplos e complicados que o mero eventual emprego de condição para admissão ao emprego, de duvidoso ‘caráter discriminatório’, tendo em vista a natureza da atividade econômica exercida pelo recorrente”.

Argumenta que “... longe de configurar mero emprego de condição discriminatória na admissão ao emprego, a medida constitui, isso sim, ação preventiva visando apenas uma normal seleção de candidatos ao cargo pleiteado, já que mera capacidade profissional não é requisito suficiente à escolha de um empregado bancário”.

Assevera que “... cabia ao *Parquet* fazer prova robusta de suas alegações, ônus do qual não se

desincumbiu, logo, há de prevalecer a regra que trata da distribuição do encargo probatório, em que pese a equivocada distribuição de tal ônus feita pelo E. Regional”.

Por fim, requer a reforma do v. acórdão, “... haja vista as violações legais anteriormente ventiladas, nitidamente pela má aplicação dos preceitos que regulam a matéria (distribuição do encargo probatório, art. 508 que culmina na ausência de práticas discriminatórias), na medida em que a realidade emoldurada na fundamentação trazida no bojo da r. decisão regional dá conta de que não houve qualquer atitude que pudesse ser considerada ilegal por parte da recorrente”.

Aponta violação aos arts. 508, 818, da CLT, 5º, XXXIV, “a” e “b”, da CF/88, 333, I, do CPC e divergência jurisprudencial.

O Egrégio Tribunal Regional, ao tratar do tema, deixou consignado. *In verbis* (fls. 734/741, seq. 1).

“3. MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DE HSBC BANK BRASIL S.A. BANCO MÚLTIPLO

DANO MORAL COLETIVO

Volta-se o réu contra a r. sentença de primeiro grau que julgou procedente a Ação Civil Pública, intentada pelo Ministério Público do Trabalho, em face do HSBC BANK BRASIL S.A. BANCO MÚLTIPLO, para que esta se abstenha de imediato e em definitivo de proceder na pesquisa em cadastros de proteção ao crédito com o objetivo de verificar a inscrição de candidatos nos referidos bancos de dados e de qualquer método seletivo que viole a esfera íntima e privada do candidato à vaga que não seja apenas a aptidão profissional do candidato, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 por ato praticado em violação da obrigação de não fazer, revertida ao FAT, bem como deferiu indenização por danos morais coletivos no importe de R\$ 500.000,00, também revertidos ao FAT.

Alega que em face do que estabelece o art. 508 da CLT não se tem dúvida da possibilidade de verificação pela empresa bancária acerca da existência de restritivos de seus empregados. Ainda, aduz que a prova documental demonstra que a ré não impõe qualquer limitação à contratação de empregados que possuem restritivos. Afirma, outrossim, que a obrigação de fazer e não fazer postulada não possui sustentação legal, e bem assim que não houve ofensa à honra, à liberdade, à imagem, à saúde, ao nome, enfim ao patrimônio ideal, da sociedade e tampouco dos próprios trabalhadores, acrescentando que para a configuração do dano moral coletivo, o ilícito e seus efeitos devem ser de tal monta que a repulsa social seja imediata e extrapole aquela relativa ao descumprimento pelo agente de determinadas normas de conduta trabalhista, o que, levando em conta as circunstâncias narradas, não se vislumbra no caso em apreço (fls. 188/215).

Analisa-se.

Os primeiros documentos juntados aos autos foram o Inquérito Civil Público n. 1.137/07, realizado pelo Ministério Público do Trabalho da Nona Região. **Requisitado pelo MPT informações quanto à consulta sobre restrições de crédito dos candidatos de emprego, o réu confirmou que ‘a consulta à falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis, faz parte de seu processo de seleção’ (11. 46). Assim, entendendo que havia elementos de prova de que o recorrente estaria discriminando candidatos a emprego, ferindo norma constitucional e normas legais, o MPT notificou a empresa firmasse Termo de Ajustamento de Conduta (fl. 134).** Finalmente, a proposta de celebração, de Termo de Ajuste de Conduta, elaborada pelo autor, não foi firmada pela empresa (fl. 135).

Pelo MPT, foi ajuizada a presente Ação Civil Pública.

A tutela antecipada, requerida pelo autor, foi acolhida (fl. 137).

Em defesa (fls. 154/216), o reclamado reitera a licitude das consultas em exame, com base no art. 508 da CLT e acrescenta que a prova documental apresentada demonstra de forma ampla e cabal que a reclamada não impõe qualquer limitação à contratação de empregados que possuem restritivos, desde que estes não venham a se caracterizar como devedores contumazes.

Na audiência de instrução, não foram ouvidas testemunhas. Em razões finais orais (fls. 293/294), o autor reafirmou que à fl. 34 houve confissão do preposto da empresa quanto à ocorrência relatada na inicial, acrescentando que à fl. 219 consta o nome do Sr. Marcos P. da Silva, que não foi admitido pelo banco réu por motivo de deter apenas uma dívida perante o Serasa.

O réu, por sua vez, em alegações finais, reprisou a tese de que a análise ao crédito dos candidatos a emprego decorreu do que preceitua o art. 508 da CLT, e bem assim a afirmação de que restou comprovado através da prova documental de que jamais foi negado acesso ao emprego para pessoas que porventura possuíssem restritivos.

A discriminação no âmbito da relação de trabalho é uma das formas mais perversas de exclusão das minorias e violação da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

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

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

A interpretação adequada do art. 1º da Lei n. 9.029/1995 deve ser feita de forma ampliativa no sentido de que é vedada ‘qualquer prática discriminatória’. Neste aspecto, portanto, deve-se coibir qualquer espécie de prática discriminatória. (‘Fica proibida a adoção 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, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal’.)

Com efeito, o art. 508 da CLT considera como justa causa, para efeito de rescisão de contrato de trabalho do empregado bancário, a falta contumaz de pagamento de dívida legalmente exigível.

No entanto, completamente, diversa e contrária é a situação dos empregados e candidatos a emprego que, a partir do momento que prestam serviços para a recorrente, passam a ser seus credores. Se o candidato a uma vaga de emprego, eventualmente, tem dívidas com outras pessoas, isto não pode ser fator impeditivo para que obtenha o emprego. E isto se justifica porque, para um candidato nesta situação, a sua colocação no mercado de trabalho tem o objetivo justamente de saldar estas dívidas. Assim, qualquer restrição ao acesso de um candidato a uma vaga de emprego em razão de seu nome constar em uma das listas de empresas de proteção ao crédito, como SERASA e SPC, é ato discriminatório e deve ser coibido.

E como visto **o réu confirmou a alegação inicial de que a consulta à falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis faz parte de seu processo de seleção (fl. 46).**

Logo, deve ser mantida a determinação judicial de primeiro grau para que a ré se abstenha de exigir de empregados e candidatos a emprego informações sobre antecedentes creditícios.

Igualmente, deve ser mantida a determinação para que a ré se abstenha de utilizar qualquer método seletivo que viole a esfera íntima e privada do candidato.

Mantém-se, outrossim, a determinação para que a ré fixe cópia da presente decisão em local de fácil acesso e de ampla visibilidade, destinado a dar publicidade à sentença, pelo período mínimo de 180 dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00.

Por outro lado, entendo que merece reforma a r. sentença no que tange à determinação para pagamento de indenização por dano coletivo.

O dano moral coletivo teve origem na constatação de que determinadas condutas antijurídicas, extrapolam a ofensa ao indivíduo, repercutindo também na coletividade que, embora seja um ente despersonalizado, possui valores morais que necessitam de proteção. Como forma de reação, o ordenamento jurídico criou diversos instrumentos de proteção, como, por exemplo, os arts. 76, 159 e 1553 do CC/1916, a ação popular (Lei n. 4.717/65) e a ação civil pública (Lei n. 7.347/85). Finalmente, a Constituição Federal de 1988, elevou a reparação do dano moral, individual ou coletivo, à categoria de garantia constitucional (art. 5º, V e X).

A doutrina pátria tem se esforçado para definir adequadamente o dano moral coletivo. Neste aspecto, o jurista Carlos Alberto Bittar Filho procurou defini-lo afirmando ser “... a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos”. Para ao depois arrematar: “Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade

(maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.” (BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Dano Moral Coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 44-62, out./dez. 1994.)

Ensina o i. Procurador Regional do Trabalho, Xisto Tiago de Medeiros Neto (Dano Moral Coletivo: elementos e características. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, ano XII, n. 24, Brasília: LTr, 2002) que a não reparação do dano causado por situações deste gênero gera um estado de indignação, descrédito e desalento da coletividade em relação ao sistema político-jurídico, abalando o equilíbrio e a paz social. Daí a necessidade de ampla tutela dos danos.

Em que pese seja incontroverso que o dano moral coletivo é passível de tutela do Estado, conforme acima exposto, no presente caso, o dano moral, em si, não restou comprovado.

Diz-se isso porque, de acordo com norma estampada no CCB (art. 159 do CCB/1916 e art. 186 do CCB/2002), são pressupostos da responsabilidade: ação ou omissão; culpa ou dolo; ocorrência do dano e elo entre a causa e o efeito do dano. Este último exige que a relação de causa e efeito estejam interligados entre a ação ou omissão do agente e o efetivo dano ocorrido (sem o que não há que se cogitar da obrigação de indenizar). Ressalte-se, ainda, que a ocorrência de dano há de ser obrigatoriamente provada, pois que sem o efetivo prejuízo, material ou moral, não decorre a obrigação de indenizar.

Em suma, a obrigação reparatória, embora fundada em culpa, supõe, além do ato culposos, dano efetivo e nexo causal entre a conduta e este resultado (art. 186 c/c o art. 927 do Código Civil).

Nesse compasso, oportuna a transcrição do entendimento defendido pela Exma.

Desembargadora Dia. SUELI GIL EL RA1TFII, cm decisão de caso análogo ao presente (TRT-PR-98921-2004-014-09-00-0-ACO-18015-2006-publ. 20-06-2006), cujos fundamentos foram inspirados em voto do Exmo. Desembargador Dr. SÉRGIO MURILO RODRIGUES LEMOS (TRT-PRRO-98909-2004-014-09-00-0-5), também integrante desta 4ª Turma:

‘A necessidade da Ação Civil Pública para esta pretensão, como já explanado, se justifica porque visa a proteção de interesses e direitos difusos, uma vez que, em tese, qualquer pessoa interessada a uma vaga de emprego na ré (agora e no futuro) poderia ter sua dignidade, intimidade e vida privada violada pelo sistema de seleção utilizado pela recorrente.

Trata-se, pois, de uma coletividade indeterminada de pessoas, que potencialmente poderia ter estes direitos personalíssimos violados. Conforme leciona Carlos Henrique Bezerra Leite, os objetivos básicos da Ação Civil Pública são: “a) permitir a aglutinação de diversos litígios numa única demanda; b) amenizar algumas das barreiras psicológicas e técnicas que impedem ou dificultam o acesso judicial da parte fraca; c) desestimular condutas sociais indesejáveis.”

Assim, a presente ação visou precipuamente evitar uma conculha social indesejável por parte da ré, que poderia, em tese, potencialmente atingir a dignidade, intimidade e vida privada de uma coletividade indeterminada de pessoas.

No entanto, até o momento em que uma pessoa desta coletividade se disponha a ser submetida ao processo seletivo para vaga de emprego na ré, não há caracterização de qualquer dano moral (extrapatrimonial) contra esta. Ou seja, a coletividade não foi atingida diretamente pelos critérios de seleção da recorrente. Vale dizer não houve dano efetivo a esta coletividade, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial (moral). Logo, não há que se falar em dano moral coletivo.

O caso dos autos é diverso, por exemplo, de uma comunidade de pescadores que sofre as consequências diretas de um acidente ecológico, decorrente de vazamento de substância

tóxica, que tem seus meios de subsistência atingidos por várias gerações.

Nesta hipótese, além do dano patrimonial, restaria configurado o dano moral coletivo decorrente de uma ação lesiva significativa, praticada por uma pessoa contra o patrimônio de uma coletividade (considerada esta as gerações presentes e futuras), que atinge sua esfera moral, causando-lhe sentimentos de insatisfação e angústia, por exemplo.

In casu, se, eventualmente, houve dano moral, este foi individual e atingiu apenas aqueles que realmente se habilitaram a uma vaga de emprego e aceitaram submeter-se ao processo de seleção da recorrente.

Portanto, apenas estes teriam interesse eletivo de buscar uma eventual indenização por dano moral. Logo, a presente Ação Civil Pública não se revela adequada para buscar esta indenização. Salvo melhor juízo, eventual indenização deve ser pretendida individualmente pelas pessoas que, de fato, sofreram eventual dano moral, o que deverá ser avaliado caso a caso.

Assim, chegamos à conclusão de que não há que se falar em danos morais coletivos.

Diante de todo o exposto, reformo parcialmente a r. sentença, para excluir da condenação a determinação para pagamento de indenização por danos morais coletivos. (sem destaques no original)

Não prospera a alegação de afronta aos arts. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333, inciso I, do CPC. Note-se que, a par da discussão acerca da distribuição do ônus probatório, o Tribunal Regional, embasado nas provas constantes dos autos, ao manter a determinação judicial para que o recorrente “... se abstenha de exigir de empregados e candidatos a emprego informações sobre antecedentes creditícios...”, consignou expressamente que “... o réu confirmou a alegação inicial de que a consulta à falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis faz parte de seu processo de seleção...”. Assim, por se tratar da aplicação do ônus objetivo da prova, resta despidianda a discussão acerca do ônus subjetivo, pelo que

não há que se falar em ofensa aos dispositivos legais supracitados.

No tocante à valoração da prova, vale esclarecer que o Tribunal Regional decidiu em consonância com o disposto no art. 131 do Código de Processo Civil, posto que sua conclusão decorreu da aplicação do princípio da persuasão racional. Cumpre observar que não mais vigora o sistema da prova legal, onde o valor das provas era tarifado. No sistema atual, é livre a apreciação e valoração das provas, bastando que o juiz atenda aos fatos e circunstâncias constantes dos autos e indique os motivos que lhe formaram o convencimento.

O art. 5º, XXXIV, “a” e “b”, da CF/88, o qual assegura a todos o “direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;” e “a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”, revela-se impertinente à situação específica dos autos.

O art. 508, da CLT, foi revogado pela Lei n. 12.347/2010.

Ainda que não fosse, a situação específica dos autos, e a conclusão proferida pelo Tribunal Regional, não permite a ilação de que o julgado teria causado ofensa direta ao preceito esculpido no dispositivo revogado, segundo o qual “Considera-se justa causa, para efeito de rescisão de contrato de trabalho do empregado bancário, a falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis”.

O aresto colacionado às págs. 949, seq. 1, não viabiliza o conhecimento do apelo, já que se trata de julgado oriundo de Turma desta Corte, em julgamento de recurso de revista.

Recurso de revista não conhecido.”

“6. PROCESSO SELETIVO — PESQUISA PRÉVIA DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DOS CANDIDATOS AO EMPREGO — SPC E SERASA — OBRIGAÇÃO DE FAZER — TUTELA INIBITÓRIA

CONHECIMENTO

A recorrente afirma que “... em relação à fixação da multa pecuniária, entende o recorrente

que a r. decisão regional constitui flagrante contrariedade ao disposto no art. 461 do CPC, porquanto este não trata de obrigação de dar (pagar), mas apenas de obrigações de fazer (e eventualmente não fazer)”.

Alega que “... a concessão de tutela inibitória de urgência somente é indicada em hipóteses extremas e subordina-se, de qualquer modo, à necessidade e principalmente utilidade de seu deferimento, na forma do § 4º do art. 461 do CPC, que elenca a necessidade de verificação quanto à suficiência e compatibilidade da obrigação reclamada e a tutela a ser concedida”.

Aduz que “... afigura-se inelidível o entendimento segundo o qual a r. decisão regional, ao entender pela viabilidade da incidência de multa pecuniária importou em contrariedade ao preceito do art. 461, § 4º, combinado com o disposto no art. 273 ambos do CPC, viabilizando, assim, admissão e provimento do presente recurso com o fim de exclusão da multa pecuniária imposta, ou, no mínimo, sua redução com os patamares compatíveis na hipótese em comento conforme exposto no item a seguir”.

Aponta violação ao art. 461, § 4º e 273, do CPC.

O Tribunal Regional decidiu a controvérsia pelos seguintes fundamentos. *In verbis* (fls. 734/741, seq. 1):

“3. MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DE HSBC BANK BRASIL S.A. BANCO MÚLTIPLO

DANO MORAL COLETIVO

Volta-se o réu contra a r. sentença de primeiro grau que julgou procedente a Ação Civil Pública, intentada pelo Ministério Público do Trabalho, em face do HSBC BANK BRASIL S.A. BANCO MÚLTIPLO, para que esta se abstenha de imediato e em definitivo de proceder na pesquisa em cadastros de proteção ao crédito com o objetivo de verificar a inscrição de candidatos nos referidos bancos de dados e

de qualquer método seletivo que viole a esfera íntima e privada do candidato à vaga que não seja apenas a aptidão profissional do candidato, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 por ato praticado em violação da obrigação de não fazer, revertida ao FAT, bem como deferiu indenização por danos morais coletivos no importe de R\$ 500.000,00, também revertidos ao FAT.

Alega que em face do que estabelece o art. 508 da CLT não se tem dúvida da possibilidade de verificação pela empresa bancária acerca da existência de restritivos de seus empregados. Ainda, aduz que a prova documental demonstra que a ré não impõe qualquer limitação à contratação de empregados que possuem restritivos. Afirma, outrossim, que a obrigação de fazer e não fazer postulada não possui sustentação legal, e bem assim que não houve ofensa à honra, à liberdade, à imagem, à saúde, ao nome, enfim ao patrimônio ideal, da sociedade e tampouco dos próprios trabalhadores, acrescentando que para a configuração do dano moral coletivo, o ilícito e seus efeitos devem ser de tal monta que a repulsa social seja imediata e extrapole aquela relativa ao descumprimento pelo agente de determinadas normas de conduta trabalhista, o que, levando em conta as circunstâncias narradas, não se vislumbra no caso em apreço (fls. 188/215).

Analisa-se.

Os primeiros documentos juntados aos autos foram o Inquérito Civil Público n. 1.137/07, realizado pelo Ministério Público do Trabalho da Nona Região. Requisitado pelo MPT informações quanto à consulta sobre restrições de crédito dos candidatos de emprego, o réu confirmou que “a consulta à falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis, faz parte de seu processo de seleção” (11. 46). Assim, entendendo que havia elementos de prova de que o recorrente estaria discriminando

candidatos a emprego, ferindo norma constitucional e normas legais, o MPT notificou a empresa firmasse Termo de Ajustamento de Conduta (fl. 134). Finalmente, a proposta de celebração, de Termo de Ajuste de Conduta, elaborada pelo autor, não foi firmada pela empresa (fl. 135).

Pelo MPT, foi ajuizada a presente Ação Civil Pública.

A tutela antecipada, requerida pelo autor, foi acolhida (fl. 137).

Em defesa (fls. 154/216), o reclamado reitera a licitude das consultas em exame, com base no art. 508 da CLT e acrescenta que a prova documental apresentada demonstra de forma ampla e cabal que a reclamada não impõe qualquer limitação à contratação de empregados que possuem restritivos, desde que estes não venham a se caracterizar como devedores contumazes.

Na audiência de instrução não foram ouvidas testemunhas. Em razões finais orais (fls. 293/294), o autor reafirmou que à fl. 34 houve confissão do preposto da empresa quanto à ocorrência relatada na inicial, acrescentando que à fl. 219 consta o nome do Sr. Marcos P. da Silva, que não foi admitido pelo banco réu por motivo de deter apenas uma dívida perante o Serasa.

O réu, por sua vez, em alegações finais, reprisou a tese de que a análise ao crédito dos candidatos a emprego decorreu do que preceitua o art. 508 da CLT, e bem assim a afirmação de que restou comprovado através da prova documental de que jamais foi negado acesso ao emprego para pessoas que porventura possuíssem restritivos.

A discriminação no âmbito da relação de trabalho é uma das formas mais perversas de exclusão das minorias e violação da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

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

A interpretação adequada do art. 1º da Lei n. 9.029/1995 deve ser feita de forma ampliativa no sentido de que é vedada “qualquer prática discriminatória”. Neste aspecto, portanto, deve-se coibir qualquer espécie de prática discriminatória. (Fica proibida a adoção 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, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal”).

Com efeito, o art. 508 da CLT considera como justa causa, para efeito de rescisão de contrato de trabalho do empregado bancário, a falta contumaz de pagamento de dívida legalmente exigível.

No entanto, completamente, diversa e contrária é a situação dos empregados e candidatos a emprego que, a partir do momento que prestam serviços para a recorrente, passam a ser seus credores. Se o candidato a uma vaga de emprego, eventualmente, tem dívidas com outras pessoas, isto não pode ser fator impeditivo para que obtenha o emprego. E isto se justifica porque, para um candidato nesta situação, a sua colocação no mercado

de trabalho tem o objetivo justamente de saldar estas dívidas. Assim, qualquer restrição ao acesso de um candidato a uma vaga de emprego em razão de seu nome constar em uma das listas de empresas de proteção ao crédito, como SERASA e SPC, é ato discriminatório e deve ser coibido.

E como visto o réu confirmou a alegação inicial de que a consulta à falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis faz parte de seu processo de seleção (fl. 46).

Logo, deve ser mantida a determinação judicial de primeiro grau para que a ré se abstenha de exigir de empregados e candidatos a emprego informações sobre antecedentes creditícios.

Igualmente, deve ser mantida a determinação para que a ré se abstenha de utilizar qualquer método seletivo que viole a esfera íntima e privada do candidato.

Mantém-se, outrossim, a determinação para que a ré fixe cópia da presente decisão em local de fácil acesso e de ampla visibilidade, destinado a dar publicidade à sentença, pelo período mínimo de 180 dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00.

(...)” (sem destaques no original)

Destarte, não vislumbro ofensa ao art. 461, § 4º, do CPC, pois o Tribunal Regional, embasado nas provas constantes dos autos, consignou expressamente que “... o réu confirmou a alegação inicial de que a consulta à falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis faz parte de seu processo de seleção...” e manteve a determinação judicial para que o recorrente “... se abstenha de exigir de empregados e candidatos a emprego informações sobre antecedentes creditícios...”, bem como “... a determinação para que a ré fixe cópia da presente decisão em local de fácil acesso e de ampla visibilidade, destinado a dar publicidade à sentença, pelo período mínimo de 180 dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00”.

Ressalto que a antecipação de tutela, posteriormente confirmada pelo Tribunal Regional, para que o recorrente se abstenha de consultar os órgãos de proteção ao crédito como procedimento prévio à contratação de empregados, não ocasiona ofensa ao art. 273, do CPC.

Não conheço.”

“7. PROCESSO SELETIVO — PESQUISA PRÉVIA DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DOS CANDIDATOS AO EMPREGO — SPC E SERASA — OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER — PUBLICAÇÃO DA DECISÃO EM LOCAL DE FÁCIL VISIBILIDADE

CONHECIMENTO

A recorrente afirma que “... muito embora o E. Regional não tenha reconhecido a contradição ventilada, se o presente processo tramita em segredo de justiça como pode a r. decisão (sequer transitada em julgado) ser fixada em local com “ampla visibilidade”, alheio às partes do processo”?

Acrescenta que “... levando-se em consideração que o presente processo tramita em segredo de justiça, necessário se faz a reforma da r. decisão de piso para se afastar a condenação imposta a título de obrigação de fazer consistente em fixação de cópia da decisão em local de fácil acesso e de ampla devolutibilidade”.

Aponta violação ao art. 155 do CPC.

A questão em apreço foi dirimida no julgamento dos embargos de declaração. *In verbis* (fls. 792/794, seq. 1):

“VALOR DA MULTA — SEGREDO DE JUSTIÇA — OMISSÃO

Alega o embargante que o v. acórdão padece de omissão na medida em que deixou de apreciar o pedido para que a multa imposta fosse reduzida com os patamares compatíveis e razoáveis com a hipótese em apreço, e bem assim o pleito para que fosse sanada contradição existente na r. sentença em relação à determinação para que a r. decisão seja fixada em local com ampla visibilidade e a determinação para que o processo tramite em segredo de justiça (fls. 449/451).

O pedido para que fosse reduzido ou afastada a multa imposta já foi apreciado (fl. 431):

‘... Mantém-se, outrossim, a determinação para que a ré fixe cópia da presente decisão em local de fácil acesso e de ampla visibilidade, destinado a dar publicidade à sentença, pelo período mínimo de 180 dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00.’

Por outro lado, assiste razão ao embargante no que se refere à apreciação do pedido para que seja sanada a alegada contradição.

Assim, passo a sanar a omissão por meio das razões que integram o *decisum*. O embargante aduz em razões recursais que a determinação para que r. sentença seja fixada em edital é totalmente incoerente com a decisão para que o processo tramite em segredo de justiça.

Sem razão, contudo.

Como bem ponderou o primeiro grau, os autos tramitam em segredo de justiça devido à exposição de dados pesquisados pela ré e para resguardar a privacidade dos candidatos, evitando-se com isso que terceiros estranhos ao processo tenham acesso a tais informações. Portanto, no que pertine ao Segredo de Justiça, o mesmo deve ser observado tão somente em relação aos documentos em questão, de forma que no presente caso não há nenhum óbice à divulgação da decisão, cujo teor, ressalta-se, não reproduz referidos documentos.

Nada a reformar.

Acolho parcialmente as razões do embargante para, nos termos da fundamentação, sanar a omissão apontada, sem, contudo, atribuir efeito modificativo ao v. acórdão embargado.” (sem destaques no original)

O art. 155 do CPC é composto por dois incisos e o parágrafo único, os quais não foram indicados como ofendidos nas razões do recurso de revista.

No mais, é certo que o acórdão proferido não ofendeu o *caput* do referido dispositivo,

pois em nenhum momento consignou o julgado que os atos processuais não sejam públicos.

Não conheço.”

RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

“Recurso tempestivo (intimação em 4.3.2010, conforme certidão de fls. 747, seq. 1, e recurso de revista protocolizado em 19.3.2010, às fls. 801, seq. 1, representação regular, nos termos da Súmula n. 436), sendo desnecessário o preparo, cabível e adequado, o que autoriza a apreciação dos seus pressupostos específicos de admissibilidade.”

1. PROCESSO SELETIVO — PESQUISA PRÉVIA DE INFORMAÇÕES CREDITÍCIAS DOS CANDIDATOS AO EMPREGO — DANO MORAL COLETIVO

CONHECIMENTO

O Tribunal Regional deu parcial provimento ao recurso ordinário do reclamado para excluir da condenação a determinação de pagamento de indenização por danos morais coletivos, alicerçando-se nos seguintes fundamentos (fls. 734-741, seq. 1).

“3. MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DE HSBC BANK BRASIL S.A. BANCO MÚLTIPLO

DANO MORAL COLETIVO

Volta-se o réu contra a r. sentença de primeiro grau que julgou procedente a Ação Civil Pública, intentada pelo Ministério Público do Trabalho, em face do HSBC BANK BRASIL S.A. BANCO MÚLTIPLO, para que esta se abstenha de imediato e em definitivo de proceder na pesquisa em cadastros de proteção ao crédito com o objetivo de verificar a inscrição de candidatos nos referidos bancos de dados e de qualquer método seletivo que viole a esfera íntima e privada do candidato à vaga que não seja apenas a aptidão profissional do candidato, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 por ato praticado em violação da obrigação de não fazer, revertida ao FAT, bem como deferiu

indenização por danos morais coletivos no importe de R\$ 500.000,00, também revertidos ao FAT.

Alega que em face do que estabelece o art. 508 da CLT não se tem dúvida da possibilidade de verificação pela empresa bancária acerca da existência de restritivos de seus empregados. Ainda, aduz que a prova documental demonstra que a ré não impõe qualquer limitação à contratação de empregados que possuem restritivos. Afirma, outrossim, que a obrigação de fazer e não fazer postulada não possui sustentação legal, e bem assim que não houve ofensa à honra, à liberdade, à imagem, à saúde, ao nome, enfim ao patrimônio ideal, da sociedade e tampouco dos próprios trabalhadores, acrescentando que para a configuração do dano moral coletivo, o ilícito e seus efeitos devem ser de tal monta que a repulsa social seja imediata e extrapole aquela relativa ao descumprimento pelo agente de determinadas normas de conduta trabalhista, o que, levando em conta as circunstâncias narradas, não se vislumbra no caso em apreço (fls. 188/215).

Analisa-se.

Os primeiros documentos juntados aos autos foram o Inquérito Civil Público n. 1.137/07, realizado pelo Ministério Público do Trabalho da Nona Região. Requisitado pelo MPT informações quanto à consulta sobre restrições de crédito dos candidatos de emprego, o réu confirmou que “a consulta à falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis, faz parte de seu processo de seleção” (11. 46). Assim, entendendo que havia elementos de prova de que o recorrente estaria discriminando candidatos a emprego, ferindo norma constitucional e normas legais, o MPT notificou a empresa firmasse Termo de Ajustamento de Conduta (fl. 134). Finalmente, a proposta de celebração, de Termo de Ajuste de Conduta, elaborada pelo autor, não foi firmada pela empresa (fl. 135).

Pelo MPT, foi ajuizada a presente Ação Civil Pública.

A tutela antecipada, requerida pelo autor, foi acolhida (fl. 137).

Em defesa (fls. 154/216), o reclamado reitera a licitude das consultas em exame, com base no art. 508 da CLT e acrescenta que a prova documental apresentada demonstra de forma ampla e cabal que a reclamada não impõe qualquer limitação à contratação de empregados que possuem restritivos, desde que estes não venham a se caracterizar como devedores contumazes.

Na audiência de instrução, não foram ouvidas testemunhas. Em razões finais orais (fls. 293/294), o autor reafirmou que à 11. 34 houve confissão do preposto da empresa quanto à ocorrência relatada na inicial, acrescentando que à fl. 219 consta o nome do Sr. Marcos P. da Silva, que não foi admitido pelo banco réu por motivo de deter apenas uma dívida perante o Serasa.

O réu, por sua vez, em alegações finais, reprisou a tese de que a análise ao crédito dos candidatos a emprego decorreu do que preceitua o art. 508 da CLT, e bem assim a afirmação de que restou comprovado através da prova documental de que jamais foi negado acesso ao emprego para pessoas que porventura possuíssem restritivos.

A discriminação no âmbito da relação de trabalho é uma das formas mais perversas de exclusão das minorias e violação da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

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

A interpretação adequada do art. 1º da Lei n. 9.029/1995 deve ser feita de forma ampliativa no sentido de que é vedada 'qualquer prática discriminatória'. Neste aspecto, portanto, deve-se coibir qualquer espécie de prática discriminatória. (Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória limitativa para eleito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.)

Com efeito, o art. 508 da CLT considera como justa causa, para efeito de rescisão de contrato de trabalho do empregado bancário, a falta contumaz de pagamento de dívida legalmente exigível.

No entanto, completamente, diversa e contrária é a situação dos empregados e candidatos a emprego que, a partir do momento que prestam serviços para a recorrente, passam a ser seus credores. Se o candidato a uma vaga de emprego, eventualmente, tem dívidas com outras pessoas, isto não pode ser fator impeditivo para que obtenha o emprego. E isto se justifica porque, para um candidato nesta situação, a sua colocação no mercado de trabalho tem o objetivo justamente de saldar estas dívidas. Assim, qualquer restrição ao acesso de um candidato a uma vaga de emprego em razão de seu nome constar em uma das listas de empresas de proteção ao crédito, como SERASA e SPC, é ato discriminatório e deve ser coibido.

E, como visto, o réu confirmou a alegação inicial de que a consulta à falta contumaz

de pagamento de dívidas legalmente exigíveis faz parte de seu processo de seleção (fl. 46).

Logo, deve ser mantida a determinação a determinação judicial de primeiro grau para que a ré se abstenha de exigir de empregados e candidatos a emprego informações sobre antecedentes creditícios.

Igualmente, deve ser mantida a determinação para que a ré se abstenha de utilizar qualquer método seletivo que viole a esfera íntima e privada do candidato.

Mantém-se, outrossim, a determinação para que a ré fixe cópia da presente decisão em local de fácil acesso e de ampla visibilidade, destinado a dar publicidade à sentença, pelo período mínimo de 180 dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00.

Por outro lado, entendo que merece reforma a r. sentença no que tange à determinação para pagamento de indenização por dano coletivo.

O dano moral coletivo teve origem na constatação de que determinadas condutas antijurídicas, extrapolam a ofensa ao indivíduo, repercutindo também na coletividade que, embora seja um ente despersonalizado, possui valores morais que necessitam de proteção. Como forma de reação, o ordenamento jurídico criou diversos instrumentos de proteção, como, por exemplo, os arts. 76, 159 e 1.553 do CC/1916, a ação popular (Lei n. 4.717/65) e a ação civil pública (Lei n. 7.347/85). Finalmente, a Constituição Federal de 1988, elevou a reparação do dano moral, individual ou coletivo, à categoria de garantia constitucional (art. 5º, V e X).

A doutrina pátria tem se esforçado para definir adequadamente o dano moral coletivo. Neste aspecto, o jurista Carlos Alberto Bittar Filho procurou defini-lo afirmando ser '... a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores

coletivos.' Para ao depois arrematar: 'Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.' (BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Dano Moral Coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 12, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 44-62, out./dez. 1994).

Ensina o i. Procurador Regional do Trabalho, Xisto Tiago de Medeiros Neto (Dano Moral Coletivo: elementos e características. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, ano XII, n. 24. Brasília: LTr, 2002) que a não reparação do dano causado por situações deste gênero gera um estado de indignação, descrédito e desalento da coletividade em relação ao sistema político-jurídico, abalando o equilíbrio e a paz social. Daí a necessidade de ampla tutela dos danos.

Em que pese seja incontroverso que o dano moral coletivo é passível de tutela do Estado, conforme acima exposto, no presente caso, o dano moral, em si, não restou comprovado.

Diz-se isso porque, de acordo com norma estampada no CCB (art. 159 do CCB/1916 e art. 186 do CCB/2002), são pressupostos da responsabilidade: ação ou omissão; culpa ou dolo; ocorrência do dano e elo entre a causa e o efeito do dano. Este último exige que a relação de causa e efeito estejam interligados entre a ação ou omissão do agente e o efetivo dano ocorrido (sem o que não há que se cogitar da obrigação de indenizar). Ressalte-se ainda, que a ocorrência de dano há de ser obrigatoriamente provada, pois que sem o efetivo prejuízo, material ou moral, não decorre a obrigação de indenizar.

Em suma, a obrigação reparatória, embora fundada em culpa, supõe, além do ato

culposo, dano efetivo e nexa causal entre a conduta e este resultado (art. 186 c/c o art. 927 do Código Civil).

Nesse compasso, oportuna a transcrição do entendimento defendido pela Exma. Desembargadora Dra. SUELI GIL EL RA1TFII, em decisão de caso análogo ao presente (TRT-PR-98921-2004-014-09-00-0-ACO-18015-2006-publ. 20-06-2006), cujos fundamentos foram inspirados em voto do Exmo. Desembargador Dr. SÉRGIO MURILO RODRIGUES LEMOS (TRT-PRRO-98909-2004-014-09-00-5), também integrante desta 4ª Turma:

'A necessidade da Ação Civil Pública para esta pretensão, como já explanado, se justifica porque visa a proteção de interesses e direitos difusos, uma vez que, em tese, qualquer pessoa interessada a uma vaga de emprego na ré (agora e no futuro) poderia ter sua dignidade, intimidade e vida privada violadas pelo sistema de seleção utilizado pela recorrente.

Trata-se, pois, de uma coletividade indeterminada de pessoas, que potencialmente poderia ter estes direitos personalíssimos violados. Conforme leciona Carlos Henrique Bezerra Leite, os objetivos básicos da Ação Civil Pública são: "a) permitir a aglutinação de diversos litígios numa única demanda; b) amenizar algumas das barreiras psicológicas e técnicas que impedem ou dificultam o acesso judicial da parte fraca; c) desestimular condutas sociais indesejáveis."

Assim, a presente ação visou precipuamente evitar uma conclusão social indesejável por parte da ré, que poderia, em tese, potencialmente atingir a dignidade, intimidade e vida privada de uma coletividade indeterminada de pessoas.

No entanto, até o momento em que uma pessoa desta coletividade se disponha a ser submetida ao processo seletivo para vaga de emprego na ré, não há caracterização de qualquer dano moral (extrapatrimonial) contra esta. Ou seja, a coletividade não foi atingida diretamente pelos critérios de seleção da recorrente. Vale dizer não houve dano efetivo a esta coletividade, seja ele patrimonial ou

extrapatrimonial (moral). Logo, não há que se falar em dano moral coletivo.

O caso dos autos é diverso, por exemplo, de uma comunidade de pescadores que sofre as consequências diretas de um acidente ecológico, decorrente de vazamento de substância tóxica, que tem seus meios de subsistência atingidos por várias gerações.

Nesta hipótese, além do dano patrimonial, restaria configurado o dano moral coletivo decorrente de uma ação lesiva significativa, praticada por uma pessoa contra o patrimônio de uma coletividade (considerada esta as gerações presentes e futuras), que atinge sua esfera moral, causando-lhe sentimentos de insatisfação e angústia, por exemplo.

In casu, se, eventualmente, houve dano moral, este foi individual e atingiu apenas aqueles que realmente se habilitaram a uma vaga de emprego e aceitaram submeter-se ao processo de seleção da recorrente.

Portanto, apenas estes teriam interesse efetivo de buscar uma eventual indenização por dano moral. Logo, a presente Ação Civil Pública não se revela adequada para buscar esta indenização. Salvo melhor juízo, eventual indenização deve ser pretendida individualmente pelas pessoas que, de fato, sofreram eventual dano moral, o que deverá ser avaliado caso a caso.

Assim, chegamos à conclusão de que não há que se falar em danos morais coletivos.

Diante de todo o exposto, reformo parcialmente a r. sentença, para excluir da condenação a determinação para pagamento de indenização por danos morais coletivos.”
(sem destaques no original)

O recorrente alega, em síntese, que a conduta do reclamado, realizando pesquisa prévia de informações a respeito da situação financeira dos candidatos às vagas de emprego de seu quadro de empregados, ocasiona ofensa passível de indenização por dano moral coletivo. Pugna pelo restabelecimento da sentença que condenou a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Aponta

violação aos arts. 1º, incisos III e IV, 3º, 5º, inciso X, 170, *caput*, incisos III e VII, da CF/88, contrariedade à Súmula n. 221, item II, do TST e divergência jurisprudencial.

Observa-se que o Tribunal Regional convalidou a sentença da Vara do Trabalho na parte em que se concedera a antecipação de tutela pretendida pelo Ministério Público do Trabalho nos autos da ação civil pública, por considerar ilícita a conduta do réu de proceder à pesquisa, em cadastro de proteção ao crédito, dos antecedentes creditícios de candidatos a emprego, de forma a restringir-lhes o acesso a vagas de emprego, em razão de seu nome constar em uma das listas de empresas de proteção ao crédito, como SERASA e SPC, em virtude de entender se tratar de ato discriminatório e violador da esfera íntima e privada do trabalhador.

No entanto, em que pese o Colegiado de origem tenha considerado ilícita a conduta do réu, resolveu reformar a sentença para excluir da condenação o pagamento da indenização por dano moral coletivo, ao fundamento de que não ficara comprovado o dano pela falta de prova de efetivo prejuízo moral, do qual decorreria a obrigação de indenizar, nos termos da norma do art. 186 do Código Civil.

Entendeu igualmente que, se houve dano moral, este seria individual, por atingir apenas aqueles que realmente se habilitaram a uma vaga de emprego e aceitaram submeter-se ao processo seletivo, circunstância em virtude da qual considerou que eventual indenização deveria ser buscada individualmente pelos interessados, de forma a se avaliar caso a caso, revelando-se inadequada, para tanto, a ação civil pública.

Ocorre que, diante da incontrovérsia dos fatos relativos à conduta ilícita do reclamado, o dano moral daí decorrente é considerado *in re ipsa*, já que decorre da própria natureza das coisas, prescindindo, assim, de prova da sua ocorrência concreta, em virtude de ele consistir em ofensa a valores humanos, bastando

a demonstração do ato ilícito ou antijurídico em função do qual a parte afirma ter ocorrido a ofensa ao patrimônio moral.

É o que ensina, com acuidade, Sérgio Cavalieri Filho, *in verbis*:

“O dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *‘in re ipsa’*; deriva inexoravelmente do próprio ato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *‘ipso facto’* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *‘hominis’* ou *‘facti’*, que decorre das regras de experiência comum.” (*in Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Atlas, 2003. p. 102).

Cita-se, nesse sentido, o seguinte precedente de Turma desta Corte:

“RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. [...] DANO MORAL COLETIVO. DANO *‘IN RE IPSA’*. Demonstrada a conduta ilegal da instituição bancária, ao não emitir a CAT em caso de diagnóstico de DORT/LER ou mera suspeita, bem como ao dispensar empregados acometidos ou com suspeita da doença laboral, o dano moral coletivo ocorre *‘in re ipsa’*, ou seja, decorre da própria conduta lesiva do empregador ao descumprir normas de proteção à saúde de seus empregados. Trata-se de circunstância em que não se cogita de prova do prejuízo para a coletividade de empregados do estabelecimento bancário, considerando que o dano se evidencia da ocorrência do próprio fato em si, passível de comprovação. Violação dos arts. 186 e 927 do Código Civil que não se configura. DANO MORAL. VALOR ARBITRADO. A reparação por dano moral coletivo, no âmbito das relações laborais, tem por escopo a repreensão de toda prática de conduta ilícita ofensiva à dignidade da coletividade de trabalhadores envolvida. Demonstrado que o réu não cumpriu a legislação trabalhista e previdenciária que estabelece normas imperativas de proteção à saúde

do trabalhador, ao mesmo tempo em que frustrou os efeitos jurídicos da suspensão do contrato de trabalho em decorrência do direito à percepção do auxílio-doença, no caso de comprovação da moléstia, a condenação ao pagamento de indenização por dano moral coletivo revela-se não apenas consentânea com o caráter pedagógico da tutela inibitória, como também sancionadora de conduta sabidamente contrária à ordem jurídica. No caso em exame, o valor arbitrado pela sentença a título de indenização pelos danos morais causados à coletividade, no importe de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), levou em consideração a extensão, a potencialidade, a gravidade do dano extrapatrimonial coletivo e a capacidade econômica do ofensor, revelando-se satisfatório para demonstrar repúdio às condutas adotadas pela instituição bancária, em particular, e sinalizar, para todo o seguimento econômico a que pertence, a reprovabilidade da adoção de medidas de gestão empresarial comprometedoras da higidez física e mental dos empregados da empresa, porquanto violadoras de direito fundamental e indisponível do trabalhador (arts. 1º, III, e 7º, XXII, da CF/88). Intacto o art. 5º, V, da Constituição Federal, porquanto corretamente subsumido à espécie. [...]” (RR – 9890500-89.2004.5.09.0007, Data de Julgamento: 9.10.2013, relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18.10.2013.) (grifou-se)

Registra-se, também, o judicioso e percucente precedente da SbDI-1 desta Corte, da lavra do eminente Ministro Presidente desta Segunda Turma, Renato de Lacerda Paiva, *in verbis*:

“RECURSO DE EMBARGOS. DANO MORAL — DISPENSA COM JUSTA CAUSA FUNDADA EM ATO DE IMPROBIDADE — DESCONSTITUIÇÃO EM JUÍZO — DANO PRESUMÍVEL. O dano moral pode ser definido como lesão à “esfera personalíssima da pessoa” ou, para citar o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, pode ser conceituado como “violação do direito à dignidade humana”. Há possibilidade de que ele se evidencie no “desprestígio”, “na desconsideração social”, “no descrédito à

reputação” e “na humilhação pública” do indivíduo. Mas a existência do dano moral fica configurada quando ele é presumível, ou seja, quando, em face da ocorrência de determinado fato ofensivo, o sofrimento íntimo (dano/prejuízo moral) é esperado, provável, razoavelmente deduzido. Sendo assim, sua existência decorre de uma presunção *hominis*, é fruto da intuição de qualquer um que, exercitando a capacidade de empatia e munido de certa imaginação, tenta colocar-se no lugar daquele que foi ofendido em sua dignidade, para assim concluir pela possibilidade de sofrimento psíquico. Essa presunção acerca da existência (ou não) do dano moral, em razão de algum acontecimento danoso, somente é possível, porque os indivíduos, a par de todas as suas particularidades e idiossincrasias (que é o que os tornam indivíduos), partilham da mesma condição humana e, em última análise, quase sempre sofrem (em maior ou menor grau) pelos mesmos motivos. A “prova” do dano moral, portanto, é a existência do próprio fato danoso – a partir do qual se presume sua existência. Recurso de embargos conhecido e provido.” (E-RR-164300-14.2009.5.18.0009, Data de Julgado 12.12.2013, relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Publicação: DEJT 14.3.2014.)

Com efeito, o dano coletivo experimentado, nessa hipótese, prescinde da prova da dor, pois, dada a sua relevância social, desencadeia reparação específica. Para a configuração do dano moral coletivo, basta, como no caso dos autos, a violação intolerável a direitos coletivos e difusos, ação ou omissão reprováveis pelo sistema de justiça social do nosso ordenamento jurídico, conduta antijurídica capaz de lesar a esfera de interesses da coletividade, cuja essência é tipicamente extrapatrimonial.

Xisto Tiago de Medeiros Neto, em referência à obra de Rodolfo de Camargo Mancuso, ressalta que “a doutrina tem enfatizado que o grupo social (ou seja, uma dada coletividade) ‘nada mais é do que o próprio homem em sua dimensão social’, não se distinguindo a sua natureza (coletiva) da de seus integrantes.” (*in*

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Dano Moral Coletivo. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 126.)

E prossegue o autor acerca do reconhecimento e aplicação do dano moral coletivo na atualidade: “Afirma-se, então, que o reconhecimento do dano moral coletivo e da imperiosidade da sua adequada reparação traduz a mais importante vertente evolutiva, na atualidade, do sistema de responsabilidade civil, em seus contínuos desdobramentos, a significar a extensão do dano a uma órbita coletiva de direitos, de essência tipicamente extrapatrimonial, não subordinada à esfera subjetiva do sofrimento ou da dor individual. São direitos que traduzem valores jurídicos fundamentais da coletividade, e que refletem, no horizonte social, o largo alcance da dignidade dos seus membros.” (*op. cit.*, p. 129)

Erigindo o dano moral coletivo a um plano mais abrangente de alcance jurídico, Xisto Tiago de Medeiros Neto ressalta a sua configuração, independentemente do número de pessoas atingidas pela lesão, afastando, para sua eventual caracterização, o “critério míope”, pautado tão somente na verificação do quantitativo de pessoas atingidas de maneira imediata:

“Também é importante esclarecer-se que a observação do dano moral coletivo pode decorrer da identificação ou visualização de um *padrão* de conduta da parte, com evidente alcance potencial lesivo à coletividade, em um universo de afetação difusa. Explica-se: ainda que, em determinado caso concreto, apenas imediatamente se observe que a conduta ilícita afete, de forma direta, somente uma ou mesmo poucas pessoas, nestas situações importa volver-se o olhar para a conduta do ofensor, como um *standard* comportamental, verificando-se que, a princípio vista apenas sob o ângulo individual, a violação perpetrada enseja repercussão coletiva, exatamente por atingir, indistintamente, bens e valores de toda uma coletividade de pessoas.” (*op. cit.*, p. 131)

Assim, o fato de a transgressão estar circunstanciada no âmbito das relações de trabalho, por si

só, não lhe atribui a visão de dano individual, como equivocadamente entendeu o Regional. O que vai imprimir o caráter coletivo é a repercussão no meio social, a adoção reiterada de um padrão de conduta por parte do infrator, com inegável extensão lesiva à coletividade, de forma a violar o sistema jurídico de garantias fundamentais.

É por isso que o dano moral coletivo, em face de suas características próprias de dano genérico, enseja muito mais uma condenação preventiva e inibitória do que propriamente uma tutela ressarcitória. Há nítida separação entre as esferas a serem protegidas e tuteladas pelas cominações referidas, justamente diante da distinção entre os danos morais individualmente causados concretamente a cada uma das pessoas envolvidas, *in casu*, os candidatos aos empregos, dos quais não cuida a presente ação civil pública, e a necessidade de reprimir a conduta, claramente tida como ilícita do reclamado, de natureza coletiva ou massiva, esta sim o objeto da pretensão formulada pelo Ministério Público do Trabalho.

Aqui cabe trazer a lume a lição de Xisto Tiago de Medeiros Neto sobre a preponderância da função sancionatória da indenização por dano moral coletivo, alertando que esta se afasta da função típica que prevalece no âmbito dos direitos individuais, onde se confere maior relevância à finalidade compensatória da indenização em favor das vítimas identificadas, e, apenas em segundo plano, visualiza-se a função suasória:

“Na órbita do dano moral coletivo, diante das suas características próprias, a condenação pecuniária — prevista como o equivalente a uma espécie de reparação ou indenização punitiva — apresenta natureza preponderantemente sancionatória, em relação ao ofensor, com pretensão dissuasória, também, diante de terceiros. Afasta-se, portanto, da função típica que prevalece na seara dos danos individuais, onde se confere maior relevância à finalidade compensatória da indenização estabelecida em

prol de uma ou mais vítimas identificadas, e, apenas secundariamente, visualiza-se a função punitivo-pedagógica.

É necessário pontuar, assim, que, nas hipóteses de configuração de dano moral coletivo, não há que se falar propriamente em reparação direta em favor da coletividade, como se visasse a recompor ou mesmo a compensar integralmente a lesão, porque tal situação é inconcebível no campo dos interesses transindividuais, de natureza extrapatrimonial, uma vez que é inviável alcançar e apreender toda a dimensão e extensão da lesão coletiva, também não se podendo identificar precisamente os indivíduos integrantes da coletividade pela sua indeterminabilidade.

O que se almeja, de maneira primordial, não é demais repetir, é atender-se à necessidade de imposição ao ofensor de uma condenação pecuniária que signifique sancionamento pela prática da conduta ilícita, cuja realização, certamente, resultou em benefícios indevidos para si, não obstante a violação de direitos fundamentais, circunstância esta inaceitável para o sistema de justiça.” (*op. cit.*, p. 160)

Em outras palavras, é o que Luiz Guilherme Marinoni ensina no sentido de que a tutela inibitória é a tutela do ilícito, prescindindo, portanto, da demonstração de existência do dano concreto:

“Quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano. Portanto, o problema da tutela inibitória é a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto o da tutela ressarcitória é saber quem deve suportar o custo do dano, independentemente do fato de o dano ressarcível ter sido produzido ou não com culpa.

Se não é possível confundir tutela inibitória com tutela ressarcitória é porque a tutela inibitória não é uma tutela contra o

dano, não exigindo, portanto, os mesmos pressupostos da tutela ressarcitória.” (*in Tutela Inibitória — Individual e Coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 26.)

Por todo o exposto, entendendo caracterizado o dano moral coletivo, **conheço** do recurso de revista por violação do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal.

II. MÉRITO

A consequência lógica do conhecimento do recurso de revista por violação do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal é o seu **provimento** para condenar o reclamado ao pagamento da indenização por dano moral coletivo.

Quanto aos critérios de quantificação, o art. 944 do Código Civil estabelece que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. *In casu*, as consequências do dano são imensuráveis. Assim, tratando-se de dano moral coletivo, deve-se levar em conta a função sancionatória e pedagógica, de forma a afastar a reincidência e não deixar impune a lesão. O valor a ser arbitrado deve representar sanção eficaz e exemplar ao agente causador do dano, de forma a desestimular outras condutas danosas.

Tendo em vista que o ato ilícito praticado pelo reclamado não tem conteúdo econômico palpável imediato, a indenização deve considerar os seguintes aspectos: a natureza, a gravidade e a repercussão da lesão; a situação econômica do ofensor; o eventual proveito obtido com a conduta ilícita; o grau de culpa; o grau de reprovabilidade social da conduta adotada; e

a reincidência na conduta ilícita, com reflexos, não somente para a classe trabalhadora, mas também para toda a sociedade, haja vista que os atos discriminatórios representam lesão de natureza difusa, experimentada por toda a sociedade. O valor imposto serve para prevenir reincidências futuras, pelo que se considera razoável e proporcional arbitrar o valor do dano moral coletivo em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

Pelo exposto, **dou provimento** ao recurso de revista do Ministério Público do Trabalho para, reconhecendo a configuração do dano moral coletivo, condenar o reclamado ao pagamento de uma indenização no valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, I – por maioria, conhecer do recurso de revista do Ministério Público do Trabalho, por violação do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar o banco-reclamado no importe de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). Vencido o Exmo. Ministro Renato de Lacerda Paiva, Relator; II – por unanimidade, não conhecer integralmente do recurso de revista do HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo.

Brasília, 9 de Dezembro de 2014.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA

Redator designado

Tribunal Superior do Trabalho

Processo: TST-RR-189-64.2013.5.04.0008

Recorrente: Paulo César Caminha de Azevedo

Recorrido: Companhia Carris Porto-Alegrense

Origem: 14ª Vara do Trabalho de Vitória – ES

Competência: 3ª Turma

Acórdão:

- **RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DIRIGENTE DE CENTRAL SINDICAL.** A estrutura do sistema sindical do País manteve-se, regra geral, dentro dos precedentes moldes celetistas, que não foram inteiramente revogados pela Constituição de 1988. Há, no sistema, uma pirâmide, que se compõe do sindicato, em seu piso, da federação, em seu meio, e da confederação, em sua cúpula. As Centrais Sindicais não compõem o modelo sindical originário, sendo, de certo modo, seu contraponto. Porém, constituem, do ponto de vista social, político, ideológico e institucional, entidades líderes do movimento sindical, que atuam e influem em toda a pirâmide regulada pela ordem jurídica. Ora, não há por que dizer que não sejam acolhidas pelos princípios constitucionais que orientam o Direito Coletivo do Trabalho, embora certamente não o sejam pelo texto do Título V da CLT (“Da Organização Sindical”). Elas, de certo modo, unificam, pela cúpula, a atuação das entidades sindicais, enquanto não superado o modelo corporativista. No plano interno de suas atividades, não apenas fixam linhas gerais de atuação para o sindicalismo em contextos geográficos e sociais mais amplos, como podem erigir instrumentos culturais e logísticos de grande significado para as respectivas bases envolvidas. No plano externo de suas atividades, participam da fundamental dinâmica democrática ao dialogarem com as grandes forças institucionais do País, quer as de natureza pública, quer as de natureza privada.

Finalmente, quase vinte anos após a Constituição de 1988, a ordem jurídica infraconstitucional veio produzir novo avanço no processo de transição democrática do sistema sindical brasileiro, ao realizar o “reconhecimento formal das centrais sindicais” — embora sem poderes de negociação coletiva (Lei n. 11.648, de 31.3.2008 — ementa). Consequentemente, em face de as Centrais Sindicais constituírem, do ponto de vista social, político, ideológico e institucional, entidades líderes do movimento sindical, que atuam e influem em toda a pirâmide regulada pela ordem jurídica, há de se assegurar aos seus dirigentes, na linha consagrada às demais entidades representativas dos trabalhadores, as garantias mínimas de proteção à atuação de ente obreiro coletivo. A Convenção n. 98 da OIT (que trata do “direito de sindicalização e de negociação coletiva”), vigorante no Brasil desde

a década de 1950, estipula critérios para tais garantias sindicais. O texto convencional da OIT é, na verdade, de suma importância, por sua generalidade e imprecisão, uma vez que invoca o labor intenso do intérprete em busca da realização concreta das garantias a que alude. A Convenção n. 135, por sua vez (vigente no País desde 18.3.1991), que trata da “proteção de representantes de trabalhadores”, estipula a proteção contra a despedida por parte do empregador. **Recurso de revista conhecido e provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n. TST-RR-189-64.2013.5.04.0008, em que é Recorrente PAULO CÉSAR CAMINHA DE AZEVEDO e Recorrida COMPANHIA CARRIS PORTO-ALEGRENSE.

Realiza-se, a seguir, a transcrição do voto do Excelentíssimo Ministro Alberto Luiz Bresciani:

“O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, pelo acórdão de fls. 123/129, negou provimento ao recurso ordinário do reclamante.

Inconformado, o autor interpôs recurso de revista, com base no art. 896, “a” e “c”, da CLT (fls. 131/139-v.).

O apelo foi admitido pelo despacho de fls. 141/141-v.

Contrarrazões a fls. 146/147-v.

Os autos não foram encaminhados ao d. Ministério Público do Trabalho (RI/TST, art. 83).

É o relatório.

VOTO

Tempestivo o apelo (fls. 129 e 131), regular a representação (fl. 5) e dispensado do pagamento das custas (fl. 106), estão presentes os pressupostos genéricos de admissibilidade.

1 – ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DIRIGENTE DE CENTRAL SINDICAL

1.1 – CONHECIMENTO

O Eg. Regional negou provimento ao recurso ordinário do autor, sob os seguintes fundamentos:

“1.1. ESTABILIDADE PROVISÓRIA.
MEMBRO DE CENTRAL SINDICAL.

A sentença julga improcedente a ação, deixando de reconhecer estabilidade provisória ao reclamante, sob o fundamento de que a UGT (União Geral dos Trabalhadores no Rio Grande do Sul) se equipara à Central Sindical, não contemplando a garantia provisória de emprego a seus representantes.

Recorre o reclamante, argumentando ser a Central Sindical uma associação de sindicatos de trabalhadores, ou seja, “os seus dirigentes representam mais que o seu próprio sindicato profissional, porquanto é uma entidade mais forte que um sindicato individual e luta por interesses de várias categorias, participando ativamente da política do país”. Afirma que, não tendo o autor cometido nenhuma falta grave no desempenho de suas atribuições, bem como inexistindo qualquer “situação *sui generis* que justificasse a opção da empresa por sua demissão”, a extinção do contrato adquire motivação discriminatória, em função das atividades sindicais do trabalhador.

Analisa-se.

Em primeiro lugar, tem-se por incontroverso — visto que admitido pelo próprio autor em razões recursais — que a UGT (União Geral dos Trabalhadores no Rio Grande do Sul) se equipara à Central Sindical.

Não há controvérsia, igualmente — pois afirmado em sentença não atacada por recurso da reclamada —, quanto ao fato de a recorrida ter tomado ciência da eleição do recorrente para o cargo de vice-diretor da União Geral dos Trabalhadores.

Dessa forma, a questão resume-se a perquirir se tal cargo confere ao autor a proteção contra a despedida arbitrária destinada ao dirigente sindical.

A garantia provisória do dirigente sindical está amparada no inciso VIII do art. 8º da Constituição Federal, que veda a dispensa do empregado sindicalizado, a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

No mesmo sentido, o art. 543 da CLT, em seu § 3º, também restringe essa garantia de emprego aos eleitos para cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional. Por sua vez, o § 4º desse dispositivo estabelece que: Considera-se cargo de direção ou de representação sindical aquele cujo exercício ou indicação decorre de eleição prevista em lei.

Na redação do art. 1º da Lei n. 11.648/08, a central sindical é uma entidade de representação geral dos trabalhadores, constituída em âmbito nacional, com as seguintes atribuições e prerrogativas: I – coordenar a representação dos trabalhadores por meio das organizações sindicais a ela filiadas; e II – participar de negociações em fóruns, colegiados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social que possuam composição tripartite, nos quais estejam em discussão assuntos de interesse geral dos trabalhadores. É definida, no parágrafo único do mesmo artigo, como “entidade associativa de direito privado composta por organizações sindicais de trabalhadores”.

Dessa forma, por não representarem diretamente os trabalhadores, mas as respectivas organizações sindicais, para que seus membros detenham a estabilidade prevista no inciso VIII do art. 8º da CF é necessário que tenham sido eleitos dirigentes sindicais em seus próprios sindicatos (o autor sequer alega tal condição) e, após, escolhidos membros das centrais sindicais.

Nesse sentido precedente deste Tribunal:

ESTABILIDADE. MEMBRO DA CENTRAL SINDICAL. As centrais sindicais têm natureza jurídica de associações de

direito privado, compostas por organizações sindicais. Assim, como representam exclusivamente as organizações sindicais destes, os dirigentes da CUT que possuem garantia no emprego são apenas aqueles eleitos dirigentes sindicais diretamente por seus sindicatos. Ademais, a reclamante tampouco faz parte da diretoria executiva da CUT, razão pela qual não poderia ser enquadrada no inciso VIII do art. 8º da CF. (TRT da 4ª Região, 1ª Turma, 0000345-35.2010.5.04.0371 RO, em 15.12.2010, Desembargador André Reverbél Fernandes — relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Ana Luíza Heineck Kruse, Desembargadora Ione Salin Gonçalves).

Nega-se provimento.”

Afirma o autor, em síntese, fazer jus à estabilidade provisória por ser dirigente sindical junto à UGT — União Geral dos Trabalhadores, entidade equiparada à central sindical. Indica violação dos arts. 8º, VIII, da Constituição Federal e 543, § 3º, da CLT. Colaciona aresto.” (aspas fechadas)

Até aqui, transcreveu-se o voto do Excentíssimo Ministro relator que não conhecia do recurso de revista da Reclamante pelo fundamento de que as centrais sindicais não integram o sistema sindical brasileiro e, assim, os dirigentes dessas entidades não estão resguardados pela imunidade sindical.

A d. maioria, não obstante, pelo voto deste Redator Designado, conheceu do recurso de revista da Reclamante, por violação do art. 8º, VIII, da CF e, no mérito, deu-lhe provimento, em consonância com as razões de decidir adiante transcritas.

A estrutura do sistema sindical do País manteve-se, regra geral, dentro dos precedentes moldes celetistas, que não foram inteiramente revogados pela Constituição de 1988.

Há, no sistema, uma pirâmide que se compõe do *sindicato*, em seu piso, da *federação*, em seu meio, e da *confederação*, em sua cúpula.

As *Centrais Sindicais* não compõem o modelo originário da CLT, sendo, de certo modo, seu

contraponto. Porém, constituem, do ponto de vista social, político, ideológico e institucional, entidades líderes do movimento sindical que atuam e influem em toda a pirâmide regulada pela ordem jurídica.

Não obstante, a jurisprudência não lhes tem dado a devida importância e reconhecimento, olvidando que são caudatárias dos princípios de liberdade de associação e de autonomia sindical. Ora, não há por que dizer que não sejam acolhidas pelos princípios constitucionais que orientam o Direito Coletivo do Trabalho, embora certamente não o sejam pelo texto do Título V da CLT (“Da Organização Sindical”). Elas, de certo modo, unificam, pela cúpula, a atuação das entidades sindicais, enquanto não superado o modelo sindical prevalecente. Mas não têm, segundo a jurisprudência, poderes de representação; não participam, desse modo, *do ponto de vista formal*, das negociações coletivas trabalhistas.

A importância das *Centrais Sindicais* é notável, sendo, de maneira geral, componente decisivo da Democracia contemporânea.

No plano interno de suas atividades, não apenas fixam linhas gerais de atuação para o sindicalismo em contextos geográficos e sociais mais amplos, como podem erigir instrumentos culturais e logísticos de grande significado para as respectivas bases envolvidas. No plano externo de suas atividades, participam da fundamental dinâmica democrática ao dialogarem com as grandes forças institucionais do País, quer as de natureza pública, quer as de natureza privada.

Finalmente, quase vinte anos após a Constituição de 1988, a ordem jurídica infraconstitucional veio produzir novo avanço no processo de transição democrática do sistema sindical brasileiro, ao realizar o “*reconhecimento formal das centrais sindicais*” — embora sem poderes de negociação coletiva (Lei n. 11.648, de 31.3.2008 — *ementa*).

A teor do Direito brasileiro, portanto (Lei n. 11.648/08, art. 1º, *caput* e parágrafo único,

combinado com art. 2º), considera-se Central Sindical a entidade de representação dos trabalhadores, constituída em âmbito nacional, como ente associativo privado, composto por organizações sindicais de trabalhadores e que atenda os requisitos de filiação mínimos legalmente estabelecidos.

Consequentemente, em face de as Centrais Sindicais constituírem, do ponto de vista social, político, ideológico e institucional, entidades líderes do movimento sindical, que atuam e influem em toda a pirâmide regulada pela ordem jurídica, há de se assegurar aos seus dirigentes, na linha consagrada às demais entidades representativas dos trabalhadores, as garantias mínimas de proteção à atuação de ente obreiro coletivo.

Ressalte-se que, entre as proteções afirmadas às entidades representativas dos trabalhadores para plena atuação, está a vedação à dispensa sem justa causa do dirigente sindical, desde a data de sua inscrição eleitoral até um ano após o término do correspondente mandato (art. 8º, VIII, CF/88). Essa garantia conta, inclusive, com medida judicial eficaz do Juiz do Trabalho, mediante a qual se pode determinar, liminarmente, a reintegração obreira em contextos de afastamento, suspensão ou dispensa pelo empregador (art. 659, X, da CLT, conforme Lei n. 9.270/1996).

Conexa à presente garantia, existe a intransferibilidade do dirigente sindical para fora da base territorial de seu sindicato (art. 543 da CLT).

A Convenção n. 98 da OIT (que trata do “direito de sindicalização e de negociação coletiva”), vigorante no Brasil desde a década de 1950, estipula critérios para tais garantias sindicais. O texto convencional da OIT é, na verdade, de suma importância, *por sua generalidade e imprecisão*, uma vez que invoca o labor intenso do intérprete em busca da realização concreta das garantias a que alude. Observe-se a Convenção n. 98:

“Art. 2-1. As organizações de trabalhadores e de empregadores deverão gozar de *proteção*

adequada contra quaisquer atos de ingerência de umas e outras, quer diretamente quer por meio de seus agentes ou membros, em sua formação, funcionamento e administração.

2. Serão particularmente identificados a atos de ingerência, nos termos do presente artigo, medidas destinadas a provocar a criação de organizações de trabalhadores dominadas por um empregador ou uma organização de empregadores, ou a manter organizações de trabalhadores por outros meios financeiros, com o fim de colocar essas organizações sob o controle de um empregador ou de uma organização de empregadores.” (grifos acrescentados)

A Convenção n. 98 — que prevê, em caráter amplo, proteção às organizações de trabalhadores — também veda eventuais restrições empresariais a obreiros em face da participação ou não em tal ou qual sindicato ou em vista da participação em atividades sindicais (art. 1, 2, “a”, e art. 1, 2, “b”, respectivamente, da Convenção n. 98 da OIT).

Isso significa que atos que tenham por fim causar “... *por qualquer modo*”, prejuízo aos trabalhadores, entre esses os sindicalistas, em virtude “... *de sua participação em atividades sindicais*”, são vedados pela ordem jurídica brasileira (Convenção n. 98, OIT, art. 1, 2, “b”).

A Convenção n. 135, por sua vez (vigente no País desde 18.3.1991), que trata da “proteção de representantes de trabalhadores”, estipula a proteção contra a despedida por parte do empregador. Diz o texto do referido diploma internacional, em seu art. 1º, que os “representantes dos trabalhadores na empresa devem ser beneficiados com uma *proteção eficiente contra quaisquer medidas que poderiam vir a prejudicá-los (...)*, motivadas por sua qualidade ou suas atividades como representantes dos trabalhadores, sua filiação sindical, ou participação em atividades sindicais...”. Entre tais medidas prejudiciais, engloba-se, evidentemente, a dispensa.

A ordem jurídica, via de consequência, caso interpretada com racionalidade, completude e coerência, determina, sem dúvida, o

implemento de regras jurídicas assecuratórias da plena existência e potencialidade do ser coletivo obreiro. Sem tais garantias, repita-se, a democratização política, social e cultural instigada pelo Direito do Trabalho torna-se, ao menos no plano juscoletivo, mera contrafação.

Portanto, a ordem jurídica estipula garantias mínimas para a estruturação e desenvolvimento do ser obreiro coletivo, garantindo-lhes a possibilidade de cumprir seu papel de real expressão da vontade conjunta dos respectivos trabalhadores.

Nesse sentido, seria inadequado, diante da complexidade das estruturas organizativas hoje existentes no Brasil, entender-se que a garantia prevista no art. 8º, VIII, da CF/88, não pudesse ser extensível aos dirigentes das Centrais Sindicais, cujo reconhecimento formal se deu pelo advento da Lei n. 11.648, de 31.3.2008.

Ressalte-se que a circunstância de o Supremo Tribunal Federal, em interpretação ao art. 103, IX, da CF/88, ter entendido inexistir pertinência subjetiva às Centrais Sindicais para o exercício do poder de agir nas ações diretas de inconstitucionalidade não compromete a compreensão de que os entes coletivos obreiros possuem liberdade de associação e, para o pleno exercício dessa prerrogativa, devem os seus membros dirigentes ser detentores da garantia de não serem dispensados sem justa causa desde sua inscrição eleitoral até um ano após o término do correspondente mandato (art. 8º, VIII, CF/88).

A decisão da Suprema Corte afasta apenas a inserção das Centrais Sindicais nas entidades legitimadas a proporem as ações constitucionais referidas pelo art. 103, VIII, da CF/88, porém, não nega a existência e a validade social e jurídica dessas importantes entidades. Muito menos afasta a incidência da proteção coletiva fundamental ao Estado Democrático de Direito fixado pelo art. 8º, VIII, CF/88, e Convenções Internacionais da OIT ns. 98 e 135 (art. 5º, § 2º, CF/88).

Nesse mesmo sentido, posicionou-se esta 3ª Turma, no julgamento do RR-50000-91.2008.5.17.0012, realizado em 23.10.2013, cuja ementa se transcreve:

AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DIRIGENTE DE CENTRAL SINDICAL. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, para melhor exame da aplicação à lide dos arts. 8º, VIII, da CF, e 543, § 3º, da CLT. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DIRIGENTE DE CENTRAL SINDICAL. A estrutura do sistema sindical do País manteve-se, regra geral, dentro dos velhos moldes corporativistas, que não foram inteiramente revogados pela Constituição de 1988. Há, no sistema, uma pirâmide, que se compõe do sindicato, em seu piso, da federação, em seu meio, e da confederação, em sua cúpula. As Centrais Sindicais não compõem o modelo corporativista, sendo, de certo modo, seu contraponto. Porém, constituem, do ponto de vista social, político e ideológico, entidades líderes do movimento sindical, que atuam e influem em toda a pirâmide regulada pela ordem jurídica. Ora, não há por que dizer que não sejam acolhidas pelos princípios constitucionais que orientam o Direito Coletivo do trabalho, embora certamente não o sejam pelo texto do Título V da CLT (“Da Organização Sindical”). Elas, de certo modo, unificam, pela cúpula, a atuação das entidades sindicais, enquanto não superado o modelo corporativista. No plano interno de suas atividades, não apenas fixam linhas gerais de atuação para o sindicalismo em contextos geográficos e sociais mais amplos, como podem erigir instrumentos culturais e logísticos de grande significado para as respectivas bases envolvidas. No plano externo de suas atividades, participam da fundamental dinâmica democrática ao dialogarem com as grandes forças institucionais do País, quer as de natureza pública, quer as de natureza privada. Finalmente, quase vinte anos após a Constituição de 1988, a ordem jurídica infraconstitucional veio produzir novo avanço no processo de transição

democrática do sistema sindical brasileiro, ao realizar o “reconhecimento formal das centrais sindicais” — embora sem poderes de negociação coletiva (Lei n. 11.648, de 31.3.2008 — ementa). Consequentemente, em face de as Centrais Sindicais constituírem, do ponto de vista social, político e ideológico, entidades líderes do movimento sindical, que atuam e influem em toda a pirâmide regulada pela ordem jurídica, há de se assegurar aos seus dirigentes, na linha consagrada às demais entidades representativas dos trabalhadores, as garantias mínimas de proteção à atuação de ente obreiro coletivo. A Convenção n. 98 da OIT (que trata do “direito de sindicalização e de negociação coletiva”), vigente no Brasil desde a década de 1950, estipula critérios para tais garantias sindicais. O texto convencional da OIT é, na verdade, de suma importância, por sua generalidade e imprecisão, uma vez que invoca o labor intenso do intérprete em busca da realização concreta das garantias a que alude. A Convenção n. 135, por sua vez (vigente no País desde 18.3.1991), que trata da “proteção de representantes de trabalhadores”, estipula a proteção contra a despedida por parte do empregador. Recurso de revista não conhecido. (RR - 50000-91.2008.5.17.0012, redator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 23.10.2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29.11.2013.)

É incontroverso nos autos que o mandato do Reclamante como dirigente sindical ainda está vigente (eleito para o período de 28.9.2011 a 30.7.2015), razão pela qual procede o pedido de reintegração.

Por esses fundamentos, **conheço** do recurso de revista do Reclamante, por violação ao art. 8º, VIII, da CF.

II) MÉRITO

Conhecido o recurso de revista por violação do art. 8º, VIII, da CF, a consequência lógica é o seu provimento.

Por todo o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de revista para condenar a Reclamada a promover a reintegração do Reclamante, uma

vez que não exaurido o período da estabilidade, nas mesmas condições anteriores, com o pagamento de salários e demais vantagens devidas à categoria dos trabalhadores durante todo o período de afastamento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, vencido o Exmo. Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, relator, conhecer do recurso de revista do Reclamante, por violação

do art. 8º, VIII, da CF e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a Reclamada a promover a reintegração do Reclamante, uma vez que não exaurido o período da estabilidade, nas mesmas condições anteriores, com o pagamento de salários e demais vantagens devidas à categoria dos trabalhadores durante todo o período de afastamento.

Brasília, 15 de outubro de 2014.

Mauricio Godinho Delgado

Ministro relator

Sentenças

65ª Vara do Trabalho de São Paulo – SP

Processo: 0002673-32.2013.5.02.0065

Rito Ordinário

Autora: Suelen Policena Hungareti

Réu: Banco Bradesco S/A.

Aos 12 de janeiro de 2015, na sala de audiência desta Vara, sob a presidência do Juiz do Trabalho Substituto, Marcelo Azevedo Chamone, submetido o processo a julgamento, foi proferida a seguinte sentença.

RELATÓRIO

A autora postula os títulos elencados na inicial de fls. 03-12, instruídos com os documentos de fls. 15-126, e atribuindo à causa o valor de R\$ 30.000,00. Rejeitada a conciliação inicial, a reclamada apresentou contestação com documentos (fls. 186-246), arguindo preliminares de inépcia da inicial, e no mérito, a improcedência da ação. Colhidos depoimentos das partes (fls. 152-153). Razões finais apresentadas. Conciliação final rejeitada. Relatados, decido.

FUNDAMENTAÇÃO

1. Inépcia da inicial

Deixo de pronunciar a inépcia da petição inicial por considerar suficiente a narração dos fatos de que resulta o litígio, na forma do art. 840, da CLT, que difere do art. 282, do CPC quanto aos rigores de pedidos e causas de pedir, não se detectando, outrossim, prejuízo à parte contrária (cf. arts. 24, § 1º, do CPC, e 794, da CLT).

2. Valor probatório do depoimento da parte

Muito embora seja lugar-comum afirmações no sentido de que “a parte poderá ser interrogada

e o que disser em seu benefício é de nenhum valor; o que disser em prol da parte adversa terá valor de confissão real” (Francisco Antonio de Oliveira, *Tratado de direito processual do trabalho*, v. 2, 2008, p. 1.105⁽¹⁾), tal assertiva é falsa, “porque nem sempre isso acontece” (Pontes de Miranda, *Comentários ao código de processo civil*, t. IV, 1974, p. 267).

Primeiramente, porque tal restrição em relação à fala de quem teve o direito subjetivo material violado — “o que disser em seu benefício é de nenhum valor” — prevista no art. 206, do vetusto Decreto imperial n. 737, de 25.11.1850⁽²⁾, não foi repetida na legislação posterior (cf. arts. 229-234, do CPC/1939; art. 201, do CPP/1941; art. 820, da CLT/1943; arts. 13, “b”, 300, e 311-313, do CPPM/1969; 342-347, do CPC/1973; arts. 382-385, do Projeto de Código de Processo Civil aprovado no Senado Federal em dez. 2014), sobretudo ao se constatar

(1) No mesmo sentido, dentre outros: TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*, 2003. p. 237; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 1994. p. 441, ressaltando que o depoimento pessoal possui apenas duas finalidades: obter a confissão e aclara os fatos articulados pela própria parte.

(2) Nas Ordenações Filipinas (Livro III, Capítulo XX, § 4º), o juiz deveria primeiro ouvir as partes (sem juramento, cf. ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Ordenações filipinas*, 1870. p. 587, nota 4), e somente se necessário determinava a produção de outras provas. No Código de Processo Civil e Comercial de São Paulo (Lei estadual n. 2.421, de 14.1.1930, arts. 307-309) era admitida a prova “por juramento ou afirmação”, pela parte, “nos casos expressos em lei”.

que o depoimento de uma das partes não é apenas direito de seu adversário (aí sempre sob a perspectiva de se obter a confissão), mas também prerrogativa do juiz (art. 342, do CPC). Daí os autores distinguem entre o depoimento ‘pessoal’ (da parte) e o interrogatório, negando, quanto a este, a possibilidade de se obter a confissão da parte (ressalvada a confissão expressa, cf. Tostes Malta, *Prática do processo trabalhista*, 1995. p. 370).

Nesse sentido, ressalta Pontes de Miranda (*Comentários ao código de processo civil*, t. IV, 1974, p. 267) que “É erro definir-se o depoimento pelo resultado eventual de conter confissão. Nem sempre isso ocorre, nem sempre, ao requerê-lo, é intuito da parte adversa, ou do juiz, ou dos interessados na demanda, mesmo curadores, provocar a confissão. Não raro só se pretende captar, com precisão, o conteúdo de alguma afirmação, inserta no pedido, ou posteriormente, de relevância para a decisão, sem o caráter de concorância com as afirmações da parte adversa. A pena de confesso, com que se determina o depoimento da parte, funciona como sanção pelo não comparecimento, e não como finalidade do depoimento”. Desse modo, “O depoimento tem, não raro, força convincente que, no processo com o princípio do livre convencimento do juiz [*rectius*, ‘convencimento motivado’, cf. art. 368, do projeto de Código de Processo Civil aprovado pelo Senado em dez. 2014], pode fazê-lo um dos fundamentos da convicção” (No mesmo sentido: Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 617⁽³⁾; Fredie Didier Jr. et alii, *Curso de direito processual civil*, v. 2, 2007, p. 72; Mauro Schiavi, *Manual de direito processual do trabalho*, 2012, p. 632), pois, “A parte pode ser qualificada como a melhor fonte de prova, quando não a única, em razão das informações que possui, não obstante, em razão dos seus interesses pessoais, possa ser

considerada a fonte de prova menos confiável” (Mauro Cappelletti, *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*, v. 1, 2002, p. 4 apud Fredie Didier Jr. et alii, *Curso de direito processual civil*, v. 2, 2007, p. 71).

Se é verdade que no processo cível (em sentido lato, englobando o trabalhista) o depoimento da vítima não é desinteressado, na medida em que é potencialmente beneficiária econômica de uma sentença favorável (ocupando posição equivalente à da testemunha com interesse no litígio — art. 405, § 3º, IV, do CPC, e art. 228, IV, do CC), nos casos em que o ilícito em questão também se caracterize como injusto penal, a sentença criminal — onde, em razão das consequências (aplicação de pena restritiva de liberdade), o nível de certeza exigido para a condenação é muito mais elevado do que nos processos onde são tutelados direitos privados — poderá ser fundamentada no depoimento do ofendido, sobretudo nos casos cometidos “às ocultas”, e desde que “as declarações sejam seguras, estáveis, coerentes, plausíveis, uniformes, perdendo sua credibilidade quando o depoimento se revela reticente e contraditório e contrário a outros elementos probatórios” — “Tudo está subordinado, para se obter um veredicto justo, à formação cultural, moral, psicológica e humana do juiz que, atendendo à serenidade e à imparcialidade em seu espírito, pode encontrar o caminho certo a seguir a fim de alcançar a realização da justiça ao valorar as declarações da vítima, para concluir, sem prevenções, se merecem fé ou não” (Julio Fabbrini Mirabete, *Processo penal*, 1998. p. 291-292, citando reiterada jurisprudência. Nesse sentido: TJSP, 3ª Câmara Criminal, Apelação Criminal n. 172.868-3, rel. des. Gonçalves Nogueira, v. u., j. 5.12.1994⁽⁴⁾;

(3) “É do passado o dogma de que o depoimento pessoal servisse única e exclusivamente como modo de extrair confissões.”

(4) **Prova criminal** — Declaração de menor em crime de natureza sexual — Admissibilidade — Caráter clandestino da infração — Firmeza e sinceridade do relato da vítima — Recurso parcialmente provido para outro fim. Quando segura, coesa, coerente e verossímil, deve a palavra da ofendida, nos delitos de natureza sexual, prevalecer sobre a teimosa e isolada inadmissão de responsabilidade do réu.

STJ, 5ª Turma, HC n. 47212, rel. min. Gilson Dipp, j. 16.2.2006⁽⁵⁾; STJ, 5ª Turma, HC n. 135972, rel. min. Felix Fischer, j. 3.11.2009⁽⁶⁾; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp n. 1.182.716, rel. min. Jorge Mussi, j. 13.3.2012⁽⁷⁾; STJ, 6ª Turma,

(5) **Criminal. HC. Atentado violento ao pudor. Trancamento da ação penal. Ilegitimidade do Ministério Público. Ausência de atestado de pobreza e representação da vítima. Inocorrência. Colidência de interesses. Curador especial. Nomeação a destempo. Irregularidade. Ausência de nulidade. Exame de corpo de delito. Ausência. Prescindibilidade em delitos contra os costumes. Atipicidade da conduta. Impropriedade do writ. Ordem denegada.** I. (...). II. (...). III. (...). IV. (...). V. A ausência de laudo pericial não tem o condão de afastar os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, nos quais a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios. VI. (...). VI. (...). VI. Ordem denegada.

(6) **Penal. Habeas corpus. Art. 214 c/ art. 224, alínea a, e art. 226, inciso II, todos do Código Penal. Pedido de absolvição. Dilação probatória. Inadequação da via eleita.** I – A palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que nestes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios (Precedentes). II – No caso em tela, infirmar a condenação do ora paciente, ao argumento da insuficiência das provas coligidas, demandaria, necessariamente, o amplo revolvimento da matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de *habeas corpus* (Precedentes). Ordem denegada.

(7) **Penal e processual penal. Tentativa de homicídio. Declarações dos policiais militares/vítimas. Meio de prova idôneo. Sentença de pronúncia que encontra apoio em elementos colhidos sob o crivo do contraditório. Dúvidas quanto à materialidade delitiva e indícios de autoria. In dubio pro societate. Ausência de animus necandi. Reexame de material fático/probatório. Súmula n. 7/STJ.** 1. Embora existam críticas acerca do valor das declarações prestadas pelo ofendido da ação criminosa, é certo que tal elemento de prova é admitido para embasar o crédito pronunciante, mormente em caso nos quais a conduta delitosa é praticada na clandestinidade, desde que sopesada a credibilidade do depoimento, conforme se verifica ter ocorrido na hipótese. 2. Conforme entedimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela perseguição e prisão do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar a sentença de pronúncia, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. 3. A decisão de pronúncia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo o ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessários à prolação de um crédito condenatório, sendo que as

RHC n. 34035, rel. min. Sebastião Reis Júnior, j. 5.11.2013⁽⁸⁾) —, e ser objeto de execução *ex delicto* (art. 475-N, II, do CPC), sem que nenhuma consideração possa ser tecida, na esfera cível, sobre o valor probante das declarações do exequente ao juízo onde se formou o título executivo.

De forma semelhante, na valoração dos depoimentos colhidos em instrução processual, poderá o julgador, com base em suas impressões obtidas no contato direto com as testemunhas, atribuir maior peso àquela ouvida sem compromisso ('informante', arts. 405, § 4º, do CPC, e 829, da CLT) do que àquela formalmente compromissada (cf. Sergio Pinto Martins, *Direito processual do trabalho*, 2012, p. 345; Valentin Carrion, *Comentários à consolidação das leis do trabalho*, 2008, p. 637; Mauro Schiavi, *Manual de direito processual do trabalho*, p. 664; TJSP, 34ª Câmara de Direito Privado, Apelação n. 0101493-84.2009, rel. des. Márcia Cardoso, j. 19.8.2013⁽⁹⁾).

dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se contra o réu e a favor da sociedade. É o mandamento do art. 408 e atual art. 413 do Código Processual Penal. 4. A Corte *a quo*, após análise das provas constantes dos autos, manteve a sentença de pronúncia do agente pelo crime de tentativa de homicídio. 5. A análise quanto à ausência do elemento subjetivo do tipo e a contradição supostamente existente entre as provas coligidas aos autos, demandaria revolvimento do material fático/probatório dos autos, o que é vedado na presente seara recursal a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(8) **Recurso em habeas corpus. Lei Maria da Penha. Medidas protetivas de urgência. Fundamentação. Palavra da vítima. Possibilidade. Precedentes.** 1. Em se tratando de caso de violência doméstica em âmbito familiar contra a mulher, a palavra da vítima ganha especial relevo para o deferimento de medida protetiva de urgência, porquanto tais delitos são praticados, em regra, na esfera de convivência íntima em situação de vulnerabilidade, sem que sejam presenciados por outras pessoas. 2. (...). 3. (...). 4. Recurso em *habeas corpus* improvido.

(9) "Prestação de serviços. Casamento. Indenização. Bufet. Prestação de serviços defeituosa. Oitivas de testemunhas cujas contraditas foram acolhidas como informantes do Juízo. Possibilidade. Valoração das provas de acordo com o livre convencimento motivado. Provas que confirmam a má prestação dos serviços. Danos morais configurados. Valor indenizatório mantido. Inocorrência de sucumbência recíproca. Agravos retidos e apelação improvidos."

No processo civil alemão — cf. §§ 445, I, 448, e 450, II,⁽¹⁰⁾ do *Zivilprozessordnung*⁽¹¹⁾ —,

- (10) § 445 Vernehmung des Gegners; Beweisantritt [**Interrogatório da parte contrária; Oferta de produção da prova**]

(1) Eine Partei, die den ihr obliegenden Beweis mit anderen Beweismitteln nicht vollständig geführt oder andere Beweismittel nicht vorgebracht hat, kann den Beweis dadurch antreten, dass sie beantragt, den Gegner über die zu beweisenden Tatsachen zu vernehmen [Uma parte que não tenha apresentado outras provas, implementada completamente sua obrigação de apresentar provas, pode requerer que seja tomado o depoimento da parte contrária sobre os fatos a serem provados].

(2) Der Antrag ist nicht zu berücksichtigen, wenn er Tatsachen betrifft, deren Gegenteil das Gericht für erwiesen erachtet [O pedido não poderá ser deferido quando for relativo a fatos que o Tribunal considere já ter sido provado o contrário].

§ 448 Vernehmung von Amts wegen [**Interrogatório ex officio**]

Auch ohne Antrag einer Partei und ohne Rücksicht auf die Beweislast kann das Gericht, wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreicht, um seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache zu begründen, die Vernehmung einer Partei oder beider Parteien über die Tatsache anordnen [Mesmo sem pedido de qualquer das partes, e sem levar em conta o ônus da prova, o tribunal pode, se o resultado dos depoimentos e colheita de provas não for suficiente para fundamentar a sua convicção da verdade ou falsidade dos fatos relevantes a serem provados, ordenar a oitiva de uma das partes ou ambas sobre os fatos].

§ 450 Beweisbeschluss [**Ordem de prova**]

(1) Die Vernehmung einer Partei wird durch Beweisbeschluss angeordnet. Die Partei ist, wenn sie bei der Verkündung des Beschlusses nicht persönlich anwesend ist, zu der Vernehmung unter Mitteilung des Beweisbeschlusses von Amts wegen zu laden. Die Ladung ist der Partei selbst mitzuteilen, auch wenn sie einen Prozessbevollmächtigten bestellt hat; der Zustellung bedarf die Ladung nicht [A oitiva de uma parte é determinada pela ordem de prova. A parte, se não estiver presente no pronunciamento da decisão de a convidar para a audiência, é intimada de ofício da ordem de prova. A intimação será feita à própria parte, mesmo que tenha nomeado um advogado; a intimação não exige a entrega].

(2) Die Ausführung des Beschlusses kann ausgesetzt werden, wenn nach seinem Erlass über die zu beweisende Tatsache neue Beweismittel vorgebracht werden. Nach Erhebung der neuen Beweise ist von der Parteivernehmung abzusehen, wenn das Gericht die Beweisfrage für geklärt erachtet [A execução da decisão pode ser suspensa se após a sua adoção novos elementos de prova forem submetidos quanto ao fato a ser provado. Após uma análise exaustiva da nova evidência o tribunal deve abster-se de questionar a parte se considerar esclarecida a questão a ser provada].

- (11) Editado em 30.1.1877 e ainda vigente, posto que com atualizações pontuais.

os depoimentos pessoais apenas são tomados como “meio subsidiário de prova, que somente pode empregar-se se não foram propostos outros ou os propostos não deram resultado satisfatório” (James Goldschmidt, *Direito processual civil*, t. I, 2003, p. 334), hipótese em que os depoimentos colhidos serão valorados pelo julgador como elementos de prova, inclusive com tomada de *juramento* (cf. § 452⁽¹²⁾), etapa desnecessária em nosso ordenamento, onde o compromisso das partes com a verdade é obrigação legal (cf. art. 14, I, do CPC; redação repetida no art. 77, I, do projeto de Código de Processo Civil aprovado pelo Senado Federal em dez. 2014).

Nessa trilha, Arruda Alvim, sempre alertando contra a parcialidade do magistrado, afirma que “Se (...) o pressuposto fundamental de aplicabilidade do art. 342 é a *dúvida* do juiz, não esclarecida pelas provas aportadas ao processo, segue-se disto que tal atividade será normalmente complementar de outras atividades probatórias, que a tenham procedido. Ademais, por estas razões, via de regra, o uso do

- (12) § 452 Beeidigung der Partei [**Juramento da parte**]

(1) Reicht das Ergebnis der unbeeidigten Aussage einer Partei nicht aus, um das Gericht von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Tatsache zu überzeugen, so kann es anordnen, dass die Partei ihre Aussage zu beeidigen habe. Waren beide Parteien vernommen, so kann die Beeidigung der Aussage über dieselben Tatsachen nur von einer Partei gefordert werden [Sempre que o resultado da declaração da parte não for suficiente para convencer o tribunal da verdade ou falsidade do fato relevante a ser provado, pode ordenar que a parte faça juramento sobre a sua declaração. Ouvidas ambas as partes, a tomada de juramento da declaração sobre tais fatos só pode ser exigida de uma delas].

(2) Die Eidesnorm geht dahin, dass die Partei nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt und nichts verschwiegen habe [O juramento deve ser dito para que o parte diga a verdade ao melhor do seu conhecimento e nada oculte].

(3) Der Gegner kann auf die Beeidigung verzichten [A parte contrária pode abrir mão do juramento].

(4) Die Beeidigung einer Partei, die wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurteilt ist, ist unzulässig [É inadmissível o juramento de uma parte que tenha sido condenada por violar intencionalmente o juramento].

mesmo art. 342 deverá, normalmente, ser feito depois de realizadas as provas, justamente porque aí é que o juiz, examinando-as, constatará a sua *dúvida*. Em nome desta e tendo em vista que o respectivo esclarecimento respeita não ao direito de qualquer dos litigantes, senão ao estabelecimento dos pressupostos de fato sobre os quais há de incidir a atividade jurisdicional, em nome do desempenho de sua função, terá de usar dos poderes do art. 342. Daí por que aludimos a *poder-dever*” (*Manual de direito processual civil*, 1982, p. 299).

É inegável, portanto, que as declarações das partes são meio de prova, mas seu acatamento, contudo, não pode ser feito de forma indiscriminada, sob pena de implicar em derrogação das regras legais atinentes a meios e ônus da prova.

Assim, tratando-se de prova de fato ocorrido de forma clandestina, envolvendo apenas vítima(s) e agressor(es), em *locais isolados* (i.e., inacessíveis a terceiros, com consequente falta de documentação e testemunhas diretas) — hipótese a se verificar sobretudo, mas não exclusivamente, em casos de assédio moral e sexual — a valoração do depoimento da vítima deverá ser feita de acordo com a *verossimilhança* dos fatos narrados, a *credibilidade e coerência* do depoimento perante o juiz da instrução, e sua harmonia com o conjunto probatório levado aos autos, de modo a incutir no julgador a convicção quanto à veracidade dos fatos alegados.

Estabelecidas estas premissas teóricas, passo à análise do caso concreto.

3. Prescrição

Considerando que a presente demanda foi ajuizada em 10.10.2013, e que a relação contratual perdurou de 5.12.2001 a 14.10.2011, nos termos do art. 7º, XXIX, da CF, decreto a prescrição das pretensões condenatórias vencidas antes de 10.10.2008.

4. Diferenças salariais

Aduz, a autora, que no período de outubro/2009 a janeiro/2011, a empregadora deixou

de observar a correta remuneração do cargo para o qual foi promovida em outubro 2009 (*gerente de pessoa jurídica I*), de modo que afirma ser credora de diferenças salariais.

Ante a negativa patronal, argumentando que a reclamante somente passou a exercer as funções de gerente de contas pessoa jurídica em fevereiro 2011 (fls. 158), inexistindo nos autos qualquer elemento de prova em sentido diverso, julgo improcedente a pretensão pois, nos termos dos arts. 333, I, do CPC, e 818, da CLT, a reclamante não se desvencilhou de seu encargo probatório, nem sequer minimamente.

5. Jornada de trabalho

O pleito formulado na inicial, direcionado ao pagamento de horas extras, aponta a seguinte jornada de trabalho: de segunda a sexta, das 08h30 às 17h30, com intervalo para descanso e refeição de uma hora, sendo que cerca de duas vezes por semana laborava das 07h45 às 18h30. Acresce que era obrigada a realizar treinamentos via internet, dispendendo em média dez horas por curso, tendo realizado um total de 124. Aduz, por fim, fazer jus à remuneração como extraordinárias das horas laboradas além da sexta diária, e ao intervalo previsto no art. 384, da CLT.

a. Cargo de confiança (art. 224, § 2º, da CLT)

O cargo de confiança previsto no art. 224, § 2º, da CLT, supõe, além da percepção de gratificação superior a 1/3 do salário-base, que o empregado esteja investido de poderes capazes de identificá-lo como exercente de função de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, ou que desempenhem outros cargos de confiança.

A análise das funções descritas pela reclamante na peça inicial e no seu depoimento colhido na sessão de 26.11.2014 (fls. 152-153) revelam que ocupava cargo com fidúcia diferenciada em relação ao bancário comum, sendo correto o seu enquadramento na hipótese do

art. 224, § 2º, da CLT. Improcede, portanto, o pedido de pagamento como extras das sétima e oitava horas laboradas.

b. Horas extras

A defesa refuta as jornadas declinadas na exordial, afirmando inexistir horas extras laboradas sem compensação ou pagamento, juntando aos autos os cartões de ponto do reclamante, com horários variáveis, cuja presunção de veracidade foi confirmada pela reclamante (fls. 04), devendo, assim, prevalecer como jornada efetivamente cumprida na agência.

Constando dos demonstrativos de pagamento juntados aos autos o pagamento de horas extras prestadas, sem que a reclamante tenha demonstrado a existência de diferenças não quitadas, indefiro o pedido de pagamento de horas extras e reflexos.

c. 'Treinet'

Sopesado que os cursos em questão eram disponibilizados pela reclamada em plataforma própria, sendo certo que possui meios de registrar os acessos dos empregados, inclusive datas e horários — na medida em que há certificação pela frequência/aproveitamento (cf. fls. 29-32), é conclusão necessária haver controle (ou ao menos sua possibilidade, que é o quanto basta) em relação ao acesso —, não havendo controvérsia quanto à sua utilização como critério para promoção e premiação, resolve-se a controvérsia com a aplicação da *teoria da aptidão para a prova* (que, em nosso ordenamento jurídico, encontra amparo no art. 5º, XXXV, da CF) — adotada pelo TST, p. ex., na Súmula n. 338.

Constatada a verossimilhança das alegações da autora, bem como a sua hipossuficiência na produção da prova (art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078, invocado por analogia, nos termos dos arts. 8º, da CLT, e 4º, do Decreto-lei n. 4.657/1942), na medida em que cabe ao contratante a documentação do contrato de trabalho, a omissão do empregador resolve-se em seu desfavor, de

modo que a autora é credora do 1.240 horas extras ao longo do contrato (considerando-se todas imprescritas), pelo tempo gasto em cursos obrigatórios.

d. Intervalo pré-prorrogação (art. 384, da CLT)

O descumprimento do intervalo previsto no art. 384, da CLT (recepcionado pela CF/1988, cf. TST, Pleno, IIN-RR n. 1540/2005-046-12-00.5, rel. min. Ives Gandra Martins Filho, DJ 13.2.2009; STF, RE n. 658312, rel. min. Dias Toffoli, j. 27.11.2014), não importa em mera penalidade administrativa, mas sim em pagamento das horas extras correspondentes àquele período, por se tratar de medida de higiene e segurança da trabalhadora.

Tendo em vista que a reclamante extrapolou a sua jornada de trabalho, conforme comprovam os registros de ponto juntados aos autos, condeno a empregadora ao pagamento de 15' a título de horas extras decorrentes da não concessão do intervalo previsto no art. 384 da CLT, nos dias em que a jornada de trabalho da reclamante excedeu 8 horas, acrescido do adicional.

e. Critérios de cálculo

A apuração do montante devido observará: a) 15' a título de horas extras decorrentes da não concessão do intervalo previsto no art. 384 da CLT, nos dias em que a jornada de trabalho da reclamante excedeu 8 horas, e 1.240 horas extras ao longo do contrato, pelo tempo gasto em cursos obrigatórios; b) globalidade salarial na base de cálculo (Súmula n. 264, do TST); c) divisor 220 (Súmula n. 124, II, "b", do TST); d) adicional de 50% para as horas extras, ou o adicional superior, na vigência da norma coletiva já juntada aos autos; e) reflexos em férias acrescidas de 1/3, descanso semanal remunerado, 13º salário, FGTS e indenização de 40%, e aviso-prévio indenizado (Súmula n. 347, do TST); f) evolução salarial da trabalhadora; g) dias efetivamente trabalhados, excluindo-se os afastamentos como férias, licenças e faltas.

Por se tratar de verba de caráter salarial, cabem reflexos do DSR ora deferido em 13º salário, férias acrescidas de um 1/3, FGTS acrescido da indenização de 40%, e aviso-prévio indenizado (cf. Homero Batista da Silva, *Curso de direito do trabalho aplicado*, v. 2, 2009, p. 136) — rejeita-se a aplicação da OJ n. 394, da SDI-1, do TST.

6. Assédio moral

Argumenta, a autora, fazer jus à reparação por danos morais, decorrentes de assédio moral no ambiente de trabalho.

Caracteriza-se a existência de *ambiente de trabalho hostil* quando o trabalhador é assediado e teme ir trabalhar em razão da atmosfera ofensiva, intimidadora ou opressiva criada pelo assediador, ou ainda quando os superiores do trabalhador adotam postura com o desígnio de causar a demissão do trabalhador como resposta à determinada atitude. Ressalte-se, contudo, que não são penalizados comportamentos que se caracterizam como ‘falta de civilidade’, de modo que não são considerados ilícitos (ao menos para fins de caracterização da figura em comento) brincadeiras e provocações entre colegas de trabalho, comentários descuidados, ou incidentes isolados de gravidade reduzida; a conduta, para ser apenada, deve ser *objetivamente* ofensiva de modo a alterar as condições de trabalho do indivíduo (se o assédio culminar em uma ação tangível no âmbito da relação de emprego ou for suficientemente grave ou invasivo).

Também a chamada ‘incivilidade no ambiente de trabalho’ é considerada como fator de risco para problemas psicológicos ocupacionais, e é caracterizada quando presente desvio de comportamento de baixa intensidade com a intenção ambígua de lesar o alvo, de modo rude e descortês, mostrando falta de respeito para com o outro.

O depoimento emocionado e convincente da reclamante colhido na sessão havida em 26.11.2014 (fls. 152-153), aliada à constatação de que esta se mostrou visivelmente abalada

(tive, inclusive, que interromper seu interrogatório para que ela se recompusesse), bem como as respostas evasivas da preposta (arts. 343, § 1º c.c. 345, do CPC), e inexistência de qualquer outro elemento de prova corroborando as versões expostas em inicial e defesa, são suficientes para confirmar que a reclamada, através de seus prepostos, alimentava ambiente hostil e incivil de trabalho, incluindo piadas de cunho discriminatório⁽¹³⁾, tratamento discriminatório entre homens e mulheres, perseguição por não aderir à prática de condutas ilícitas, e, de modo geral, comportamento inadequado com os padrões correntes de civilidade no ambiente de trabalho.

Por outro lado, a reclamada, empresa de grande porte em ramo de atividade onde os relatos de assédio moral são frequentes⁽¹⁴⁾, nem sequer demonstrou dispor de vias adequadas à *prevenção, comunicação e repressão* de fatos tais como os narrados pela reclamante, tornando ainda mais reprovável sua conduta.

(13) A piada em si, ainda que construída em cima de preconceitos/estereótipos, não é ato ilícito, dado o *animus jocandi*, mas pode adquirir essa característica a depender do contexto fático, como no caso concreto, tratando-se de ambiente de trabalho e sem consentimento prévio, ainda que tácito (como se verifica, p. ex., num espetáculo de humor) ou intimidade entre emissor e destinatário do ato comunicativo.

(14) Confira-se, a título exemplificativo, inclusive quanto à própria reclamada: TST, RR ns. 2687400-54.2009.5.09.004, 31300-93.2005.5.17.0005, 97240-54.2007.5.23.0009, 115500-49.2006.5.02.0382. Também: <<http://www.prt22.mpt.gov.br/informe-se/noticias-do-mpt-go/112-justica-condena-bb-assedio-moral>>; <<http://reporterbrasil.org.br/2014/01/assedio-moral-e-metas-abusivas-ameacam-saude-de-bancarios/>>; <<http://www.folha.com.br/ep951999>>; <<http://economia.ig.com.br/2014-04-24/de-cada-dez-denuncias-de-assedio-moral-no-brasil-tres-sao-contra-bancos.html>>; <http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal_do_mpt/comunicacao/noticias/conteudo_noticia!/ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hH92BPJydDRwN_E3cJA88QU1N3L7OgMC93I_2CbEdFAAovLRY!/7WCM_GLOBAL_CONTEXT=/wps/wcm/connect/mpt/portal-do-mpt/comunicacao/noticias/bradesco+tera+que+pagar+rs800+mil+por+danos+morais>; <<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/justica-da-pb-condena-bradesco-por-assedio-moral>>; <<http://mpt-prt5.jusbrasil.com.br/noticias/933272/mpt-ajuiza-acao-contra-bradesco-por-assedio-moral>>.

Presentes, portanto, o ato ilícito, o dano, e o nexo de causalidade, há responsabilidade civil da empregadora.

Quantificação do valor devido

A compensação pela lesão sofrida (porque irreparável o direito da personalidade lesionado), visando a atenuar, de maneira indireta, os seus efeitos, “*deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano*” (Cavaliere Filho, *Programa de responsabilidade civil*, p. 115). O Código Civil vigente, incluindo no conceito de ato ilícito o dano “*ainda que exclusivamente moral*” (art. 186), para que não sobre dúvidas sobre a sua reparabilidade, não cogita de sua limitação nem recomenda que o ressarcimento seja moderado (art. 927).

A legislação de responsabilidade civil tem como objetivos, segundo lição de Guido Calabresi (*The cost of accidents*), a justiça (“*restrição sobre o que pode ser feito para se alcançar a redução de custos*”, p. 24, nota 1) e a *redução de custos dos acidentes (passim)*, esta divisível em três sub-objetivos: redução do próprio número e gravidade dos infortúnios, consistente na proibição, regulamentação ou incentivo de certas atividades, encarecendo as indesejadas para torná-las menos atrativas, e subsidiando as desejadas, através dos métodos de dissuasão geral, ou de mercado, ou de dissuasão específica, ou coletiva (p. 26); diminuição dos custos sociais deles resultantes, na compensação da vítima, através da reabilitação, inclusive ocupacional (com o fornecimento de tratamento médico adequado, albergado o reajustamento psicológico), subsistência (proporcionando as necessidades vitais para aqueles a quem os acidentes deixaram incapazes de prover a si mesmos) e manutenção (garantia de um nível de remuneração básico acima da pura subsistência para tais indivíduos) (p. 42-43); e diminuição dos custos de tratamento administrativo, com a finalidade de atingir a minoração dos custos antecedentes, implicando

na avaliação da correlação entre a economia obtida com a redução de custos proposta e o seu próprio custo (p. 28).

Assim, a valoração do montante pecuniário deve sopesar a gravidade objetiva do dano (avaliação da “extensão e profundidade da lesão, tomando em conta os meios empregados na ofensa, as sequelas deixadas”, Dalazen, Aspectos do dano moral trabalhista, in: *Revista do TST*, v. 65, n.1, p. 79). A isso há de se acrescentar se do injusto adveio algum lucro para o ofensor e os aspectos objetivos deste, tais como antecedentes, índole, e bem como o seu maior ou menor poder econômico, de modo que o valor da condenação venha a representar um real desestímulo a futuras ofensas; — a condição econômica ou nível social da vítima são completamente irrelevantes (cf. Maria Celina Bodin, *Dano à pessoa humana*, p. 190).

Destarte, fixo o valor da condenação em R\$ 2.000.000,00, que reputo adequado ao atingimento dos objetivos supra mencionados.

7. Gratuidade

Defiro a gratuidade de justiça, porque atendidas as exigências legais, conforme interpretação dada por este Egrégio Tribunal ao art. 790, § 3º, da CLT, em sua Súmula n. 5.

8. Descontos fiscais

A ré, na qualidade de responsável tributária, deverá providenciar os recolhimentos dos montantes devidos a título de imposto de renda e contribuições previdenciárias — incidentes sobre horas extras, DSR, 13º salário (art. 28, da Lei n. 8.212, de 24.7.1991) —, comprovando em trinta dias do pagamento, observados os arts. 43, § 3º, da Lei n. 8.212, e 6º, II, da Lei n. 8.383, de 30.12.1991, sob pena de execução nos próprios autos (art. 114, VIII, da CF), juntamente com a de que retificou as informações junto ao órgão previdenciário, sob pena de multa diária de R\$ 100,00.

Para a apuração do montante devido, deverá ser observado o regime de competência (Súmula n. 368, II e III, do TST), nos termos da

legislação tributária de regência à época do pagamento (cf. arts. 8º, *caput*, da Lei n. 7.713, de 22.12.1988, e 195, I, “a”, da CF), e exclusão dos juros da base de cálculo, em face de seu caráter indenizatório (OJ n. 400, da SDI-1, do TST). Multas e juros moratórios, a cargo da ré, na forma dos arts. 43, §§ 2º e 3º, da Lei n. 8.212, e 59 e 61, da Lei n. 8.383.

Por se tratar de verbas reconhecidas apenas em juízo, não é o caso de incidência da regra prevista no art. 33, § 5º, parte final, da Lei n. 8.212, de modo que o reclamante não se exime de suas obrigações para com o fisco e a previdência, observado o limite de sua responsabilidade (cf. OJ n. 363, da SDI-1, do TST).

9. Honorários advocatícios

Indevidos os honorários advocatícios no âmbito da Justiça do Trabalho (art. 3º, § 3º, da Instrução Normativa n. 27, do TST), apesar do quanto disposto nos arts. 133, da CF, e 404, do CC, porque prevalece, por ora, o *ius postulandi* das partes, salvo se assistida pelo sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família (Súmulas ns. 219 e 329, do C. TST), o que não ocorre no presente caso.

10. Hipoteca judiciária

Determino a consulta ao banco de dados da Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo — ARISP, acerca da existência de bens do réu registrados e/ou averbados nos Registros de Imóveis do Estado de São Paulo, bem como a localização destes para posterior expedição de ofício, a propiciar a inscrição da presente sentença condenatória, título constitutivo de hipoteca judiciária (cf. art. 466, *caput*, do CPC), na forma da Lei de Registros Públicos, assegurando a eficácia contra terceiros, para impedir a dilapidação do patrimônio daquele em prejuízo da futura execução, independentemente do trânsito em

julgado, ainda que não haja pedido específico da parte interessada (nesse sentido: TST, 1ª Turma, AIRR n. 955/2004-103-03-40, rel. min. Lélío Bentes Corrêa, DJ 24.2.2006; 4ª Turma, RR n. 1048/2005-105-03-00.1, rel. min. Barros Levenhagen, DJ 5.10.2007; 4ª Turma, RR n. 114600-20.2009.5.03.0031, relª minª Maria de Assis Calsing, j. 30.3.2011, DEJT 8.4.2011).

Os emolumentos serão oportunamente cobrados do devedor.

DISPOSITIVO

Posto isso, rejeitadas as preliminares de inépcia suscitadas, julgo ***procedente em parte*** a ação ajuizada por Suelen Policena Hungareti em face de Banco Bradesco S/A., condenando a reclamada a pagar, em favor da autora, na forma do art. 880, da CLT, o quanto restar apurado em liquidação, observados os limites traçados na fundamentação e a prescrição decretada, a título de:

- horas extras, com reflexos em férias acrescidas de 1/3, descanso semanal remunerado, 13º salário, FGTS e indenização de 40%, e aviso-prévio;
- reflexos do DSR ora deferido em 13º salário, férias acrescidas de um 1/3, FGTS acrescido da indenização de 40%, e aviso-prévio;
- reparação por danos extrapatrimoniais, ora arbitrada em R\$ 2.000.000,00.

Autoriza-se a compensação de verbas pagas a igual título, já comprovadas nos autos.

Correção monetária (Súmula n. 381, do TST), pelo IPCA (STF, Pleno, ADI n. 4357, rel. para o acórdão min. Luiz Fux, j. 14.3.2013; STJ, 1ª Seção, REsp n. 1.270.439, rel. min. Castro Meira, j. 26.3.2013; art. 27, da Lei n. 12.919, de 24.12.2013; art. 2º, II, da Lei Complementar n. 148, de 25.11.2014) e juros legais de mora (art. 394 e 397, *caput*, do CC e Súmula n. 200, do TST) desde o mês de vencimento de cada obrigação, exceto quanto à reparação por danos morais, que observará os termos das Súmulas

ns. 43 e 362, do STJ (correção monetária) e art. 398, do CC, e Súmula n. 54, do STJ (juros de mora).

Deverá a empresa comprovar os recolhimentos ao FGTS, na conta vinculada do trabalhador, inclusive os incidentes sobre as parcelas de natureza salarial da presente condenação e indenização de 40%, fornecer as guias para levantamento do FGTS, em cinco dias do trânsito em julgado, executando-se diretamente por quantias equivalentes caso verificada a inadimplência, observados os parâmetros da Lei n. 8.036.

Ficam autorizados os descontos previdenciários e de imposto de renda a cargo do trabalhador, devendo a empresa comprovar os recolhimentos nos autos no prazo de trinta dias do pagamento, sob pena de execução nos próprios autos dos recolhimentos previdenciários (art. 114, VIII, da CF), juntamente com a de que retificou as informações junto ao órgão previdenciário, sob pena de multa diária de R\$ 100,00. As contribuições previdenciárias incidirão sobre as seguintes parcelas de natureza

salarial (arts. 832, § 3º, da CLT, e 28, da Lei n. 8.212): horas extras, DSR, 13º salário.

Expeça-se ofícios ao MP estadual, MPT, e MTE, instruídos com cópia da presente sentença e ata de fls. 152-153, **independente do trânsito em julgado**, para a adoção das medidas que entenderem cabíveis.

Providencie-se a inscrição da presente decisão, **independente do trânsito em julgado**, no Registro de Imóveis, na forma de hipoteca judiciária, sobre os bens do réu, nos termos da condenação. Os custos da referida inscrição serão todos da reclamada.

Concede-se à reclamante os benefícios da justiça gratuita, nos termos da fundamentação.

Custas a cargo da reclamada, calculadas sobre o valor da condenação, ora arbitrado em R\$ 2.050.000,00, no importe de R\$ 41.000,00 (art. 789, *caput*, da CLT).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se as partes.

Marcelo Azevedo Chamone

Juiz do Trabalho Substituto

27ª Vara do Trabalho de Porto Alegre – RS

Processo: 0021439-62.2014.5.04.0027 — Reclamação Trabalhista

Reclamante: Joanna Monteiro

Reclamada: Banco do Brasil S.A.

Relatório dispensado pelo art. 852-I da CLT.

Decido:

1. Diferenças de bolsa estágio. Diferenças de recesso remunerado

Pretende a reclamante o pagamento de diferenças de bolsa estágio e de recesso remunerado pela aplicação das disposições contidas nas convenções coletivas de trabalho (CCT) próprias dos bancários, que preveem estipulação em favor dos estagiários.

A reclamada defende-se ao argumento de que as cláusulas segunda e terceira das CCTs, invocadas pela reclamante, não lhe são exigíveis, pois os acordos coletivos de trabalho (ACTs) estipulam expressamente sua não aplicação.

Por definição, os entes sindicais da categoria profissional dos bancários detêm poderes de representação apenas dos trabalhadores empregados — ou seja, não representam os trabalhadores estagiários.

No entanto, nada impede que, em ajuste com os entes sindicais da categoria profissional ou diretamente com os bancos, a categoria dos bancários empregados estipule benefício em favor dos trabalhadores estagiários.

Tal estipulação em favor de terceiro não integrante do ajuste é regulada pelos arts. 436 e seguintes do Código Civil, que reproduzo a seguir:

Art. 436. O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação.

Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigi-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438.

Art. 437. Se ao terceiro, em favor de quem se fez o contrato, se deixar o direito de reclamar-lhe a execução, *não poderá o estipulante exonerar o devedor.* (grifei)

Art. 438. O estipulante pode reservar-se o direito de substituir o terceiro designado no contrato, independentemente da sua anuência e da do outro contratante.

Parágrafo único. A substituição pode ser feita por ato entre vivos ou por disposição de última vontade.

O art. 437 é claro ao posicionar o terceiro em favor de quem se estipula (estagiário) na condição de detentor de direito subjetivo em face do devedor (banco).

Em outras palavras: feito o ajuste entre os trabalhadores bancários empregados e bancos em favor dos estagiários por meio de CCT, não é dado aos estipulantes o direito de, posteriormente, por qualquer meio que seja (inclusive ACT), exonerar os bancos da obrigação assumida perante os estagiários.

E não se diga que os estagiários não receberam pela CCT o direito de reclamar a execução das estipulações em seu favor. Pela própria natureza das CCTs, é evidente que as obrigações ali estipuladas têm aplicabilidade

imediate e são geradoras de direitos subjetivos aos beneficiários.

Assim, por aplicação expressa do art. 437 do Código Civil, considero inválida a disposição dos ACTs que pretende exonerar os bancos das suas obrigações quanto aos estagiários no que toca aos pisos salariais, por não contar com a anuência destes.

Não há falar em aplicação de teoria do conglobamento, pois não se está diante de conflito aparente de dois conjuntos de normas que regulam relações entre as mesmas partes — como seria no caso do confronto entre CCTs e ACTs a respeito das disposições referentes aos bancários empregados. Na hipótese presente, em que, simplesmente, há uma estipulação em favor de terceiro posteriormente revogada pelos estipulantes, o conglobamento simplesmente não tem lugar, por absolutamente incompatível. Afinal, não há o segundo conjunto de normas para fins de comparação — há a estipulação inicial em favor dos estagiários e, depois, não há nada.

Por todo o exposto, condeno a reclamada ao pagamento de diferenças de bolsa-estágio e de recesso remunerado fruído no valor total de R\$ 15.082,88, nos termos da memória de cálculo do ID 63e8ade.

O vale-transporte e o vale-refeição recebidos pela reclamante não têm a mesma natureza da bolsa de estágio, pelo que é indevida qualquer compensação. Além da presente questão, não foi apresentada na contestação qualquer outra impugnação aos valores líquidos postulados na inicial (nem mesmo quanto à carga horária e proporcionalidade), pelo que os considero corretos.

2. Ofício ao Ministério Público do Trabalho

O descumprimento da obrigação de realizar o pagamento correto das bolsas aos estagiários revela conduta da reclamada inserida na sua administração de pessoal (ao contrário de

uma medida direcionada pessoalmente à parte autora), o que pode dar ensejo ao ajuizamento de ação civil pública pelo MPT.

Assim, em cumprimento ao dever que me é imposto pelo art. 7º da Lei n. 7.347/85, determino a expedição, de imediato, de ofício ao MPT com cópia da presente decisão.

3. Compensação

Não há nos autos prova de que a reclamada seja credora da reclamante, pelo que, com fundamento no art. 368 do Código Civil, não reconheço a existência de compensação. Saliento, entretanto, que o abatimento dos valores já satisfeitos foi determinado quando aplicável, conforme os fundamentos acima expostos.

4. Natureza das parcelas

Em obediência ao disposto no § 3º do art. 832 da CLT, declaro que detêm natureza indenizatória para fins previdenciários as parcelas pretendidas.

5. Descontos fiscais

Por ocasião do pagamento, deverá ser realizada a retenção do imposto de renda devido de acordo com as regras vigentes à época da liberação dos valores.

6. Atualização monetária e juros

O valor é líquido e deve ser atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora de 1% ao mês *pro rata* a partir do ajuizamento, ressalvada hipótese de alteração legislativa a respeito posterior à presente decisão.

7. Assistência judiciária gratuita. Honorários advocatícios

A parte reclamante declarou que não possui condições financeiras de arcar com as despesas processuais sem prejuízo do seu sustento e de sua família, razão pela qual lhe defiro o benefício da assistência judiciária gratuita.

Considerando que não se trata de lide decorrente da relação de emprego, condeno a

parte reclamada ao pagamento de honorários advocatícios de 15% sobre o valor da condenação — R\$ 2.262,43, atualizáveis e acrescíveis de juros como o principal.

Por todo o exposto, julgo **PROCEDENTES** os pedidos formulados por **JOANNA MONTEIRO** em face de **BANCO DO BRASIL S.A.** para condenar a reclamada a pagar à parte autora:

a) diferenças de bolsa-estágio e de recesso remunerado fruído no valor total de R\$ 15.082,88.

Autorizo a retenção de imposto de renda, na forma da fundamentação, a ser calculado pela Secretaria.

O valor é líquido e deve ser atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora de 1% ao mês *pro rata* a partir do ajuizamento,

ressalvada hipótese de alteração legislativa a respeito posterior à presente decisão.

Custas pela reclamada de R\$ 301,66 calculadas sobre o valor da condenação de R\$ 15.082,88, atualizáveis.

Defiro à parte reclamante o benefício da assistência judiciária gratuita.

Honorários advocatícios de 15% sobre o valor da condenação — R\$ 2.262,43, atualizáveis e acrescíveis de juros como o principal.

Determino a expedição, de imediato, de ofício ao MPT com cópia da presente decisão.

Intimem-se as partes.

Transitada em julgado, cite-se.

Em 28.1.2015.

Felipe Lopes Soares

Juiz do Trabalho Substituto

Vara do Trabalho de Santana do Ipanema – AL

Processo: RTOrd 0000488-34.2014.5.19.0058

Sentença de Conhecimento em Reclamação Trabalhista

I – RELATÓRIO

IVANILDA SOUTO DE BRITO, parte qualificada nos autos, ajuizou reclamatória trabalhista em face de COMPANHIA ALAGOANA DE RECURSOS HUMANOS E PATRIMONIAIS e ESTADO DE ALAGOAS, pleiteando as verbas correspondentes aos pedidos mediatos constantes de sua petição inicial, conforme argumentos de fato e de direito ali aduzidos. Regular e validamente notificada(s), a(s) parte(s) reclamada(s) compareceu(ram) à audiência designada, oportunidade de apresentação da defesa.

Alçada fixada. Procedeu-se à regular instrução probatória. Foram produzidas as modalidades de provas necessárias (**documental, oral**). Encerrada a fase instrutória do processo, emitiram-se razões finais de conteúdo reiterativo. Tendo em vista que as duas tentativas obrigatórias de conciliação não tiveram sucesso, vieram os autos a este juízo para julgamento. É o sucinto relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DE ESTADO DE ALAGOAS

A matéria já foi analisada por este magistrado e pelo E. TRT da 19ª Região em inúmeros processos, tratando-se de questão exclusivamente de direito. A CARHP foi instituída por Lei, com finalidade de enxugar a máquina administrativa da administração indireta do Estado, não possuindo autonomia financeira, sendo

seus recursos provenientes da conta única do Estado de Alagoas.

Foi criada por conta de ajuste fiscal, sendo administrada pela *Coordenação do Programa de Reforma e Ajuste Fiscal*, possuindo esta coordenação *status* de Secretaria de Estado, nos termos do parágrafo único do art. 61, da Lei n. 6.145/00.

Assim, temos que houve impropriedade na criação da CARHP como sociedade de economia mista. A finalidade teria sido impor-lhe uma personalidade de direito privado que não se sustenta sob qualquer prisma.

Sociedade de economia mista, segundo Hely Lopes Meirelles é definida assim:

“será toda aquela que contar com a participação ativa do Estado e do particular no seu capital ou na sua direção, vale dizer, na sua economia interna. Como pessoa jurídica privada, a sociedade de economia mista deve realizar em seu nome, por sua conta e risco, atividades de utilidade pública, mas de natureza técnica, industrial ou econômica, suscetíveis de produzir renda e lucro, que o Estado tem interesse na sua execução, mas que reputa inconveniente ou inoportuno ele próprio realizar e, por isso, outorga ou delega a uma organização empresarial privada, com sua participação no capital e na direção da empresa, tornando-a mista e fomentando-a na sua criação e desenvolvimento.” (Direito Administrativo Brasileiro)

As sociedades de economia mista são, portanto, criadas para desenvolver atividades econômicas de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços com autonomia financeira.

No caso dos autos, o Estado de Alagoas é o único acionista, não se reconhecendo outros sócios. Assim, não há ofensa aos arts. 37 e 173, inciso II, § 1º, da CF/88. O Estado de Alagoas é responsável subsidiariamente pelo cumprimento das obrigações trabalhistas da ré para com seus empregados. É certo que as sociedades de economia mista não estão sujeitas à falência, mas seus bens são penhoráveis e executáveis, respondendo a pessoa controladora subsidiariamente por suas obrigações.

Nesse sentido, também, a ementa a seguir transcrita:

AGRAVO DE PETIÇÃO — SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA — RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO RECONHECIDA NA FASE DE EXECUÇÃO — IMPROVIMENTO

1. Tendo a sociedade de economia mista participado da relação processual, com ciência de todos os atos processuais, não cabe ao ente público alegar que seu chamamento para compor a relação processual, na fase de execução, fere os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, posto que como acionista majoritário daquela sociedade tem o dever de acompanhar a situação dos entes paraestatais, a fim de garantir a regularidade da gestão do patrimônio público.

2. Insolvente a sociedade de economia mista transformada em empresa pública, cabe ao ente público que a instituiu suportar o ônus decorrente de condenação judicial, visto que patente a responsabilidade subsidiária deste, consoante previsão do art. 592, inciso II, do Código de Processo Civil. 3. Recurso não provido. (TRT 21ª R. – AP 01504-2005-921-21-00-0 – (57.928) – Rel. Juiz Bento Herculanino Duarte Neto – DJRN 1º.2.2006) (Ementas no mesmo sentido) JCPC.592 e JCPC.592.II.

Além disso, não há nada que inviabilize a responsabilidade subsidiária, *no aspecto*

patrimonial, supletiva, do cumprimento de obrigações de fazer personalíssimas, estas sim a cargo da reclamada principal.

Não se vislumbra impossibilidade do litisconsórcio passivo, nos termos do art. 46, *caput*, e incisos, do CPC, uma vez que o caso se subsume, em última análise, à hipótese do art. 9º da CLT. Além disso, a própria fixação do Estado de Alagoas na fase de conhecimento o beneficia, pois pode, ainda em sede de instrução, questionar aspectos meritórios não especificamente relacionados à responsabilidade (*die Haftung*).

Preliminar rejeitada.

2. MÉRITO

Antes de qualquer exame, esclarece-se que a procedência ou não das pretensões depende das provas produzidas pelas partes nos autos. A lide será examinada e decidida à luz das normas aplicáveis ao caso concreto, sempre sob a perspectiva precípua do Direito Constitucional, conforme a *melhor doutrina e jurisprudência* e de acordo com o contido no art. 131 do CPC c/c art. 769 da CLT [Livre Convencimento Fundamentado]. A esse propósito, o Juízo busca também, em cumprimento aos mandados constitucionais, ater-se aos princípios da proporcionalidade (avaliação de custos e benefícios em conflitos com normas ou princípios jurídicos) e da razoabilidade (natural previsibilidade decorrente da boa-fé objetiva que deve ser inerente aos contratos e relações jurídicas, inclusive processuais, com suas justas expectativas, em contraste com eventual abuso de poderes processuais).

2.1. DA ESTABILIDADE SINDICAL — DA REINTEGRAÇÃO — ANTECIPAÇÃO DE TUTELA — PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS — INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS — HONORÁRIOS SINDICAIS

A antecipação de tutela foi devidamente cumprida, conforme r. despacho de ID (b82d377

– Pág. 1), não havendo notícia na última audiência de que estivesse sendo descumprida:

Em uma rápida análise da petição inicial e da vasta documentação que acompanhou a mesma (315 laudas), como a situação requer, depreende-se que a parte autora é dirigente sindical e realmente detentora da respectiva estabilidade. Então a mesma não poderia ser demitida, sem observância da sua condição de estável. Assim, considerando os termos do art. 8º, inciso VIII, da Constituição Brasileira, bem como da Consolidação das Leis Trabalhistas, especialmente o seu art. 543, inicialmente, DEFERE-SE A REINTEGRAÇÃO pleiteada, vez que assim resguardam-se os direitos da própria trabalhadora, dirigente sindical, mais especificamente ainda o da sua categoria, que é ter sua dirigente em atuação, além de não causar prejuízo algum à empresa, sua empregadora, que usufruía da prestação dos serviços da autora. Com urgência, EXPEÇA-SE o mandado de reintegração da autora, que deverá continuar a desenvolver as mesmas atividades anteriores à demissão. Via DEJT e advogado, intime-se a parte reclamante para comparecer ao seu anterior local de trabalho, devendo, antes, entrar e contato com a senhora Oficiala de Justiça deste juízo para agendar a data e o horário do seu comparecimento para cumprimento do ato reintegratório. Citem-se a parte reclamada CARHP, POR VIA POSTAL, e a parte reclamada ESTADO de Alagoas, POR OFICIAL DE JUSTIÇA E CARTA PRECATÓRIA, para apresentarem as respectivas defesas, na audiência já designada. Santana do Ipanema, Alagoas, quarta-feira, 25 de junho de 2014. LUCIANA ESPÍRITO SANTO SILVEIRA, Juíza do Trabalho

Resta, portanto, manter ou revogar a decisão, e não mais, o que é objeto desta sentença.

A matéria, apesar do enorme volume das petições e documentos repetidos, é de fácil solução. A autora pede sua reintegração definitiva por vários argumentos cumulativos e independentes. Alguns devem ser rechaçados de início, por falta de amparo legal e por estes se começa a fundamentação.

No que se refere à necessidade de dispensa fundamentada, por a ré se tratar de sociedade de economia mista, a jurisprudência do E. STF [mais especificamente o RE n. 589.998-5] não se aplica ao caso concreto, *porquanto ela não foi admitida mediante concurso público*.

No que tange à CIT n. 158 da OIT, o *Presidente da República a denunciou, não vigorando mais no Brasil*, de forma que também por esse motivo inexistente possibilidade de reintegração. Ainda que o tema ainda esteja em debate no E. STF, o fato é que na ordem jurídica ela deixou de gerar efeitos, pelo menos até que surja posicionamento da nossa Corte Constitucional em sentido contrário.

Por fim, a estabilidade constitucional para quem já estava no serviço público até cinco anos antes da promulgação da CF/88 [art. 19 do ADCT], mesmo sem prévio concurso, *não aproveita a autora, porque ela não era servidora pública, mas empregada pública, sujeita ao regime da CLT de uma sociedade de economia mista*.

Restam então duas linhas de argumentos, que são analisadas em seguida:

- a) estabilidade de dirigente sindical e prática de atos antissindiciais por parte da ré; e
- b) inobservância dos critérios que a reclamada se autoimpôs para dispensas imotivadas.

No primeiro aspecto, a autora alega que é dirigente sindical atuante em defesa da respectiva categoria profissional, cujas causas dizem respeito, por exemplo, a exigir que as dispensas imotivadas somente ocorram mediante o pagamento das verbas resilitórias, bem como a luta para regularizar os depósitos de FGTS, invariavelmente em atraso e outras.

A atitude da empresa teria violado o contido nas Súmulas ns. 369 e 379 do C. TST:

SÚM. 369 – DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item I alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.9.2012)

I – É assegurada a estabilidade provisória ao empregado dirigente sindical, ainda que a comunicação do registro da candidatura ou da eleição e da posse seja realizada fora do prazo previsto no art. 543, § 5º, da CLT, desde que a ciência ao empregador, por qualquer meio, ocorra na vigência do contrato de trabalho.

II – O art. 522 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Fica limitada, assim, a estabilidade a que alude o art. 543, § 3º, da CLT a sete dirigentes sindicais e igual número de suplentes.

III – O empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente.

IV – Havendo extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato, não há razão para subsistir a estabilidade.

V – O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso-prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho. [DN]

SÚM. 379 – DIRIGENTE SINDICAL. DESPEDIDA. FALTA GRAVE. INQUÉRITO JUDICIAL. NECESSIDADE (conversão da Orientação Jurisprudencial n. 114 da SBDI-1) – Res. n. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.4.2005 O dirigente sindical somente poderá ser dispensado por falta grave mediante a apuração em inquérito judicial, inteligência dos arts. 494 e 543, § 3º, da CLT.

Assim sendo, teria havido violação dos arts. 8º, incisos I e VIII, da CF/88, não tendo sido ainda observado o comando contido no art. 543 da CLT. Não obstante todos esses argumentos, a dispensa imotivada teria operado em 20.3.2014.

A autora aduziu ainda que sua estabilidade provisória fora suficientemente demonstrada, conforme documentos juntados (atas de posse e ofício de comunicado de estáveis, n. 049/2013, de 8.11.2013, em data anterior ao desligamento). Completou:

Assim a empregadora não poderia arguir falta de ciência para a estabilidade pretendida, vez que a comunicação, deu-se em DATA ANTERIOR ÀS DISPENSAS, desde 2011 com o registro da candidatura, e termo de posse, e em ofício específico em novembro de 2013. O ato do empregador foi de represaria para enfraquecer a ação sindical que busca compelir a reclamada no integral pagamento de valores a título de verbas rescisórias e de FGTS para toda a categoria é ver a r. sentença do processo 1.437-2011, da 6ª Vara.

O documento de ID d032ca6 – Pág. 5, evidencia a posse da demandante, como Diretora Regional do Sertão no mandato 2011/2013, fato incontroverso.

O documento de ID Núm. 930926 – Pág. 6, é comunicação ao empregador, de protocolo e 1º.11.2011, no sentido de que toda a diretoria eleita para o triênio 2011/2013 estaria contemplada com a estabilidade sindical constitucional.

No documento de ID d032ca6 – Pág. 1 consta ofício de 26.2.2014, endereçado ao Presidente da CARHP, comunicando a relação de 14 (quatorze) diretores detentores da estabilidade sindical, inclusive eleitos, para o mandato 2014/2016. Dentre estes, não se encontra a reclamante, Ivanilda Souto de Brito.

No documento de ID 930926 – Pág. 10, referente à ata de posse para o mandato 2014/2016, datada de 2.1.2014, a autora consta como 2ª Suplente do Conselho Fiscal, portanto, fora da Diretoria.

O documento de ID 930926 – Pág. 3, datado de 8.11.2013, com protocolo da mesma data na Reclamada informou que a autora era uma das titulares estáveis na Diretoria, num total de sete, acompanhados de outros sete suplentes, de forma que sua estabilidade deveria seguir até um ano depois de expirado seu mandato, ou seja, até o final de 2014.

O Estado de Alagoas basicamente defende sua ilegitimidade passiva. Já a reclamada, na

sua contestação, formulou algumas teses, que devem ser enfrentadas quanto a este tópico.

A primeira linha de argumentação trata de suposta incongruência entre o pleito de registro de quais empregados seriam detentores de estabilidade, em tese, e quais os que não seriam, sobretudo com base no estatuto da própria entidade sindical.

Na sua linha de raciocínio, a entidade sindical não teria observado seu próprio estatuto, que determinava, no art. 3º, as funções da sua Diretoria Administrativa, composta por *dez titulares hierarquizados*:

Art. 23º Compete a DA1:

A DA é o órgão executivo do Sindicato é composta de 10 (dez) membros, todos titulares hierarquizados, sendo eleitos para um mandato de 03 (anos) juntamente com as DR2 e CF3, pelo voto direto e secreto dos associados em pleno gozo de seus direitos estatutários.

Art. 24º São os seguintes cargos que compõem a DA:

I – Presidente;

II – Vice-Presidente;

III – 1º Secretário;

IV – 2º Secretário;

V – 3º Secretário;

VI – 1º Tesoureiro;

VII – 2º Tesoureiro;

VIII – 3º Tesoureiro;

IX – Secretário de Políticas Sindicais;

X – Secretário de Comunicação.

A seu ver, portanto, a Diretora Regional do Sertão não pertenceria à Diretoria Administrativa, de forma que apenas sete daqueles dez poderiam se situar na previsão restrita do art. 522 da CLT, encarregados de “administrar” o sindicato, o que não poderia ser estendido a outros diretores:

Art. 522, CLT. A administração do sindicato será exercida por uma diretoria constituída no máximo de sete e no mínimo de três membros e de um Conselho Fiscal composto

de três membros, eleitos esses órgãos pela Assembleia Geral. (DN)

Assim, as diretorias regionais não teriam poder de negociar ou defender os interesses da categoria perante os poderes públicos ou empregadores. Também nesse sentido, o art. 40 do Estatuto estabeleceria as funções dos Diretores Regionais: *executar e fazer cumprir todas as tarefas definidas pela “Diretora Administrativa” e pelo “Conselho Deliberativo”*.

Além disso, as atribuições da Diretoria Administrativa estariam claramente expostas nos arts. 27 e 28 do Estatuto: *a) administrar o Sindicato; b) representar e defender os interesses dos associados perante os poderes públicos; c) elaborar, estudar e aprovar: planos, projetos, relatórios, orçamentos, e outros para as atividades da entidade; d) criar órgãos, núcleos, departamentos e assessorias técnicas que se façam necessárias ao bom desempenho do Sindicato; e) contratar e dispensar funcionários; e) e outras diversas.*

Por fim, o art. 113 do Estatuto disporia que os membros da “Diretoria Administrativa” respondem, em caso de excesso de suas atribuições, subsidiariamente, pelos encargos e obrigações assumidas pelo Sindicato, deixando aqueles membros em destaque.

Ao fim e ao cabo, conclui que a autora não era detentora de estabilidade no período 2011/2013, porque não componente da respectiva Diretoria Administrativa. Nesse sentido, teria sido absolutamente lícita sua dispensa.

As teses de ambas as partes foram bem explicitadas em suas peças postulatórias. No entanto, a questão diz respeito mesmo ao conceito de *independência sindical*, à organização prática de uma entidade envolvida em lutas pelos trabalhadores a quem representa, as quais podem apresentar peculiaridades em cada situação concreta.

Observando-se a hierarquia normativa aceita, há de se analisar o caso a partir do disposto no art. 8º, inciso I, da CF/88:

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

I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; [DN]

De logo, se depreende que o constituinte optou por conceder ampla autonomia às entidades sindicais, em relação ao poder público, em contraste com a ordem anterior. A interferência ou intervenção de poderes privados, de empregadores não é prevista na Constituição por razões de ordem lógica: é da natureza sindical que exista um padrão de oposição de classes, cuja consequência natural deve ser a independência recíproca.

Essa independência se perfaz de várias maneiras, e uma delas é pela forma de sua organização interna, pelas escolhas axiológicas que sua existência dinâmica vai promover ao longo das suas lutas, da sua História. Tal processo obedece a movimentos de sístole e diástole, ora ao sabor dos ciclos econômicos do capitalismo, ora de acordo com o momento político. Há sempre um núcleo intangível de opções que a representação coletiva faz, balizando-se nas contingências do momento, assim como nas demandas que o corpo social representado apresenta.

É nesse sentido que se deve analisar a incidência da Convenção Internacional do Trabalho (CIT) n. 135 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Como se sabe, as CIT da OIT possuem natureza jurídica de Tratados Internacionais de Direitos Humanos. A jurisprudência do E. STF, no âmbito do *Habeas Corpus* HC/87585 — TO, tendo como Ministro Relator Marco Aurélio, ocorrido em 3 de dezembro de 2010, foi clara, ao entender que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH) detinham *status* privilegiado, de *norma supralegal*, ou seja, acima das Leis Ordinárias, como a CLT, por exemplo. A ementa do julgamento é elucidativa por si mesma e

evidencia a alteração radical na jurisprudência da Corte Constitucional:

DEPOSITÁRIO INFIEL — PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.

Assim, antes mesmo de adentrarmos à análise dos contornos jurídicos do art. 522 da CLT, é necessário verificar o que estabelece norma hierárquica superior, contida no art. 1º da CIT n. 135 da OIT, a qual trata de representantes de empregados nas empresas:

Art. 1º Os representantes dos trabalhadores na empresa devem ser beneficiados com uma proteção eficiente contra quaisquer medidas que poderiam vir a prejudicá-los, inclusive o licenciamento, e que seriam motivadas por sua qualidade ou suas atividades como representantes dos trabalhadores, sua filiação sindical, ou participação em atividades sindicais, conquanto ajam de acordo com as leis, convenções coletivas ou outros arranjos convencionais vigorando. [DN]

Há dois núcleos que dizem respeito ao caso concreto: a identificação da proteção de direito do representante dos empregados na empresa [*a reclamante se enquadra nesse perfil*] e a impossibilidade de estes serem prejudicados por motivo de sua qualidade ou sua atividade como representante dos trabalhadores [*a qualidade de Diretora Regional do Sertão não poderia ser argumento para excluí-la da proteção contida na estabilidade sindical*]. Ora, se tais garantias são inerentes aos representantes de empregados por empresa, com muito mais razão são aplicáveis aos próprios dirigentes sindicais.

É chegado o tempo [*e com que atraso*] de se aplicar as Normas Internacionais do Trabalho aos conflitos trabalhistas quotidianos, sob a perspectiva dos objetivos constitucionais. A jurisprudência do E. STF a respeito dos TIDH não permite mais que a leitura da CLT seja feita para além de normas de hierarquia superior

[*supralegais*], como são as CIT, sob pena de grave quebra da hierarquia normativa, em desrespeito à própria jurisprudência do E. STF.

Houve em alguns sindicatos, no passado, abusos quanto à fixação de diretores beneficiados com a respectiva estabilidade provisória, no que se refere ao número destes. A doutrina e a jurisprudência cuidaram de fixar a limitação já descrita no art. 522 da CLT. Ainda que ressaltando ponto de vista em contrário, este Juízo, por coerência, também segue a matéria como pacificada pelo E. STF, no particular.

A delimitação numérica dos detentores de estabilidade sindical provisória, contudo, não se confunde com a *delimitação substancial ou qualitativa de quais dirigentes sindicais devem ser estáveis*. O art. 522 da CLT, já transcrito, prescreve que exista “uma diretoria” escolhida, a qual detém tal prerrogativa. No entanto, esse Artigo deve ser entendido dentro da ontologia de sua origem, quando o Estado determinava a composição sindical, interferindo diretamente nesta. A evolução do sindicalismo pós-1988 trouxe outros paradigmas.

No caso do sindicato da reclamante, sua área de atuação diz respeito ao “Setor Público e Ambiental de Alagoas”. Embora a sede do sindicato seja no Bairro do Jaraguá, em Maceió (AL), o foco de sua atividade de classe é a zona rural. Originalmente, essa divisão da ré constituía a EMATER — Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural de Alagoas, cuja área de atuação era obviamente os setores rurais. Ora, o Sertão de Alagoas é dentre as três regiões (Zona da Mata, Agreste e Sertão) aquela em que por excelência prevalece a região rural. As áreas urbanas são mínimas nesta parte de Alagoas. Então se pergunta: O que seria mais importante para a categoria profissional? O 1º Tesoureiro em Maceió, ou a Diretora Regional do Sertão? Onde o trabalho desses empregados, em última análise oriundos da Emater, seriam mais necessários e a demanda social mais sensível? Finalmente, a quem caberia escolher quais seriam os diretores estáveis? A resposta opera em favor da tese da reclamante.

Já foi observado que, quando o Estado determinava a forma de organização sindical as diretorias teriam apenas sete diretores mais os respectivos suplentes. No entanto, com toda a nova complexidade das relações de trabalho, refletidas no Direito Coletivo do Trabalho, essa rigidez perdeu seu sentido. Com isso, a noção estática e rígida de uma “diretoria administrativa” centralizadora perdeu sua razão de ser. Os sindicatos se livraram das amarras do Ministério do Trabalho e Emprego e adquiriram a possibilidade de se autogerirem, com a independência sempre preconizada pelo Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho, num evidente avanço civilizatório.

A única resposta possível para o debate em questão nos parece, então esta: *é o próprio sindicato que estabelece quais os diretores serão beneficiários do direito à estabilidade no emprego*. Quando menos porque esse direito não é um dever, e, se a entidade sindical entendeu que outro diretor seria estável, que não algum da “diretoria administrativa” [não havendo contraordem de algum integrante da própria diretoria administrativa], que legitimidade tem o empregador para dizer que não concorda? Esse tipo de intervenção é simplesmente inadmissível.

Dessa maneira, diversamente do que contido na defesa, o sindicato não abusou de direito, mas o exerceu em sua plenitude. Curiosamente, a empresa refere [corretamente] o fato [concreto] de o sindicato ter demorado a informar quais seriam os dirigentes estáveis, mas não diz que *ela também poderia ter [no mesmo período] provocado a Justiça do Trabalho, através de ação declaratória, na forma do art. 4º, inciso I, do CPC c/c art. 769 da CLT, coagindo judicialmente o sindicato para que informasse quais seriam os detentores da estabilidade sindical*.

A melhor doutrina em **Direito Coletivo do Trabalho** aponta no sentido da nossa conclusão, conforme lição de José Cláudio Monteiro de Brito Filho:

Devemos iniciar este item apresentando uma definição do que seja liberdade sindical, que, para nós, consiste no direito de trabalhadores (em sentido genérico) e empregadores de constituir as organizações sindicais que reputarem convenientes, **na forma que desejarem, ditando suas regras de funcionamento e ações que devam se empreendidas**, podendo nelas ingressar ou não, permanecendo enquanto for sua vontade. (SCAFF, 1999, *apud* BRITO FILHO, 2000, p. 85, DN.)⁽¹⁾

No mesmo sentido, Marcos Abílio Domingues salienta a liberdade de organização interna do sindicato, em sintonia com as demandas que lhe são peculiares, em cada realidade específica:

A Convenção n. 135 da OIT reconhece o direito de garantias especiais aos representantes dos trabalhadores na empresa. **Estas garantias incluem a proteção contra a despedida arbitrária e outras que facilitem o desempenho das funções de representação sindical.** Mencionada Convenção prevê no art. 1º, *in verbis*: “os representantes dos trabalhadores na empresa deverão gozar de proteção eficaz contra todo ato que possa prejudicá-los, incluindo a despedida por razão de sua condição de representante dos trabalhadores, de suas atividades como tal, de sua filiação a sindicato, ou de sua participação na atividade sindical, sempre que esses representantes atuem conforme as leis, contratos coletivos e outros acordos em vigor” (DOMINGUES, 2000, p. 46, DN).

Em sede de Direito Internacional do Trabalho, se destaca o ensinamento de Cristiane Rozicki:

O princípio da liberdade sindical, seu conteúdo e sua eficácia, explica Gino Giugni,

evoca o princípio de atividade sindical, que significa “[...] **reconhecer a possibilidade de colocar em ação todos os comportamentos voltados para tornar efetiva [...] a organização.** De acordo com esta interpretação oferecida, a liberdade de atividade sindical pode assumir vários aspectos, dentre os quais Giugni distingue a auto-organização do grupo de pessoas, a atividade conflitual direta conhecida por autotutela, todos os tipos de negociação coletiva e o conjunto de atividades conhecido por **representação de interesses**” (GIUGNI, 1991, p. 57, *apud* ROZICKI, 1998, p. 108, DN)⁽²⁾.

E Arnaldo Sússekkind aponta na mesma direção, ao salientar que a organização interna do sindicato é prerrogativa deste:

[...] o direito de elaborar seus *estatutos e regulamentos administrativos*, regular as *eleições* para os seus órgãos e, bem assim, o de organizar a respectiva *administração* e suas *atividades*. Cabe, portanto, ao grupo de trabalhadores ou de empregadores dimensionar a correspondente representação e dispor sobre a estrutura administrativa, a competência dos seus órgãos, o funcionamento dos serviços e atividades a **empreender** (SÜSSEKIND, 2000, p. 332, grifos no original.)⁽³⁾

Ora, conquanto a defesa da ré tenha, de maneira bastante criteriosa, analisado vários aspectos do estatuto do sindicato, o fato é que inexistia qualquer dispositivo indicando que “apenas os diretores administrativos” fossem detentores da estabilidade sindical.

Após reiteradas leituras, não conseguimos localizar uma tal norma, o que demonstra um campo aberto para que a própria entidade sindical determinasse, *quais seriam os diretores estáveis em cada mandato*.

(1) BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito sindical*. Análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do direito comparado e da doutrina da OIT: a proposta de inserção da comissão de empresa. São Paulo: LTr, 2000.

(2) ROZICKI, Cristiane. *Liberdade sindical consoante o direito internacional do trabalho*: a OIT, o mundo e o Brasil. São Paulo: LTr, 1998.

(3) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000.

Vale repetir: a evolução do sindicato permitiu que as diretorias fossem compostas por mais de sete indivíduos, sem limite, cabendo à entidade, aí sim, na forma e prazo legais, informar quais dentre eles serão os estáveis. E isso foi feito, como veremos mais adiante. *Em definitivo: não é a interpretação da ré sobre o estatuto que estabeleceria quais os diretores seriam considerados estáveis*, mas escolha independente da entidade sindical, já liberta de boa parte das amarras estatais anteriores à CF/88.

Por fim, a reclamante foi eleita diretamente pela categoria, como diretora, ainda que com o complemento “Regional do Sertão”, que parece existir há bastante tempo. A região sertaneja, por ser a mais distante da capital, por vezes permaneceu esquecida, ou pouco atendida e até mesmo ignorada pelos serviços públicos, por representantes políticos ou sindicais etc. os quais usualmente permanecem na capital.

Essa é uma realidade pública e notória, que exige medidas inclusive de compensação, para redução das desigualdades sociais por parte da República [composta por Estado e sociedade], conforme disposto no art. 3º, inciso III da CF/88:

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

[...]

III – erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais e regionais**; [DN]

Esse cenário, frequentemente, é aguçado pelos escassos recursos para deslocamentos que as entidades sindicais, que atuam em todo o Estado, dispõem para o atendimento *in loco* dos sindicalizados. Neste sentido, a representatividade sindical dentro da região pode beneficiar todos os trabalhadores sindicalizados, tendo sido criada coletivamente pelos mesmos para suprir certo abandono territorial a que são historicamente relegados. Ora, há de se avaliar se regionalmente a trabalhadora em questão exercia função política sindical e nos parece que ela era o elo essencial entre os

trabalhadores e a entidade sindical, na vasta região abrangida por sua diretoria.

Ante o exposto, rejeita-se a tese de que a reclamante não deteria a estabilidade sindical prevista no art. 8º, inciso VIII da CF/88, por não integrar a “diretoria executiva”.

Na outra linha de argumentação, a reclamada principal alega que não foi cientificada da escolha dos diretores estáveis. De fato, numa primeira comunicação o sindicato errou, por não discriminar os estáveis, encaminhando apenas a relação de dirigentes eleitos. Mais adiante, errou novamente, ao estabelecer uma relação de quatorze diretores, sem explicitar sete titulares e sete suplentes.

Porém, finalmente, como disposto no documento de ID 930926 – Pág. 3, datado de 8.11.2013, com protocolo da mesma data, a reclamada foi expressamente informada que a autora era uma das titulares estáveis na Diretoria, num total de sete, acompanhados de outros sete suplentes. Tal comunicação foi efetuada em 8.11.2013, portanto, bem antes da data da dispensa da autora, cujo aviso-prévio somente foi dado em 31.3.2014.

Em face disso, restou cumprido o disposto no inciso I da Súmula n. 369 do C. TST:

I – É assegurada a estabilidade provisória ao empregado dirigente sindical, ainda que a comunicação do registro da candidatura ou da eleição e da posse seja realizada fora do prazo previsto no art. 543, § 5º, da CLT, **desde que a ciência ao empregador, por qualquer meio, ocorra na vigência do contrato de trabalho**. [DN]

O sindicato, reconhece a doutrina, é entidade de natureza privada, e não mais pública, ou pelo menos não mais estatal. A escolha de quais dirigentes será estável visa, não obstante, a atender ao princípio da eficiência na sua administração, critério que não está autorizado a terceiros, muito menos o próprio empregador.

Passa-se à análise dos demais tópicos, os quais convergem para a impossibilidade de dispensa da parte autora. A reclamada estabeleceu

critérios autovinculantes de racionalidade para operar a dispensa de seus empregados, conforme as seguintes preferências objetivas. A medida segue racionalidade e prioriza empregados em certas situações, como lotados fora de suas instalações, aposentados ou que tenham direito à aposentadoria, PDV etc.:

- a) Demissão voluntária e pedido de qualquer empregado público, por motivo de ordem particular que queira se desvincular da Empresa;
- b) Demissão de empregados públicos com mais de 70 setenta anos de idade;
- c) Demissão de aposentados pela Previdência Social;
- d) Demissão de Empregado público que já possua tempo de aposentadoria;
- e) Demissão de empregados públicos que estejam sem lotação, após encaminhamentos e retornos, reiterados, sem adaptação nos Órgãos do Poder Executivo do Estado ou Entes Públicos conveniados;
- f) Demissão de empregados públicos sem lotação que depois de reiteradas convocações se mostram sem interesse em ocupar um posto de trabalho na sede da Companhia e/ou Entes Públicos conveniados;
- g) Demissão dos empregados públicos desta Companhia, oriundos das Empresas incorporadas, cujos cargos foram extintos no decurso do tempo, sem condição de readaptação, devido ao desvio de função nos termos do art. 2º, parágrafo único, inciso II, da Lei Estadual n. 7.309/2011;
- h) Demissão de outros empregados a serem analisados pela Diretoria Executiva da Companhia.

A autora negou fazer parte de qualquer uma dessas alíneas, e a reclamada não se desonerou do ônus probatório de que cumprira tal determinação, ou seja, que antes da dispensa da autora todos os empregados que atendessem a esses requisitos foram dispensados. Esse fato sinaliza mesmo que houve prática de ato

antissindical por parte da ré e em certa medida até legítima a escolha dos dirigentes estáveis como foi feita, tudo, repita-se, de acordo com o melhor exercício do direito fundamental à liberdade sindical, em atendimento da situação peculiar do sindicato.

A única exceção nesse tópico seria a possibilidade de a demandante ter idade para se aposentar, no entanto, também neste caso, a reclamada não demonstrou que todos os empregados, que estivessem insertos nesta condição, houvessem sido dispensados antes, sem ferir a estabilidade sindical da autora.

É de se ressaltar ainda que a atitude da reclamada ignorou o direito de escolha dos dirigentes sindicais estáveis, realizados pela entidade, no exercício mais legítimo de sua liberdade sindical, conforme orientado pelas Normas Internacionais do Trabalho. E, finalmente, um dirigente sindical é de certa forma uma pessoa pública, cuja imagem externa e honra interior se baseiam justamente no reconhecimento de suas prerrogativas diante de empregados e empregadores. Essa dimensão é duramente atingida, quando ocorre uma dispensa ilegal e aviltante de direitos fundamentais, como o da independência sindical.

Por essa tal compreensão dos fatos, ratifica-se a antecipação de tutela e condena-se a reclamada ao pagamento de salários vencidos e vincendos, até 31.12.2014, com acréscimo de férias + 1/3, 13º salário e depósitos de FGTS, assim como de indenização por danos morais, decorrentes de ato antissindical, ora fixada no importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), em favor da parte autora, tendo em vista o padecimento desta em decorrência de ausência parcial de salários, cujo fundo alimentar alicerça seu direito fundamental personalíssimo à existência e à vida, com dignidade.

Em face do exposto, também se condena a reclamada ao pagamento de honorários advocatícios no importe de 15% sobre o valor das parcelas vencidas e vincendas até a reintegração definitiva da autora, assim como da indenização por danos morais.

2.2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quanto a eventuais arguições de nulidade processual, formuladas em audiência instrutória ou noutros momentos processuais, este juízo ratifica os entendimentos então adotados, os quais constituem parte integrante desta sentença, para todos os efeitos processuais e legais.

Parcelas de natureza indenizatória: juros de mora⁽⁴⁾, indenização por danos morais⁽⁵⁾.

Parcelas remuneratórias: as demais verbas não mencionadas (salário de contribuição), devendo se proceder ao recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes (parcela do empregado) na forma do Provimento 001/96 da Corregedoria-Geral do TST e a parte demandada comprovar o correto recolhimento das parcelas do empregador e SAT, *sob pena de cumprimento da sentença, na parte previdenciária, de maneira forçada*. Para efeitos previdenciários, declara-se prejudicial e incidentalmente, na forma dos arts. 5º, 325 e 470 do CPC c/c art. 769 da CLT, que **o fato gerador das contribuições previdenciárias (parte do empregado) será o efetivo pagamento⁽⁶⁾. Deverá ser observado o teto de contribuição.**

(4) Conforme decidido pelo Órgão Especial do TST no processo ROAG 2110/1985. STJ: REsp n. 1.239.203.

(5) Súmula n. 498 do STJ: Não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais

(6) CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. FATO GERADOR. O fato gerador da contribuição previdenciária é o pagamento à pessoa física prestadora dos serviços, e não a data do início dessa prestação, consoante disposição contida no art. 195, inciso I, alínea "a", da Constituição. De se observar, também, que se tais importes decorrem de sentença prolatada em demanda trabalhista, condenatória ou homologatória de avença entre as partes, tem-se materializado o fato gerador a partir da disponibilização do pagamento daí advindo ao trabalhador. (TRT/SP – 02268200301302002 – AP – Ac. 2ª T. – 20090450161 – Rel. Luiz Carlos Gomes Godoi – DOE 19.6.2009); EXECUÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA PREVIDENCIÁRIA SOBRE O VALOR EFETIVAMENTE RECEBIDO. As contribuições previdenciárias somente podem incidir sobre os valores efetivamente recebidos a título de condenação ou de acordo, na forma do entendimento jurisprudencial constante da Súmula n. 368, inciso I, do C. TST, que foi recepcionada pela Lei n. 8.212/91, inclusive em sua atual redação, promovida pela Lei n. 11.941 de 27.5.2009. (TRT/SP – 00974002920085020462 – AP – Ac. 4ª T. – 20120193463 – Rel. PAULO AUGUSTO CAMARA – DOE 9.3.2012.)

Imposto sobre a Renda de Pessoa Física na forma da Lei Tributária, após dedução da contribuição previdenciária devida (parte do empregado), de acordo com os Provimentos n. 01/96, Consolidação dos Provimentos da Justiça do Trabalho e alterações posteriores, observando-se ainda, em relação especificamente aos recolhimentos previdenciários, o disposto nos §§ 1º-A, 1º-B, 3º e 4º, do art. 879 da CLT.

Ainda quanto ao IRPF devem ser observadas as regras constantes da Instrução Normativa 1.127/11 da Receita Federal do Brasil, através do regime de competência, bem como suas alterações posteriores, sobretudo quanto aos limites de isenção⁽⁷⁾⁽⁸⁾⁽⁹⁾.

(7) Apuração de tributo incidente sobre rendimentos de créditos trabalhistas dá-se conforme INs RFB ns. 1.127/2011 e 1.145/2011 – DOEletrônico 16.4.2013. Assim relatou a Desembargadora do Trabalho Mariangela de Campos Argento Muraro em acórdão da 2ª Turma do TRT da 2ª Região: "A concepção, desenvolvida sob a perspectiva do art. 46 da Lei n. 8.541/1992, impositivo da obrigatoriedade do recolhimento no momento em que o crédito se torna disponível ao beneficiário, impeditivo da observância do princípio da progressividade para cálculo do imposto de renda cedeu passo (v. a alteração, pelo Pleno, do item II da Súmula n. 368 do Colendo TST) por força da Medida Provisória n. 957 de 27.7.2010, convertida na Lei n. 12.350/2010, que introduziu o art. 12-A na Lei n. 7.713/1988, de forma que a apuração do tributo incidente sobre rendimentos relacionados com créditos obtidos em reclamatória trabalhista se dará com a observância das diretrizes estabelecidas nas Instruções Normativas RFB ns. 1.127/2011 e 1.145/2011." (Proc. 01434007220055020016 – Ac. 20130341082)

(8) Rendimentos recebidos acumuladamente, decorrentes de decisão proferida pela Justiça do Trabalho, deverão ser tributados considerando-se o regime de competência – DOEletrônico 29.7.2011 – Conforme decisão do Desembargador Marcelo Freire Gonçalves em acórdão da 12ª Turma do TRT da 2ª Região: "No caso *sub judice* o aumento da jornada de trabalho implicou em redução salarial. A irredutibilidade salarial é princípio norteador do Direito do Trabalho assegurado por preceito legal constitucional, inciso VI do art. 7º da Constituição Federal em vigor. Logo, o direito está assegurado por preceito de lei, situação em que a prescrição não é total mas apenas parcial, afetando somente as parcelas situadas fora do quinquênio que antecede à data da propositura do feito. Nesse contexto, a contagem prescricional incidente à espécie é a parcial, de forma que encontram-se fulminados apenas

os direitos relativos ao período anterior à 25/02/2010, correspondente ao quinquênio que retroage à data da distribuição da ação. APLICAÇÃO DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 1.127/2011 DA RECEITA FEDERAL AO CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA. Embora se reconheça que o recurso ordinário foi interposto antes da publicação da Instrução Normativa n. 1.127, de 7 de fevereiro de 2011, exarada pela Receita Federal, é certo que a sua aplicação deve ser realizada de imediato em face do tratamento mais benéfico dispensado pela União Federal ao contribuinte, uma vez que a tributação dos rendimentos recebidos acumuladamente geravam distorção, por ensejar a aplicação de alíquota superior em comparação com o mesmo cálculo, se levada em conta a época própria em que a parcela deveria ter sido recebida. No mesmo sentido, apontam a jurisprudência do C. TST e deste Regional. Referida Instrução Normativa dispõe sobre a apuração e tributação de rendimentos recebidos acumuladamente de que trata o art. 12-A da Lei n. 7.713/1988. O art. 2º da referida Instrução Normativa prevê que os rendimentos recebidos acumuladamente a partir de 28 de julho de 2010, relativos a anos-calendário anteriores ao recebimento, serão tributados na forma prevista no “caput” do art. 12-A supramencionado, ressaltando-se que o § 1º deste mesmo art. 2º inclui os rendimentos decorrentes de decisões da Justiça do Trabalho dentre aqueles recebidos acumuladamente. Como se vê, os rendimentos recebidos acumuladamente, decorrentes de decisão proferida pela Justiça do Trabalho, deverão ser tributados não mais considerando-se o regime de caixa, mas, sim, o regime de competência, em separado dos demais rendimentos recebidos no respectivo mês, mediante a utilização de tabela progressiva resultante da multiplicação da quantidade de meses a que se refiram os rendimentos pelos valores constantes da tabela progressiva mensal correspondente ao mês do recebimento ou crédito. Quanto ao ano-calendário de 2011, a Instrução Normativa específica, em seu Anexo Único, a composição da tabela acumulada a ser aplicada à hipótese. Por fim, há que se considerar que, tratando-se de condenação trabalhista que envolva parcelas que não decorram de rendimentos do trabalho ou de aposentadoria e pensão pagos pela Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, estas permanecerão sujeitas ao que dispõe o art. 28 da Lei n. 10.833/2003, ou seja, ao regime de caixa, conforme determina o art. 8º da Instrução Normativa em debate.” (Proc. 00000204420105020362 – Ac. 20110926450)

- (9) Conforme jurisprudência do TST: “Segunda Turma determina cálculo de descontos fiscais mês a mês – 3/11/2011 – Os descontos fiscais que incidem sobre rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial devem ser calculados mês a mês, observados os valores constantes da tabela progressiva mensal correspondente ao mês do recebimento do crédito. Esse foi o entendimento unânime da Segunda Turma do

O valor dado à causa fica mantido, porque compatível com a lide.

O Juízo, quanto à fiscalização do processo (art. 765 da CLT), não vislumbrou na conduta das partes e de seus advogados, **nos limites destes autos**, procedimento que pudesse ser avaliado com relevância suficiente para ser qualificado como litigância de má-fé, operando os mesmos dentro do direito constitucional, público, subjetivo, autônomo e abstrato de ação.

No que se refere aos pressupostos processuais, ainda que *de forma sucinta*, a petição inicial atendeu aos mínimos requisitos contidos no art. 840, § 1º, da CLT, que exige apenas uma breve exposição dos fatos, de forma a permitir a ampla defesa da ré e a apreciação fundamentada do Juízo. Não há que se falar, portanto, em inépcia de algum pedido, salvo consideração explícita neste sentido, exposta em tópico próprio desta sentença. No mesmo sentido, verificou-se amplo interesse processual no feito, como evidencia o julgamento de mérito, presentes as demais condições da ação.

O juízo prolatou esta sentença, observando o que dispõe a OJ n. 118 da SBDI1 do C. TST:

OJ-118. PREQUESTIONAMENTO. TESE EXPLÍCITA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 297 (inserida em 20.11.1997) Havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessário contenha nela referência expressa do dispositivo legal para ter-se como prequestionado este.

Tribunal Superior do Trabalho em julgamento recente de recurso de revista relatado pelo ministro Guilherme Caputo Bastos – o que significa que a Turma deixou de aplicar ao caso o item II da Súmula n. 368 do TST, que estabelece a incidência do imposto de renda sobre a totalidade dos valores tributáveis calculado ao final. A mudança de posicionamento é decorrente de alterações legislativas relativas à matéria. O resultado prático para o trabalhador beneficiado com essa decisão é que se ele fosse receber, em 2011, créditos salariais acumulados no valor de R\$ 20 mil referentes a dez meses no ano de 2008, por exemplo, teria que pagar R\$ 4.807,22 de imposto de renda com a aplicação da alíquota de 27,5% de uma única vez. Com o cálculo mês a mês, a alíquota cai para 7,5%, e o imposto devido é de apenas R\$ 375,64.” (RR-513700-96.2006.5.09.0002)

Tenho, portanto, por pré-questionados e devidamente analisados os dispositivos suscitados em todas as peças processuais das partes envolvidas no litígio.

Defere-se desde já, inclusive de ofício, o benefício da Justiça Gratuita, em face do estado de limitação econômica mencionado pela parte autora em seu petítório ou observado em audiência.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, e em face de tudo mais que dos autos consta, decide o Estado-Juiz, através do Juízo da Vara do Trabalho de Santana do Ipanema (AL), com base na fundamentação *supra*, que integra o presente *decisum* para todos os efeitos legais, como se aqui transcrita estivesse:

1) rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada em defesa do **ESTADO DE ALAGOAS**, declarando-o responsável subsidiário por condenações de natureza pecuniária, inclusive multas e *astreintes*;

2) no mérito propriamente dito, julgar os pedidos mediatos da ação **PROCEDENTES**, para condenar a parte reclamada **COMPANHIA ALAGOANA DE RECURSOS HUMANOS E PATRIMONIAIS** a cumprir em favor da parte autora **IVANILDA SOUTO DE BRITO** a obrigação de reintegração imediata em seu emprego, cargo e rotina de trabalho anterior, com pagamento de salários, 13º salários, férias + 1/3 e depósitos de FGTS até 31.12.2014 ratificando antecipação de tutela nos autos, conversível em perdas e danos, e a condenar subsidiariamente **ESTADO DE ALAGOAS** a pagar os valores decorrentes de perdas e danos, caso não cumpridas as obrigações anteriores pela primeira reclamada; Condena-se ainda **COMPANHIA ALAGOANA DE RECURSOS HUMANOS E PATRIMONIAIS** e subsidiariamente **ESTADO DE ALAGOAS** a pagarem à autora:

a) indenização por danos morais; e

b) honorários sindicais, no importe de 15% sobre a indenização por danos morais e os salários vencidos e vincendos (acrescidas de férias + 1/3, 13º salário e FGTS).

3) Sentença ILÍQUIDA:

— Dedução: de valores pagos a idêntico título, considerando-se salários pagos após a reintegração permitida em sede de antecipação de tutela.

— Gradação Salarial Autoral: a ser observada.

— Ajuizamento da ação: 16.6.2014.

— Deve incidir ao caso concreto a OJ n. 382 da SDI1 do TST:

JUROS DE MORA. ART. 1º-F DA LEI N. 9.494, DE 10.9.1997. INAPLICABILIDADE À FAZENDA PÚBLICA QUANDO CONDENADA SUBSIDIARIAMENTE (DEJT divulgado em 19, 20 e 22.4.2010) A Fazenda Pública, quando condenada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas devidas pela empregadora principal, não se beneficia da limitação dos juros, prevista no art. 1º-F da Lei n. 9.494, de 10.9.1997.

4) **Hipoteca Judiciária** — Como efeito direto da sentença de conhecimento condenatória à obrigação de pagar, determina-se o bloqueio imediato de transferência de veículos da **PARTE DE NATUREZA PRIVADA**, se houver, no sistema de Registro Público de Veículos Automotores — Renavam, através do sistema *Renajud*, sem bloqueio de circulação até o início, salvo se não pagas as verbas nas condições e prazos estipulados neste título executivo judicial, tudo na forma do art. 466 do CPC c/c art. 769 da CLT, mediante hipoteca judiciária, independentemente da interposição de qualquer recurso.⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾

(10) Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos. Parágrafo único. A sentença condenatória produz a hipoteca judiciária: I – embora a condenação seja genérica;

5) ANTECIPAÇÃO DE TUTELA Ratificada, para manter a reintegração da autora até 31.12.14.

6) Eventual cumprimento coercitivo de sentença nas condições acima, em face de **DEVEDOR(A) DE NATUREZA PRIVADA**, se processará pelos sistemas Bacen-Jud, Renajud (com bloqueio de circulação) e Infojud, na forma do art. 655-A do CPC c/c art. 769 da CLT e conforme orientação do C. TST, além da desconsideração da personalidade jurídica, *se necessário* – entende-se por “necessário” a falta de êxito pleno nas medidas anteriores movidas em face da pessoa jurídica, ficando de logo cientes os sócios de que deverão, em caso de inadimplemento voluntário da dívida, indicar bens inteiramente livres e desembaraçados, na

II – pendente arresto de bens do devedor; III – ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença. V. Jurisprudência farta do TST, bem como noticiário na respectiva página da *internet*.

- (11) HIPOTECA JUDICIÁRIA. CABIMENTO DE OFÍCIO NO PROCESSO DO TRABALHO. O art. 466 do CPC determina um efeito secundário à sentença condenatória: a constituição da hipoteca judiciária. Buscasse, assim, evitar a dilapidação dos bens e garantir efetividade à execução futura. Apesar de pouco utilizada nos Tribunais Trabalhistas, a medida é aplicável ao processo do trabalho, de acordo com o art. 769 da CLT, e leva em conta a natureza salarial das verbas objeto da condenação. Com a medida, constitui-se um ônus real, garantindo ao credor a satisfação do seu crédito. Com isto, afasta-se o “ganha, mas não leva”, ainda presente nesta Justiça. Diferentemente da cautelar de arresto, tal medida processual não tem relação com a solvibilidade ou não da empresa-ré, não sendo este requisito necessário para a hipoteca judiciária. Por fim, não há que se falar em sentença “*extra petita*”, pois constitui instituto de ordem pública, aplicável de ofício a critério do juízo sentenciante, que na hipótese, reportou-se ao dispositivo legal pertinente. Trata-se, na verdade, de consequência direta de sentença ou acórdão condenatórios, sendo possível sua aplicação, independentemente do trânsito em julgado (art. 466, parágrafo único, III, CPC), assegurando maior efetividade às decisões judiciais, em atenção ao entendimento dominante no C. TST. (TRT/SP – 00019415020105020067 – RO – Ac. 4ª T. 20120541437 - Rel. RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS - DOE 25/05/2012). No mesmo sentido, decisão liminar no processo TRT – 19ª Região (Alagoas), 0000525-12.2012.5.19.0000, rel. Desembargador Nova Moreira.

ordem do art. 955 do CPC, sem a necessidade de intimação específica nesse sentido —, de acordo com o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, salvo se houver **devedora(s) solidária(s) ou subsidiária(s)**, hipótese em que a execução será movida prioritariamente sobre esta(s), em detrimento da desconsideração. Nessas situações, o entendimento deste Juízo está consubstanciado na súmula 12 do E. TRT da 1ª Região, aplicável à espécie, ainda que mediante precatório (entidades de direito público interno em sentido restrito): IMPOSSIBILIDADE DE SATISFAÇÃO DO DÉBITO TRABALHISTA PELO DEVEDOR PRINCIPAL. EXECUÇÃO IMEDIATA DO DEVEDOR SUBSIDIÁRIO. Frustrada a execução em face do devedor principal, o juiz deve direcioná-la contra o subsidiário, não havendo amparo jurídico para a pretensão de prévia execução dos sócios ou administradores daquele.

7) Para satisfação do cumprimento desta sentença também se fará realizar a inscrição dos nomes dos devedores, principais ou subsidiários, em cadastros de devedores, tais como Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT), SPC, Serasa, Cartórios de Protesto de Títulos e outros, além providências executórias em face de outras empresas do mesmo grupo econômico⁽¹²⁾, buscando-se assim aplicar

-
- (12) Grupo econômico — empregador único. Formado o grupo econômico, passa a ser esse o real empregador de todos os funcionários das empresas a ele pertencentes — empregador único —, independentemente do empregador aparente, qual seja, aquele que formaliza os contratos de trabalho por meio dos registros funcionais. A responsabilidade atribuída pelo legislador (art. 2º, § 2º, consolidado) ao grupo econômico, é ampla, enfocando não apenas os aspectos obrigacionais, mas também os jurídicos e processuais. Ao contrário do afirmado pelo Juízo *a quo*, o reclamante desde a inicial fundamentou a existência de grupo econômico, constituído entre a FERROBAN e a FERRONORTE, e trouxe aos autos prova da existência desse grupo econômico. Quanto aos benefícios pleiteados, as empresas, ainda que integrem grupo econômico, são distintas, com Convenções Coletivas de Trabalho diversas. Assim,

o princípio da máxima utilidade da execução previsto no art. 612⁽¹³⁾ do CPC c/c art. 769 da CLT, caso não haja pagamento voluntário. Ainda quanto ao BNDT, ficam os executados cientes de que sua inclusão no BNDT será automática, após decorrido o prazo determinado neste título executivo judicial e frustrada a primeira tentativa de bloqueio pelo BACEN-JUD, sendo desnecessária qualquer outra intimação específica para este fim.

8) Fica(m) a(s) parte(s) condenada(s) de **NATUREZA PRIVADA** ciente(s) também, desde logo, que se aplicará ao cumprimento da sentença o disposto no **art. 475-O, § 2º, inciso I, do CPC c/c art. 769 da CLT**, prescindindo-se de despacho específico posterior, porque de logo observado o estado de necessidade da parte autora, beneficiária inclusive dos benefícios da Justiça Gratuita, situação que se agrava por residir ela no Sertão, região mais acometida pela pobreza e miséria de todo o Estado de Alagoas, com o menor IDH da região, fatos agravantes para a vida da parte autora.

9) Prazo para Recurso Ordinário: 08 (oito) dias, **em dobro para a Fazenda Pública ou entidade equiparada**. Custas de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) sobre o valor arbitrado à condenação, de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por conta da(s) parte(s) reclamada(s),

ainda que ambas sejam responsáveis, o recorrente não tem direito à percepção dos benefícios postulados, de acordo com o art. 611 da CLT, pois a eficácia dos acordos e convenções coletivas de trabalho limita-se ao âmbito das categorias econômicas e profissionais representadas no pacto normativo e vigentes no local da execução do contrato. Recurso ordinário do reclamante a que se dá provimento parcial.” (TRT/SP – 01199200848202001 – RO – Ac. 10ª T. 20100223251 – Relª Marta Casadei Momezzo – DOE 26.3.2010.)

- (13) Art. 612. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados.

desde já declarada isenta se for entidade de Direito Público Interno, ou equiparada.

10) As partes devem comunicar ao juízo qualquer alteração de endereço que se proceda, na forma do art. 238, parágrafo único, do CPC, *cabendo aos advogados idêntico procedimento, na forma do Código de Ética Profissional da OAB*, sob pena de as intimações posteriores das partes serem procedidas por Edital, inclusive quanto aos sócios e administradores de pessoa jurídica, em caso de desconsideração de sua personalidade, e se o endereço atual não tiver sido informado no curso do processo, para além daqueles constantes do Contrato Social e Alterações até então juntados, conforme jurisprudência⁽¹⁴⁾. As intimações *aos Advogados*, no curso do processo serão realizadas através do Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho (DEJT), **exceto quanto a Procuradores integrantes das carreiras da AGU e Procuradores de Estado (art. 81, inciso VI, da Lei Complementar Estadual n. 07/91), cujas intimações, por força de Lei, deverão ser pessoais**. As habilitações nos processos em PJE devem ser feitas pelas próprias partes e Advogados originais, não necessitando de providências pela Secretaria da Vara.

11) Intime-se a UNIÃO (Procuradoria Federal em Alagoas-INSS) por AR (intimação pessoal), **SOMENTE** se o valor das contribuições previdenciárias for superior **a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)**, na forma

- (14) Empresa tem processo extinto por não informar mudança de endereço para recebimento de intimações — 5.9.2012. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão unânime, negou recurso especial interposto por Ford Leasing S/A. Arrendamento Mercantil contra entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). O tribunal estadual manteve decisão de juízo de primeira instância que extinguiu um processo da empresa sem resolução do mérito, porque ela deixou de dar andamento à ação e não manteve seu endereço atualizado para receber intimações (REsp n. 1.299.609).

da Resolução Administrativa 32-11 do E. TRT – 19ª região c/c Portaria MF n. 582/13 e alterações posteriores.

Oficie-se o sempre diligente Ministério Público do Trabalho, com cópias de petição inicial, contestações e desta sentença, para providências junto à reclamada, como órgão agente, no que diz respeito a indicativos de práticas antissindicais.

**SENTENÇA SUJEITA AO REEXAME
NECESSÁRIO QUANTO À CONDENAÇÃO
SUBSIDIÁRIA DO ESTADO DE ALAGOAS.**

Intimem-se as partes, por seus Advogados, via DEJT.

Santana do Ipanema (AL), 19 de Dezembro de 2014.

HENRIQUE CAVALCANTE

Juiz do Trabalho

2ª Vara do Trabalho de Sorocaba – SP

Processo: 0000330-19.2014.5.15.0016

Autor: Ministério Público da União (Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região)

Réus: Sindicato dos Professores de Sorocaba

Imar Eduardo Rodrigues Advogados Associados — EPP

Renata Cristina Macelo Rangel

Imar Eduardo Rodrigues

Assistente dos Réus: Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil de Sorocaba

SENTENÇA

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO (PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO) propôs a presente ação civil pública em face de SINDICATO DOS PROFESSORES DE SOROCABA, IMAR EDUARDO RODRIGUES ADVOGADOS ASSOCIADOS — EPP, RENATA CRISTINA MACELO RANGEL e IMAR EDUARDO RODRIGUES, aduzindo, em síntese, que os réus vêm cometendo irregularidades quando à cobrança de honorários advocatícios pelo sindicato dos professores de Sorocaba, por meio de seus advogados.

Após o recebimento de denúncia, instaurou procedimento preparatório de inquérito civil n. 000574.2013.15.008/2, onde a denunciante Sonia Maria Castricini Biscacio afirmou que há contrato de locação de serviços de escritório do segundo réu e que consta da cláusula 3ª, § 3º, o percentual de honorários a ser cobrado dos trabalhadores, de 20% para não associados e 5% para associados.

Juntou aos autos documentos que comprovam a prática do sindicato em cobrar honorários contratuais de trabalhadores beneficiados pela assistência gratuita.

Requer a procedência dos pedidos de condenação dos réus a cumprir obrigações de abster-se

de burlar o instituto da assistência judiciária gratuita previsto na Lei n. 5.584/70, abstendo-se de cobrar valores referentes a honorários contratuais ou qualquer remuneração pelo seu labor quando na atuação como advogados em assistência judiciária gratuita para o sindicato réu ou qualquer outro sindicato, inclusive nas ações já em trâmite, bem como obrigação de fixação nas paredes do sindicato de avisos contendo a determinação *supra*; requer por fim a condenação solidária dos réus à restituição em dobro dos valores indevidamente cobrados referentes a honorários contratuais. Liminarmente requer antecipação de tutela de condenação dos réus nas obrigações de fazer e de não fazer supradeclinadas.

Atribui à causa o valor de R\$ 60.000,00 e junta documentos.

Indeferido o pedido de antecipação de tutela às fls. 239.

Em audiência de fls. 246/247, presentes as partes, restaram inconciliadas. O presidente da Subseção da OAB de Sorocaba requereu o ingresso da entidade como assistente simples dos réus, o que restou deferido às fls. 287.

Os réus apresentaram contestação em comum, alegando preliminares de incompetência material da Justiça do Trabalho, ilegitimidade passiva dos sócios e do escritório e advocacia,

ilegitimidade ativa do Ministério Público, denunciação à lide da OAB, e prescrição; no mérito, impugnaram as alegações autorais, clamando pela total improcedência da ação dos pedidos e juntando documentos.

Manifestação do autor às fls. 300 e do primeiro réu às fls. 301/333.

Sem outras provas e ante a manifestação de inexistência de provas de audiência, encerrou-se a instrução processual, vindo os autos para julgamento.

É o relatório.

DECIDO

1. PRELIMINARES

Sustentam os réus que o Ministério Público do Trabalho não possui legitimidade ativa e interesse de agir para o ajuizamento da presente ação civil pública, tendo em vista a natureza individual da discussão que chegou a Juízo. Arguem ainda a sua ilegitimidade passiva para responder à presente ação.

Razão não lhes assiste. Não se vislumbra no presente caso a ocorrência das alegadas ilegitimidade ativa e ausência de interesse processual, tampouco ilegitimidade passiva dos réus.

Na hipótese, o autor ajuizou a presente ação civil pública no intuito de compelir a ré de abster-se de cobrar honorários advocatícios dos trabalhadores que ingressam com ação trabalhista, burlando o instituto de assistência judiciária gratuita.

Com efeito, os arts. 127 e 129 da Constituição Federal legitimam o Ministério Público a atuar em defesa dos interesses coletivos sociais e individuais indisponíveis, não se tratando o presente caso de direitos individuais puros, pois a ação objetiva coibir a prática de cobrança indevida de honorários advocatícios, e que se direciona ao grupo de trabalhadores da categoria da 1ª ré.

Entendo haver legitimação do Ministério Público para ajuizar ação civil pública para a

defesa de interesses individuais homogêneos, desde que a eventual lesão afete a coletividade como um todo. Dentre as matérias sujeitas a exame no processo, destaca-se a defesa do meio ambiente do trabalho, dos trabalhadores deficientes, etc.

O art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à ação civil pública por força do disposto no art. 21 da Lei n. 7.347/85, alçou os direitos individuais homogêneos, “*assim entendidos os decorrentes de origem comum*”, ao patamar de interesses que podem ser defendidos a título coletivo.

Assim, trata-se no presente caso de interesse individual homogêneo, legitimando o Ministério Público do Trabalho para propositura da presente demanda.

Ademais, verifica-se o interesse processual de agir pela reunião de duas premissas: a utilidade e a necessidade do processo. A utilidade está em se demonstrar que o processo pode propiciar benefícios; a necessidade do processo se constata quando o proveito de que se precisa só é possível alcançar por meio do Judiciário. Estando em debate a defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis relacionados às relações de trabalho, claro está o interesse de agir do Ministério Público do Trabalho.

A possibilidade jurídica do pedido deve ser avaliada no tocante ao pedido imediato, ou seja, relativamente à viabilidade da tutela jurisdicional pretendida pelo autor. Não há vedação legal no ordenamento jurídico vigente quanto aos pleitos formulado pelo autor, não havendo se falar em impossibilidade jurídica do pedido.

Interessa ao caso a lição de Vicente Greco Filho neste sentido:

“cabe observar que a rejeição da ação por falta de possibilidade jurídica deve limitar-se às hipóteses claramente vedadas, não sendo o caso de se impedir a ação quando o fundamento for injurídico, pois, se o direito não protege determinado interesse, isto significa

que a ação deve ser julgada improcedente e não o autor carecedor da ação” (in Direito Processual Civil, editora Saraiva, p. 86).

Quanto à ilegitimidade passiva, a pertinência subjetiva de demanda é verificável *in abstracto*, de modo que a pessoa indicada como devedora está legitimada a figurar no polo passivo da ação, seja ou não responsável (*in concreto*) pela pretensão deduzida. Ademais, a discussão relativa à responsabilidade está relacionada ao mérito e não implica ilegitimidade de parte.

Eventual arquivamento do inquérito civil por parte do Ministério Público do Trabalho não possui o condão de afetar a regularidade da presente ação, visto que a instauração do inquérito mostra-se inclusive dispensável.

Por fim, reputo competente a Justiça do Trabalho para apreciar a matéria, por envolver questão relacionada a sindicato e trabalhadores, nos termos do art. 114, I e III, da Constituição Federal, segundo o qual compete à Justiça Trabalhista, no âmbito material, processar e julgar as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores e entre sindicatos e empregadores.

Afasto as preliminares arguidas.

2. PRESCRIÇÃO

A reclamada pleiteia o reconhecimento e declaração da prescrição. De fato, a presente reclamação foi ajuizada em 17.2.2014 e assim, nos termos do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, todas as verbas eventualmente devidas até a data de 17.2.2009 encontram-se abrangidas pelo lapso prescricional de cinco anos e assim são declaradas.

3. COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Os réus pugnam pela validade da cobrança de honorários advocatícios mesmo em casos de deferimento de benefícios da justiça gratuita aos trabalhadores reclamantes de ações trabalhistas. Afirmam que a obrigação do Estado

para com os cidadãos necessitados não pode ser transferida a particulares, no caso, aos sindicatos. Alegam que a Lei n. 5.584/70 não foi recepcionada pela atual Constituição Federal.

Não houve negativa da alegada cobrança de honorários advocatícios de beneficiários da justiça gratuita, pelo que o fato resta incontroverso, mesmo porque o foi evidenciado através dos documentos jungidos à exordial, como por exemplo, os de fls. 36/41 e 57/60.

À fl. 59 consta no parágrafo terceiro do contrato entre os réus sindicato e escritório de advocacia, disposição de cobrança do percentual de 5% do valor recebido dos associados e de 20% dos não associados, sendo no primeiro caso repassados 2% ao contratante (sindicato) e no segundo caso 5%.

De acordo com a disposição do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal, é dever do Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita a todos que comprovarem insuficiência de recursos, nos termos legais.

De outro norte, o art. 134 da Constituição Federal conferiu dita atribuição à Defensoria Pública, na medida em que a incumbiu da orientação jurídica, da promoção dos direitos humanos e da defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, inclusive no *âmbito da Justiça do Trabalho* (arts. 4º, 20, 21 e 22 da Lei Complementar n. 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar n. 132/2009).

Ainda, vale lembrar que o inciso III do art. 8º da Constituição Federal conferiu aos sindicatos a missão de atuar na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, em todos os ramos do Poder Judiciário.

Por esta razão, se consumou a recepção do art. 14 da Lei n. 5.584/70, edificado sob a égide da antiga Constituição Federal, pelo novo diploma constitucional em 1988.

Convém trazer a lume a redação do *caput* do art. 14 da Lei n. 5.584/70: “Na Justiça do

Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.”

A seu turno, o art. 1º da Lei n. 1.060/50 estabelece que “Os poderes públicos federal e estadual, independentemente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil — OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei”.

É fato que o art. 8º da CF/88 consagrou o princípio da liberdade sindical, vedando a interferência e a intervenção do Poder Público na organização sindical, ressalvado o registro no órgão competente.

Entretanto, os reflexos e os desdobramentos da autonomia e da independência conferidas pela Constituição não eliminaram a possibilidade de prestação de assistência judiciária pelos sindicatos, nos termos das Leis ns. 1.060/50 e 5.584/70.

Tanto que as próprias entidades sindicais reiteradamente exercem a prerrogativa em ações trabalhistas, nas quais se encarregam da prestar assistência judiciária aos integrantes da categoria profissional que representam, invocando os preceitos contidos nas Leis ns. 1.060/50 e 5.584/70 com a finalidade de obter a condenação da parte adversa ao pagamento de honorários assistenciais.

Dispõe a Súmula n. 329 do C. TST: “Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado no Enunciado n. 219 do Tribunal Superior do Trabalho.”

Se a entidade sindical opta pela disponibilização de assistência judiciária aos necessitados integrantes da sua categoria, naturalmente derivam direitos e deveres legais correlatos, como o direito à percepção de honorários do advogado da parte vencida na demanda, em sintonia com os arts. 11, § 1º, da Lei n. 1.060/50 e 16 da Lei n. 5.584/70, numa exceção à regra

geral que ainda impera no âmbito do processo trabalhista, do *jus postulandi*.

Independentemente da natureza jurídica do vínculo que os une, à entidade sindical e aos profissionais credenciados para a prestação da assistência judiciária assiste a prerrogativa de estipular a forma de remuneração dos serviços e o destino dos honorários assistenciais. Para isso serve o contrato de prestação de serviços que normalmente é celebrado entre os profissionais e a organização sindical.

Ainda, cabe aos sindicatos o dever de assistir GRATUITAMENTE os necessitados INDEPENDENTEMENTE da condição de ASSOCIADO, ou seja, sem a cobrança de qualquer espécie de consulta, taxa, honorários e outros encargos do gênero.

Assim dispõem os arts. 3º da Lei n. 1.060/50 e 18 da Lei n. 5.584/70, que literalmente estabelecem:

“Art. 3º A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

I – das taxas judiciárias e dos selos;

II – dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;

III – das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV – das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados;

V – dos honorários de advogado e peritos (...).”

“Art. 18. A assistência judiciária, nos termos da presente Lei, será prestada ao trabalhador ainda que não seja associado do respectivo Sindicato.”

Assim, a qualidade de associado não constitui motivo legítimo a justificar o tratamento discriminatório na cobrança de honorários, seja porque “ninguém será obrigado a filiar-se

ou a manter-se filiado a sindicato” (art. 8º, V, da Constituição Federal), seja porque parte dos recursos arrecadados pelo sindicato a título de contribuição sindical, cobrada de todos integrantes da categoria independentemente da condição de sócio, é legalmente destinados à assistência jurídica (art. 592, II, “a”, CLT).

Resumindo, se a assistência judiciária é prestada pelo sindicato da categoria profissional no cumprimento da missão constitucional que lhe foi atribuída e no exercício da faculdade contemplada no art. 14 da Lei n. 5.584/70, revela-se absolutamente ilegal a cobrança de honorários advocatícios contratuais do necessitado, independentemente da sua condição de associado.

Se há entendimento por parte dos advogados de que a remuneração proveniente dos honorários assistenciais é insuficiente, devem dirimir o problema diretamente com a associação sindical. Não é possível a transferência do ônus da complementação da remuneração almejada para o beneficiário da assistência judiciária gratuita, já que expressamente isento da obrigação de pagar honorários de advogado.

Transcrevo a seguir precedente jurisprudencial da 1ª Turma do TST, em acórdão de lavra do Ministro Walmir Oliveira da Costa, transcrito na petição inicial (fl. 10), mencionando decisões das 1ª e 7ª Turmas do TRT da 9ª Região:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. CONTRATO PARTICULAR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ILEGALIDADE. A assistência prestada pela entidade sindical não pode onerar o trabalhador. Para dirimir qualquer dúvida, o art. 16 da Lei n. 5.584/70 consagra a (exclusiva) origem sucumbencial da remuneração pelo serviço jurídico prestado pelo sindicato, ao expressar que os honorários do advogado, revertidos em favor do sindicato assistente, serão pagos pelo vencido. Vale dizer, a caracterização da assistência judiciária gratuita e os honorários que lhe são correspondentes exclui qualquer outra fonte de contraprestação pelo serviço, ou seja, a declarada insuficiência econômica justifica

o alerta judicial quanto a serem indevidos honorários contratados. A prática simultânea de ambos (assistenciais e contratados) é absolutamente incompatível, seja por ofensa à literal disposição do art. 14 da Lei n. 5.584/70, seja pela observância do sentido teleológico do instituto da assistência judiciária gratuita, e tem merecido reiterada censura dos órgãos de classe, em especial do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que já reconheceu a ilicitude da cobrança de honorários advocatícios de quem é detentor da assistência judiciária (Proc. 2.133/2000/SCA-SP, rel. Luiz Filipe Ribeiro Coelho (DF). Ementa 057/2000/SCA, julgamento em 12.6.2000, por unanimidade. DJ 3.7.2000. p. 59). Além da possível infração ética, fere a lógica e o bom senso que o sindicato assistente faça jus aos honorários advocatícios justamente porque há declaração expressa da Autora de insuficiência econômica, sabidamente um dos requisitos da concessão, e o advogado credenciado, astuciosamente, também perceba verba honorária particular. A justificativa de não poder o trabalhador demandar sem prejuízo de seu sustento e, eventualmente, de sua família, deve, necessariamente, ser respeitada no momento de afastar qualquer pactuação em apartado. Por todo exposto, já deferidos honorários assistenciais de 15%, imperativa o alerta feito para a Autora, em sentença, de “que nada deve a título de honorários contratuais, pois a assistência prestada pelo sindicato deve necessariamente ser gratuita”, pois visa, inequivocamente, como é dever do agente político, coibir a possibilidade de diversos honorários (contratuais), que não os assistenciais. Não se cogita de julgamento “extra petita”. A determinação vem como consequência necessária da reconhecida assistência judiciária e dos benefícios da justiça gratuita, a fim de que se cumpra a lei. Considerando os indícios de infração ética pelos patronos constituídos pela Reclamante, determina-se a expedição de ofício ao órgão de classe (OAB/PR) para eventual apuração dos fatos e aplicação de penalidade, se cabível. (...) TRT-PR-07510-2012-663-09-00-2-ACO-48539-2013 – 7ª TURMA. Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES. Publicado no DEJT em 6.12.2013.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA PRESTADA POR SINDICATO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS. CUMULAÇÃO INDEVIDA. A assistência judiciária prestada pela entidade sindical não pode onerar o trabalhador, que não possui condições econômicas de demandar em Juízo sem prejuízo de seu sustento e o de sua família. Aliás, é justamente em razão da assistência judiciária prestada por meio da entidade sindical (Lei n. 5.584/70) é que são devidos os honorários assistenciais, para remunerar o advogado que acompanhou a demanda. Assim, a pactuação de honorários contratuais, quando o empregado está assistido pelo sindicato da classe, revela-se abusiva, desvirtuando completamente o escopo da assistência judiciária gratuita, a que o advogado se comprometeu a prestar ao patrocinar a causa do trabalhador. Fica mantida, destarte, a sentença que determinou a restituição dos valores retidos indevidamente pelos réus a título de honorários advocatícios contratuais e honorários de assistente técnico. TRT-PR-14849-2009-028-09-00-3-ACO-12786-2010 – 1ª TURMA. Relator: EDMILSON ANTONIO DE LIMA. Publicado no DJPR em 30.4.2010.

Ante a participação de todos os réus nos fatos que deram origem à presente Ação, sendo que todos se beneficiaram financeiramente das irregularidades cometidas, impõe-se a condenação solidária dos mesmos.

Por todo o exposto, resta imperativa a condenação solidária dos réus, sob pena de multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por obrigação descumprida:

- 1) a todos os réus: que se abstenham de burlar o instituto da assistência judiciária gratuita, de instituir, promover, consentir ou tolerar qualquer espécie de cobrança de honorários advocatícios dos trabalhadores que se utilizam da assistência prestada pelo Sindicato, inclusive por parte dos prepostos e advogados que credencia;
- 2) ao primeiro réu: manter AVISO afixado nas paredes do Sindicato, em local visível e acessível a todos, sobre a gratuidade integral

da assistência judiciária, grafado com a fonte TIMES NEW ROMAN de tamanho 50, fazendo constar expressamente o endereço e telefone do Ministério Público do Trabalho para denúncias de eventuais cobranças indevidas de honorários advocatícios;

3) a todos os réus: *à devolução em dobro dos valores indevidamente cobrados referentes aos honorários contratuais, no percentual de 5% dos associados e 20% dos não associados.*

Todas as multas eventualmente aplicadas deverão ser revertidas ao Fundo de Amparo do Trabalhador.

ANTE O EXPOSTO, rejeitando as preliminares arguidas e declarando a competência material da Justiça do Trabalho para apreciação dos pedidos, JULGO PROCEDENTES OS PEDIDOS ajuizados em sede de Ação Civil Pública pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO (PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO) em face de SINDICATO DOS PROFESSORES DE SOROCABA, IMAR EDUARDO RODRIGUES ADVOGADOS ASSOCIADOS — EPP, RENATA CRISTINA MACELO RANGEL e IMAR EDUARDO RODRIGUES, condenando estes nas obrigações de fazer e não fazer, abaixo, sob pena de multa de R\$ 20.000,00 por ocorrência infracional e por empregado vitimado, a ser revertida ao Fundo de Amparo do Trabalhador — FAT:

— a todos os réus, absterem-se de burlar o instituto da assistência judiciária gratuita, de instituir, promover, consentir ou tolerar qualquer espécie de cobrança de honorários advocatícios dos trabalhadores que se utilizam da assistência prestada pelo Sindicato, inclusive por parte dos prepostos e advogados que credencia;

— ao primeiro réu, manter AVISO afixado nas paredes do Sindicato, em local visível e acessível a todos, sobre a gratuidade integral da assistência judiciária, grafado com a fonte TIMES NEW ROMAN de tamanho 50, fazendo constar expressamente o endereço

e telefone do Ministério Público do Trabalho para denúncias de eventuais cobranças indevidas de honorários advocatícios.

Condeno ainda os réus solidariamente à devolução em dobro dos valores indevidamente cobrados referentes aos honorários contratuais de 5% dos associados e 20% dos *não* associados.

Custas pelos Réus calculadas sobre o valor arbitrado de R\$ 60.000,00, no importe de R\$ 1.200,00.

INTIMEM-SE. NADA MAIS.

Sorocaba, 2 de dezembro de 2014.

Dra. DÉBORAH B. O. INOCÊNCIO NAGY
Juíza do Trabalho

Índice Geral

Doutrina

Apontamentos sobre a redução de direitos previdenciários (MP n. 664/14) e ao seguro-desemprego (MP n. 665/14) — ou: nunca uma vaca tossiu tão alto e de forma tão inconstitucional. 1. Introdução. 2. Principais precarizações e reduções de direitos fundamentais. 3. As inconstitucionalidades das Medidas Provisórias ns. 664/14 e 665/14. 3.1. Ausência dos requisitos de relevância e urgência para a edição de medida provisória (art. 62 da CF). 3.2. Vedação da edição de medida provisória para a regulamentação de matéria previdenciária. 3.3. Pensão por morte. Requisito de 24 meses de casamento ou união estável. Inconstitucionalidade por violação ao princípio da igualdade (*caput* do art. 5º da CF). Pensão por morte de empregados celetistas e servidores públicos. 3.4. Inconstitucionalidade por violação ao princípio da vedação de retrocesso social. 3.4.1. Pensão por morte. Redução do valor para 50% do salário de benefício, acrescido de 10% para cada dependente. Desproporcionalidade. 3.4.2. Realização de perícia previdenciária por empresa privada. Inconstitucionalidade do cometimento, à entidade privada, de atividade típica do Estado. 3.4.3. Ampliação do prazo de 15 para 30 dias para recebimento de benefícios previdenciários. Efeitos jurídicos decorrentes da estabilidade acidentária. Precarização dos direitos dos trabalhadores. Retrocesso social. 3.4.4. Carência de 24 meses para percepção de pensão por morte. 3.4.5. Alteração das carências para seguro-desemprego de 6 meses para 18 meses na 1ª solicitação e para 12 meses na 2ª, admitindo-se o prazo de 6 meses apenas a partir da 3ª habilitação. 4. Vigência das medidas provisórias. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas..... 17

Os trabalhadores imigrantes no Brasil: a condição de ilegalidade como fator de superexploração. 1. Introdução. 2. A condição jurídica do estrangeiro no Brasil. 2.1. Constituição da República Federativa do Brasil. 2.2. Requisitos de entrada e permanência do estrangeiro. 2.2.1. O que diz o Estatuto do Estrangeiro. 2.2.2. As críticas ao Estatuto do Estrangeiro. 2.2.3. O Projeto de Lei n. 5.655/2009. 3. Trabalhadores imigrantes regulares e irregulares no Brasil. 3.1. Conselho Nacional de Imigração – CNIg. 3.2. Fiscalizações do Ministério Público do Trabalho. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas 36

Da impossibilidade da cessão de crédito na Justiça do Trabalho: aspectos processuais e materiais. 1. Introdução. 2. Da cessão de crédito no Direito Civil. 3. Da cessão de crédito na Justiça do Trabalho — Aspectos processuais. 4. Da cessão do crédito trabalhista — Aspectos materiais. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas 49

Ministério Público do Trabalho (MPT) no combate à exploração sexual infantojuvenil: perspectivas atuais no Estado da Paraíba. 1. Introdução. 2. O Ministério Público do Trabalho (MPT). 3. Atuação do MPT no Brasil. 4. Marco histórico da exploração sexual infantojuvenil. 5. Principais aspectos da exploração sexual e da violência infantojuvenil. 6. A realidade da exploração sexual infantojuvenil na Paraíba. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas 63

A importância da coletivização do acesso à Justiça do Trabalho nas despedidas em massa. 1. Introdução. 2. O acesso à Justiça como direito fundamental. 2.1. Acesso à justiça formal x acesso à justiça material. A efetividade do acesso à justiça. 2.2. Duração razoável do processo: a demora da prestação jurisdicional como

barreira do acesso à justiça. 3. Técnicas processuais clássicas para tutela coletiva de direitos: litisconsórcio ativo e conexão. 4. Despedidas em massa e tutela coletiva. 4.1. Identificando as despedidas em massa como tema de direitos metaindividuais. 4.2. (In)adequação do dissídio coletivo. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.....	78	do Trabalho. 1. Introdução. 2. Adicional de periculosidade. Natureza. Origem. Atuais perspectivas. 3. NR-16 e NR-20. Adicional de periculosidade. Armazenamento de inflamáveis em tanques. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas	123
O direito a um meio ambiente do trabalho equilibrado e a ineficácia dos instrumentos protetivos atualmente adotados. 1. Introdução. 2. Surgimento dos direitos humanos no cenário internacional. 2.1. O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto direito internacionalmente reconhecido. 3. O direito ao meio ambiente sadio no ordenamento jurídico brasileiro. 3.1. Meio ambiente do trabalho. 4. O meio ambiente do trabalho no ordenamento brasileiro. 4.1. A neutralização do risco à saúde ou integridade física do trabalhador e a ineficácia dos adicionais de insalubridade, de periculosidade e dos equipamentos de proteção individual. 4.2. Os equipamentos de proteção coletiva e a efetiva eliminação do dano. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas	90	O processo do trabalho e o novo Código de Processo Civil: critérios para uma leitura dialogada dos arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015. 1. Introdução. 2. O art. 15 do CPC/2015 revoga o art. 769 da CLT?. 3. Os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015 na perspectiva jurídica do diálogo das fontes. 4. Os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015: elementos para a compreensão das confluências e complementariedades. 4.1. Introdução. 4.2. Lacunas no direito: conceito e espécies. 4.3. O núcleo duro do processo do trabalho. 4.4. Critérios para o diálogo entre os arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015. 4.4.1. A colmatação de lacunas e a preservação da autonomia do processo do trabalho. 4.4.2. O processo do trabalho, o processo comum (civil e penal), as leis processuais extravagantes e os microssistemas processuais. 4.4.3. A aplicação supletiva e subsidiária do CPC/2015 ao processo do trabalho. 5. Sínteses conclusivas. 6. Referências bibliográficas.....	134
Férias (de advogado) e recesso forense. 1. Introdução. 2. As “férias” e os advogados. 3. O recesso forense. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.....	103	A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. 1. Introdução. 2. Prova. 2.1. Conceito de prova no processo civil. 2.1.1. Prova, meios de prova e conteúdo da prova. 2.1.2. Demonstração. 2.1.3. Alegações sobre fatos e objeto da prova. 2.1.4. Instauração do processo judicial e destinatário da prova. 2.1.5. Verdade real e verdade formal. 2.1.6. Atribuição do ônus da prova. 2.1.7. Procedência ou improcedência da ação. 2.2. Conceito de prova no processo do trabalho. 3. Ônus da prova e distribuição estática. 3.1. Ônus da prova. 3.1.1. Obrigação, ônus e dever. 3.1.2. Conceito	
Reflexões sobre decisão judicial no Código de Processo Civil de 2015. 1. Introdução. 2. Uma análise crítica do conceito de motivação. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas	108		
Adicional de periculosidade e armazenamento de inflamáveis (óleo diesel) para geradores. Por uma necessária releitura da Orientação Jurisprudencial n. 385 da SDI-I do Tribunal Superior			

de ônus da prova no processo civil. 3.1.3. Conceito de ônus da prova no processo do trabalho. 3.2. Distribuição estática do ônus da prova. 3.2.1. Importância da distribuição do ônus da prova. 3.2.2. Distribuição estática no processo civil. 3.2.3. Distribuição estática no processo do trabalho. 3.3. Inconsistências do modelo estático. 3.3.1. Afronta às funções subjetiva e objetiva do ônus da prova. 3.3.2. Prova de fato negativo e prova diabólica. 4. Alternativas ao modelo estático — Inversão do ônus da prova e o modelo dinâmico. 4.1. Inversão do ônus da prova no CDC. 4.2. Inversão do ônus da prova no processo do trabalho. 4.3. Distribuição dinâmica do ônus da prova. 4.3.1. Teoria e fundamentos. 4.3.2. Distribuição dinâmica no novo CPC — Lei n. 13.105/2015. 4.3.3 Aplicação da teoria dinâmica no processo do trabalho. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas	152
---	-----

A terceirização trabalhista como forma de subverter a lógica protetiva do Direito do Trabalho. 1. Introdução. 2. Da terceirização e suas hipóteses restritas de aplicação. 2.1. Caracterização. 2.2.	
---	--

Terceirização lícita. 2.3. Terceirização no serviço público. 2.4. Trabalho temporário. 2.5. Da terceirização dos serviços de vigilância, conservação e limpeza. 2.6. Atividade-meio e atividade-fim das empresas. 3. Da terceirização ilícita. 4. Terceirização: análise jurisprudencial e responsabilidade. 5. Isonomia salarial e terceirização: uma reflexão necessária. 6. A terceirização da atividade-fim de empresas e a desconstrução do Direito do Trabalho. 7. Direito sindical e o trabalhador terceirizado. 8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas	179
--	-----

Jurisprudência

Acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho

Tribunal Superior do Trabalho	195
Tribunal Superior do Trabalho	243

Sentenças

65ª Vara do Trabalho de São Paulo – SP.....	253
27ª Vara do Trabalho de Porto Alegre – RS	223
Vara do Trabalho de Santana do Ipanema/AL	267
2ª Vara do Trabalho de Sorocaba – SP.....	283

