

## O DANO MORAL COLETIVO À LUZ DA ADPF N. 944: A QUEM DESTINAR OS RECURSOS

João Alberto Alves Machado\*

Guilherme Guimarães Feliciano\*\*

\* Vice-Presidente Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (2023-2025). Desembargador Federal do Trabalho. Professor universitário.

\*\* Professor Associado II do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté. Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho no biênio 2017-2019. Livre-Docente (Universidade de São Paulo), Pós-Doutor (IGC/CDH – Universidade de Coimbra) e Doutor (Universidade de Lisboa, Universidade de São Paulo) em Direito. Acadêmico Titular da Cadeira n. 43 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Coordenador dos Núcleos de Pesquisa e Extensão “O Trabalho além do Direito do Trabalho” e “Meio Ambiente do Trabalho” (DTBS/FDUSP).

### RESUMO

Com o ajuizamento da ADPF n. 944-DF, a Confederação Nacional da Indústria pretendeu limitar, no âmbito da Justiça do Trabalho, as possibilidades judiciais de destinação dos dinheiros arrecadados por conta de condenações de empresas ao pagamento de indenizações por danos morais coletivos e por danos sociais. O artigo demonstra que essa pretensão é inadmissível, do ponto de vista processual, por conta do princípio da subsidiariedade, como também é improcedente, do ponto de vista material, em razão do binômio pertinência/eficiência que deve informar tais destinações, das próprias diretrizes hermenêuticas que devem reger a matéria e da inadequada compreensão de que as destinações atípicas configurem “ativismo judicial” censurável.

**Palavras-chaves:** 1. Danos morais coletivos. 2. Danos sociais. 3. Fundo de Defesa de Interesses Difusos. 4. ADPF n. 944-DF. 5. Ativismo judicial.

### ABSTRACT

With the presentation of the ADPF n. 944-DF, the National Confederation of Industry intended to limit, within the scope of the Labor Court, the judicial possibilities for the allocation of money collected because of convictions of companies to pay compensation for collective moral damages and for social damages. The paper demonstrates that this claim is inadmissible, from a procedural point of view, because of the principle of subsidiarity, and also unfounded, from a material point of view, because of the pertinence/efficiency binomial that must inform such destinations, because of hermeneutical guidelines and because of the inadequate understanding that atypical destinations constitute objectionable “judicial activism”.

**Keywords:** 1. Collective moral damages. 2. Social damages. 3. Fund for Defense of Diffuse Interests. 4. ADPF n. 944-DF. 5. Judicial activism.

### Sumário

1. Introdução
2. Primeiras aproximações: o dano moral coletivo e sua reparação. Sobre destinos e finalidades
3. A destinação das indenizações por danos morais coletivos e sociais na jurisprudência atual: uma breve referência
4. A ADPF 944-DF e seus aspectos processuais. O princípio da subsidiariedade

Recebido: 20/09/2023

Aprovado: 25/09/2023

JUSTIÇA DO TRABALHO  
Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR)



5. A ADPF 944-DF e seus aspectos meritórios (1): a pertinência/eficiência dos fundos de defesa de interesses difusos para os danos de base laboral
  6. A ADPF 944-DF e seus aspectos meritórios (2): a necessária construção hermenêutica dialógica
  7. A ADPF 944-DF e seus aspectos meritórios (3): “ativismo judicial”?
- Considerações finais

## 1 INTRODUÇÃO

No dia 16 de fevereiro p.p., a Confederação Nacional da Indústria (CNI) apresentou ao Supremo Tribunal Federal a ADPF 944-DF, que pretende ver reconhecida a inconstitucionalidade das decisões judiciais que destinam indenizações (*rectius*: compensações) por danos morais coletivos e/ou danos sociais para fundos ou finalidades outras que não sejam aquelas previstas literalmente no art. 13 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública – doravante, LACP).

Na opinião da CNI, com efeito, essas destinações “atípicas” configurariam reprovável elemento de ativismo judicial, cabendo ao Supremo Tribunal Federal dar cobro dessa prática e determinar, com vinculatividade abstrata e eficácia “*erga omnes*”, a estrita aplicação dos dinheiros obtidos em condenações judiciais por danos morais coletivos ou sociais, no âmbito da Justiça do Trabalho, adstrita ao fundo do art. 13 da LACP; ou, se muito, ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), instituído pela Lei 7.998, de 11.1.1990 (art. 10).

Na dicção da peça, contrariam o ordenamento jurídico em vigor as “*decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho, em ações civis públicas, nas quais, ao invés de haver ordem de reversão dos valores das condenações a um Fundo gerido por um Conselho Federal, nos termos do art. 13 da Lei 7.347/1985, outras destinações vêm sendo dadas a esses valores*”.

A relatora, Min. Rosa Weber, entendeu pelo descabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, propondo a extinção do processo sem resolução de mérito (com toda razão, a propósito, como adiante apontaremos). Seguiram-se os votos dos Ministros Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes e o voto-vista do Ministro André Mendonça, em sentido contrário, porque todos conheciam da ADPF; e, bem assim, o voto do Ministro Edson Fachin, acompanhando a d. Relatora. . A seguir, na sessão virtual plenária de 23/6/2023 a 30/6/2023, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Os autos foram devolvidos para julgamento em 2/8/2023, com previsão de agendamento para a pauta de 11/8/2023 a 21/8/2023. A questão, portanto, segue em aberto no momento do fechamento deste estudo (17/8/2023).

Nada obstante – e independentemente do que venha a decidir o Excelso Pretório –, esse tema está a merecer uma análise mais cuidadosa e garantista, para além dos eflúvios emocionais que se leem cá e lá, geralmente a reboque de críticas mal postas a um suposto “ativismo judicial”.

Vejamos com maior vagar, retomando reflexões que já publicamos em outros ensejos.

## 2 PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES: O DANO MORAL COLETIVO E SUA REPARAÇÃO. SOBRE DESTINOS E FINALIDADES

É fato que o tema do dano moral coletivo (e do dano social, que com ele se conecta) ainda suscita intensas polêmicas em doutrina e jurisprudência. Em se tratando de dano moral coletivo, ainda

no século passado, lecionava Carlos Alberto Bittar Filho:

[...] Com supedâneo, assim, em todos os argumentos levantados, chega-se à conclusão de que o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. 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. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*). (45-46)

Ocorrido o dano moral coletivo, que tem um caráter extrapatrimonial por definição, surge automaticamente uma relação jurídica obrigacional que pode ser assim destrinchada: a) sujeito ativo: a coletividade lesada (detentora do direito à reparação); b) sujeito passivo: o causador do dano (pessoa física, ou jurídica, ou então coletividade outra, que tem o dever de reparação); c) objeto: a reparação - que pode ser tanto pecuniária quanto não-pecuniária. Sobre essa relação incide a teoria da responsabilidade civil.”

**(Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro.** Jus.com.br. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/revista/texto/6183>. Acesso em: 17 ago. 2023).

No mesmo sentido se encaminha XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO (**Dano Moral Coletivo**. São Paulo: LTr, 2007, p. 136):

[...] pode-se elencar como pressuposto necessário à configuração do dano moral coletivo, de maneira a ensejar a sua respectiva reparação, (1) a conduta antijurídica (ação ou omissão) do agente, pessoa física ou jurídica; (2) a ofensa a interesses jurídicos fundamentais, de natureza extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade (comunidade, grupo, categoria ou classe de pessoas); (3) a intolerabilidade da ilicitude, diante da realidade apreendida e da sua repercussão social; (4) o nexó causal observado entre a conduta e o dano correspondente à violação do interesse coletivo (*lato sensu*); [...]

No mais, o Eg. STJ tem reiteradamente decidido pelo cabimento da condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública. Neste sentido:

[...] 3. CONDENAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS COLETIVOS. CABIMENTO [...]

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem perfilhado o posicionamento de ser possível, em tese, a configuração de dano extrapatrimonial coletivo, sempre que a lesão ou a ameaça de lesão levada a efeito pela parte demandada atingir, sobremodo, valores e interesses fundamentais do grupo, afigurando-se, pois, descabido negar a essa coletividade o ressarcimento de seu patrimônio imaterial aviltado.

(REsp 1.315.822-RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 16/04/2015)

No particular, merece transcrição as lapidares lições lançadas pelo Ministro relator em seu voto:

[...] 4. **Da Condenação por Danos Morais Extrapatrimoniais. Cabimento.**

Em que pese a existência de respeitáveis opiniões quanto ao não cabimento de reparação por danos morais transindividuais (por todos, Teori Albino Zavascki, in *Processo Coletivo - Tutela*

de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos, Ed. Revista dos Tribunais. Ed. 2006), sob o argumento de que o abalo psíquico, por envolver, necessariamente, dor, sentimentos inerentes ao indivíduo, seria incompatível com a indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação da lesão (com ressonância, inclusive, em julgados desta Corte de Justiça - REsp ns. 598.281; 971.844), certo é que a jurisprudência mais recente do STJ tem superado o referido entendimento, para admitir a existência de dano extrapatrimonial coletivo e o correspondente dever de repará-lo.

E o faz com esteio em expressa previsão legal. O artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é explícito ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente. De igual modo, o artigo 1º da Lei de ação civil pública, admite a pretensão reparatória por danos extrapatrimoniais causados a qualquer interesse difuso ou coletivo.

Assim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem perfilhado o posicionamento de ser possível, em tese, a configuração de dano moral coletivo, sempre que a lesão ou a ameaça de lesão levada a efeito pela parte demandada atingir, sobremodo, valores e interesses fundamentais do grupo, afigurando-se, pois, descabido negar a essa coletividade o ressarcimento de seu patrimônio imaterial aviltado.

Ainda ao mesmo propósito, cite-se os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE - PASSE LIVRE - IDOSOS - DANO MORAL COLETIVO - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO - APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO - LEI 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO.

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.

2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.

3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade.

4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo.

5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatórias e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1057274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. TELEFONIA. VENDA CASADA. SERVIÇO E APARELHO. OCORRÊNCIA. DANO MORAL COLETIVO. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Trata-se de ação civil pública apresentada ao fundamento de que a empresa de telefonia estaria efetuando venda casada, consistente em impor a aquisição de aparelho telefônico aos consumidores que demonstrassem interesse em adquirir o serviço de telefonia.

[...]

7. A possibilidade de indenização por dano moral está prevista no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, não havendo restrição da violação à esfera individual. A evolução da sociedade e da legislação têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial.

8. O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa.

9. Há vários julgados desta Corte Superior de Justiça no sentido do cabimento da condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública. Precedentes: EDeI no AgRg no AgRg no REsp 1440847/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 15/10/2014, REsp 1269494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013; REsp 1367923/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013; REsp 1197654/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 08/03/2012.

10. Esta Corte já se manifestou no sentido de que “não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso, que dê ensanchas à responsabilidade civil. Ou seja, nem todo ato ilícito se revela como afronta aos valores de uma comunidade. Nessa medida, é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, inquietude social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. (REsp 1.221.756/RJ, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe 10.02.2012).

11. A prática de venda casada por parte de operadora de telefonia é capaz de romper com os limites da tolerância. No momento em que oferece ao consumidor produto com significativas vantagens - no caso, o comércio de linha telefônica com valores mais interessantes do que a de seus concorrentes - e de outro, impõe-lhe a obrigação de aquisição de um aparelho telefônico por ela comercializado, realiza prática comercial apta a causar sensação de repulsa coletiva a ato intolerável, tanto intolerável que encontra proibição expressa em lei.

12. Afastar, da espécie, o dano moral difuso, é fazer tabula rasa da proibição elencada no art. 39, I, do CDC e, por via reflexa, legitimar práticas comerciais que afrontem os mais basilares direitos do consumidor.

13. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1397870/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 10/12/2014)

A dogmática atual afasta-se, pois, da concepção individualizada do abalo psíquico, para reconhecer a existência de dano extrapatrimonial coletivo indenizável sempre que a lesão ou a ameaça de lesão vulnerar, de modo contundente, valores intrínsecos à própria coletividade ou a grupo determinado de indivíduos.

De outra parte, é relevante considerar a compreensão corrente – agora posta em xeque no âmbito do Excelso Pretório – de que a indenização fixada, nas hipóteses de danosidade coletiva, deverá ser revertida em benefício de instituições, projetos ou iniciativas que atuem na tutela dos direitos e interesses da coletividade atingida pela conduta ilícita sancionada pela sentença.

Nesse sentido, nos lindes deste Regional, é imperioso referir as decisões proferidas pelo Desembargador Lorival Ferreira dos Santos no Processo 0012540-40.2019.5.15.0077 (RO) e no Processo 0011225-93.2020.5.15.0027 (RO), ambos julgados pela 5ª Câmara da 3ª Turma do TRT 15ª Região, *mantendo* – com insuperáveis argumentos – a destinação dos recursos das indenizações a *entidades locais nas comunidades alcançadas pelos danos*.

Isto foi assim – e, antecipamos, *deve sempre ser* – porque é intuitivo que, se o dano extrapatrimonial é coletivo, a coletividade diretamente prejudicada deve ser a principal beneficiada com o produto da indenização (ainda que não seja a única), o que traduz verdadeiro pressuposto para considerar atendido o princípio da reparação integral do dano causado.

Para tanto, por outro lado, afigura-se razoável que entidades ou projetos a serem beneficiados sejam indicados pelo Ministério Público em conjunto com o Juízo ou Tribunal, operando-se a

especificação final do destino na fase de cumprimento do julgado (e ouvida para tanto, se necessário, a própria comunidade prejudicada).

De outra parte, a pura e simples destinação dos recursos ao FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), como parece ser a tese agora “ressuscitada”, não vinha se revelando capaz, de modo geral – e considerando as atividades do Fundo –, de atender ao desiderato de promover a recomposição dos direitos imateriais e do patrimônio moral da comunidade atingida.

A propósito, vale lembrar que o FAT foi criado pela Lei n. 7.998/1990 para o custeio do Programa de Seguro Desemprego, de modo que a sua finalidade precípua se restringia a prover assistência material ao trabalhador desempregado. Trata-se de finalidade que, embora importante e de grande alcance social, não se revela capaz de atender ao requisito da máxima reparação possível do dano moral coletivo causado.

Em verdade, em se tratando de danos morais coletivos, em virtude da natureza metaindividual dos direitos atingidos, *deve-se buscar a restituição das partes ao estado anterior, na medida do possível*, adotando-se as medidas obrigacionais ou pecuniárias mais aptas a cumprir esse desiderato; e, se isso não for possível, convirá sempre *compensar economicamente a própria comunidade atingida*, evitando-se a externalização do proveito.

No particular, e como exemplo emblemático do Eg. TRT da 15ª Região, é importante registrar que, no acordo celebrado ao ensejo da ACP 0010230-31.204.5.15.0079, ajuizada em face do Grupo Odebrecht, foram atendidas solicitações diversas contemplando inúmeros hospitais, asilos, casas de repouso e saúde e entidades beneficentes e religiosas de amparo a crianças e adolescentes, idosos e pessoas com deficiências e doenças diversas, manejando de modo socialmente justo os recursos disponibilizados (que acabaram sendo direcionados para aproximadamente 80 instituições distribuídas por cerca de 31 Municípios do Estado de São Paulo).

Da mesma maneira, não se pode deixar de apontar o inegável acerto na amplitude de atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário no que concerne ao direcionamento dos recursos decorrentes do acordo celebrado no famoso e emblemático caso Shell-Basf, como assinala, com propriedade, Raimundo Simão de Melo. *“In verbis”*:

Por esse acordo, a empresa assumiu, entre outras obrigações, as de dar atendimento médico vitalício a 1.058 vítimas, entre ex-trabalhadores e familiares, além de outras que comprovem sua necessidade no futuro, bem como a pagar uma indenização por danos morais coletivos no valor de R\$ 200 milhões, a serem destinados pelo Ministério Público do Trabalho a instituições por ele indicadas (Processo TST-RR 22200-28.2007.5.15.0126), para fins assistenciais.

Esse valor de R\$ 200 milhões parece até elevado (a 1ª e a 2ª instância arbitraram essa indenização em R\$ 622 milhões). Todavia, considerando-se o tamanho dos danos causados com referida contaminação, com a ceifa da vida de muitas pessoas, enquanto outras estão doentes e muitas na iminência da eclosão das doenças, e a capacidade econômica da empresa Shell, chega-se a outra conclusão, qual seja, a indenização, que tem por fim punir exemplarmente o ofensor, não foi elevada.

Desse valor, considerado o maior da história da Justiça do Trabalho em termos de indenização por danos morais, o Ministério Público do Trabalho doou R\$ 120 milhões para instituições da área da saúde, como o Centro Infantil Boldrini e a Fundacentro, em Campinas. Já o Hospital do Câncer de Barretos recebeu R\$ 70 milhões, sendo que parte dessa doação viabilizou o Centro de Pesquisa Molecular em Prevenção de Câncer, em Barretos, inaugurado em março. Outros R\$ 30 milhões foram investidos no Centro de Diagnóstico de Câncer de Campinas.

Com essa doação, o Hospital de Câncer de Barretos (SP) construiu uma unidade em Campinas (SP), o Hospital de Amor (inaugurado em 18/7/2017), em terreno doado pela prefeitura local, destinada à prevenção e tratamento da doença, e para manter centros móveis na cidade, pesquisa, prevenção, tratamento e educação em oncologia. São cinco unidades móveis (carretas), quatro adaptadas e equipadas para o diagnóstico e realização de exames de colo do útero, pele e pulmão,

e uma para a educação, direcionada para as escolas, no intuito de despertar nos jovens o interesse por hábitos saudáveis, qualidade de vida e para o diagnóstico precoce e os cuidados na prevenção ao câncer.

O caso, sem dúvida, foi um marco importante nas atuações do Ministério Público do Trabalho e da Justiça do Trabalho, não somente na defesa da saúde dos trabalhadores, mas também para viabilizar considerável benefício a grande massa da população da região de Campinas, onde ocorreu uma das maiores contaminações, com incalculáveis consequências sociais e humanas.

De outra parte, foi acertada a destinação da indenização, revertendo-a em benefício da população, para combate e prevenção do câncer, por um dos mais importantes e respeitados hospitais da América Latina no tratamento da referida doença.

Assim, o artigo 13 da lei da ação civil pública, que manda que o valor das indenizações coletivas seja revertido para recuperação dos bens lesados, certamente foi bem cumprido e atingirá a sua finalidade. Foi melhor do que mandar para o FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), que, apesar do nome, não cumpre a finalidade atribuída pela lei, qual seja, recuperar os bens lesados.”

**(Indenização do caso Shell foi bem aplicada na construção de hospital.** Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-23/reflexoes-trabalhistas-indenizacao-shell-foi-bem-aplicada-construcao-hospital> . Acesso em: 17 ago. 2023).

Além desses recursos, vale ainda ponderar que parte dessas indenizações também permitiram o financiamento da construção do Barco Hospital Papa Francisco, inaugurado oficialmente em agosto de 2019. Sediado na cidade de Óbidos, no Pará, o barco atende a mais de 1000 comunidades ribeirinhas na região amazônica, contando com uma estrutura moderna que contempla consultórios médicos, odontológicos, centro cirúrgico, sala oftalmológica, laboratório de análise e equipamentos de diagnóstico, além de leitos de enfermagem e sala de vacinação.

Eis a primeira lição a se apreender: como o produto da indenização deve ser destinado à coletividade, *não existem fundamentos legais ou jurídicos para reverter seu pagamento apenas à categoria profissional ou ao sindicato, e tanto menos a comunidades ou populações não afetadas*, o que limitaria seu alcance e campo de abrangência.

Nessa ordem de ideias, os Tribunais poderiam – e deveriam – regulamentar os procedimentos, em parceria com o Ministério Público, de modo claro e transparente, valendo-se para tanto, inclusive, da realização de *audiências públicas*; e, a par disso, criando, que por meio de resoluções ou atos regulamentares similares, um cadastro de entidades, projetos e iniciativas. Poder-se-ia, ademais, estabelecer critérios gerais para orientar o direcionamento dos valores das indenizações às comunidades lesionadas em cada caso concreto.

O dano moral coletivo é essencialmente transindividual, de natureza coletiva típica, tendo como destinação os interesses difusos e coletivos; logo, não se compatibilizando com a lógica própria da tutela de direitos individuais homogêneos. Tal controvérsia tem por baliza o alcance e o cumprimento da norma inscrita no artigo 13 da Lei de Ação Civil Pública, que determina, de forma expressa, que, “[h]avendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstrução dos bens lesados”. E, no entanto, até o momento não houve a constituição de fundos, por conselhos federais ou estaduais, com a amplitude de atuação e finalidade requerida pela legislação de regência para as questões de meio ambiente do trabalho.

Ora, a pura e simples remessa de valores ao FAT, com a devida vênia, pelos mais variados fatores não tem logrado atender ao intuito que inspirou a ideia de construção de fundos para reparação de danos causados, mormente porque o FAT é um fundo genérico de âmbito geral, que não contempla

projetos individualizados ou regionais. Atente-se, ademais, para a somatória de recursos já naturalmente destinados ao FAT, cuja proposta orçamentária para o ano de 2023 é da ordem de impressionantes R\$ 111,90 bilhões de reais, sendo que, desse total, R\$ 78,90 bilhões serão destinados ao pagamento do seguro-desemprego e do abono salarial, ao passo que R\$ 23,7 bilhões serão repassados para o financiamento de programas de desenvolvimento econômico ao BNDES. E, ao serem comparados esses importes com os valores e os benefícios alcançados nas destinações específicas, não se pode deixar de considerar que, apesar de serem comparativamente pequenos os valores liberados para projetos e comunidades locais, *a repercussão nessas coletividades tem sido expressiva e duradoura, gerando efeitos multiplicadores.*

O exame dos números e a experiência concreta demonstram que a gestão unificada e centralizada dos recursos não tem se revelado eficaz. Ao reverso, a gestão descentralizada tem proporcionado melhores frutos e resultados. Daí porque, em nosso entendimento, o foco deve estar, sempre, na busca pelo aprimoramento da gestão e da destinação dos recursos, tendo por escopo atender aos interesses duradouros da comunidade lesada pelo dano que se busca reparar. Daí porque as indenizações por danos morais coletivas, porquanto endereçadas a uma coletividade, devem sobretudo se destinar à melhoria e/ou à recomposição da vida das pessoas que integram essa mesma coletividade ou grupo, visando a amenizar ou neutralizar o dano causado, por meio da atuação de entidades ou projetos específicos indicados pelo Ministério Público, com oportuna chancela pelo juiz natural da causa, para melhor atender ao interesse público coletivo.

Verticalizemos, porém, esse debate, tendo agora em conta os argumentos específicos vazados na ADPF n. 944-DF.

### **3 A DESTINAÇÃO DAS INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS COLETIVOS E SOCIAIS NA JURISPRUDÊNCIA ATUAL: UMA BREVE REFERÊNCIA**

A ADPF 944-DF foi distribuída à Min. Rosa Weber e, até este momento, não houve apreciação liminar. É certo, porém, que se identifica uma importante resistência a destinações que não revertam aos fundos de defesa de direitos difusos (LACP, art. 13), federal ou estaduais, e/ou ao FAT. Vejam-se, *e.g.*, TST, RR 18543220105030111, rel. Min. Maria de Assis Calsing, j. 24/6/2015, 4ª Turma, publ. 26/6/2015; TRT 20, RO 00019295120155200005, rel. Des. Jorge Antonio Andrade Cardoso, publ. 13/9/2018; TRT 1, RO 01010325920175010241, rel. Des. Rogerio Lucas Martins, j. 5/6/2019, 7ª Turma, publ. 15/6/2019; TRT 3, AP 00350000620085030056, rel. Des. Paula Oliveira Cantelli, j. 20/8/2020, 4ª Turma, publ. 20/08/2020 (conquanto, nesse caso, em razão da coisa julgada); e assim sucessivamente.

Em sentido diverso, por outro lado, veja-se, *e.g.*, TST, ARR 1019008520055050131, rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, j. 30/9/2020, 1ª Turma, publ. 2/10/2020. Nesse julgado, o saudoso Ministro Walmir Costa mantinha – por razões processuais, é verdade – a destinação da indenização por dano moral coletivo, em unidade baiana da Ford Motors Company, para o *Funtrad/BA*<sup>1</sup> e não para o FAT.

Há, com todas as vênias, tanto naquele repto judicial como nesse pendor jurisprudencial mais restritivo, ao menos quatro equívocos – e, com eles, um grande retrocesso argumentativo – que devem ser trazidos à luz.

Analise-os doravante.

1 “Fundo de Promoção do Trabalho Decente”, vinculado à Secretaria do Trabalho, Emprego, Renda e Esporte (SETRE) do Estado da Bahia.



#### 4 A ADPF 944-DF E SEUS ASPECTOS PROCESSUAIS. O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Em primeiro lugar, e com todas as vênias, a ADPF não admitiria sequer conhecimento, porque viola o princípio da subsidiariedade, ínsito à regência processual das arguições de descumprimento de preceito fundamental, nos precisos termos da Lei 9.882, de 3.12.1999.

Com efeito, tal ação de controle abstrato de constitucionalidade é de restritíssima via, eis que “a petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta” (art. 4º); e, na forma do respectivo parágrafo 1º, “[n]ão será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

Ora, o cabimento ou não da destinação das indenizações por danos sociais e morais coletivos a determinado fundo, e a suficiência das respectivas instâncias de gestão (i.e., se atreladas ou não a um “conselho federal”), são questões a serem aferidas caso a caso, sob o rigor da garantia do juiz natural, nas ações civis públicas e coletivas que reclamem tais compensações.<sup>2</sup> Daí porque, à partida, a ADPF 944-DF não deveria sequer ser admitida, por absoluta inadequação, *ut* art. 485, VI, 2ª parte, do CPC.

#### 5 A ADPF 944-DF E SEUS ASPECTOS MERITÓRIOS (1): A PERTINÊNCIA/EFICIÊNCIA DOS FUNDOS DE DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS PARA OS DANOS DE BASE LABORAL

Em segundo lugar, deve-se ter em conta que os preditos “fundos de defesa de interesses difusos”, previstos no art. 13 da LACP, não estão sequer completamente constituídos em todos os Estados da Federação; e, de um modo geral, os usos previstos pelas respectivas regulamentações não dizem respeito, por exemplo, à saúde e segurança do trabalho (ou, dir-se-á com melhor técnica e maior abrangência, ao **meio ambiente do trabalho**, *ut* art. 200, VIII, *in fine*, c.c. art. 225, *caput*, da CRFB). Não raro, prestam-se a intervenções restaurativas no meio ambiente natural ou no patrimônio cultural brasileiro, por exemplo.

Ora, a finalidade das “indenizações” de índole coletiva que se obtêm após o reconhecimento de danos ao meio ambiente – inclusive o do trabalho – é precisamente recuperar o bem jurídico coletivo, *na sua especificidade ontológica*; ou, se menos, minorar os impactos deletérios da atividade lesiva ou perturbadora. Essa é a razão, aliás, pela qual a Lei 12.288, de 20.7.2010 (Estatuto da Igualdade Racial) introduziu, no precitado art. 13 da LACP, o seu atual parágrafo 2º:

[...] §2º. Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o caput e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente. (g.n.)

2 V., *e.g.*, STF, ADPF 172-RJ (MC), rel. Min. Marco Aurélio Mello, Tribunal Pleno, j. 10.6.2009. V. ainda RTJ 184/373, RTJ 189/395. Na doutrina, v., por todos, GOMES, Ana Cláudia Nascimento. O destino da ADPF 944/DF e de outras propostas genericamente contra “decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho”. **Migalhas de peso**. Migalhas, 24.2.2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/360396/o-destino-da-adpf-944-df-e-o-principio-do-juiz-natural-do-trabalho>. Acesso em: 16 mar. 2022.

Com efeito, é da melhor doutrina que todo dano merece uma reparação justa e, preferencialmente, passível de reverter fenomenicamente a situação criada (de lesão a um determinado bem jurídico) ao seu “*status quo ante*”, evitando-se a transformação maciça de todos os direitos em pecúnia<sup>3</sup> (= patrimonialização)<sup>4</sup>; e essa é, a rigor, a ideia mais adequada de “reparação integral” que deve informar o tratamento jurídico dos danos difusos e coletivos. E, justamente por isso, mesmo a destinação ao FAT termina sendo, ao mais das vezes, algo *inservível* para a recomposição do bem jurídico coletivo especificamente lesado ou ameaçado, quando estivermos tratando de direitos difusos e coletivos de cariz laboral.

Imagine-se, p. ex., a hipótese de uma indenização por dano moral coletivo derivado da exploração de mão-de-obra análoga a de escravo (CP, art. 149); ou ainda a de uma indenização por dano social derivado do reiterado descumprimento das regras de saúde e segurança do trabalho impostas pela NR 18 para o setor da construção civil. Caso esses valores sejam revertidos para o FAT (Lei 7.998/1990, art. 11, V), servirão basicamente para custear benefícios previdenciários “*lato sensu*”, como são o seguro-desemprego (Lei 7.998/1990, arts. 3º e 4º) e a bolsa de (re)qualificação profissional (Lei 7.998/1990, art. 2º-A). Tais benefícios são concedidos difusamente, por todo o território nacional, de acordo com as políticas do Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (Codefat).

Logo, é certo que, no final das contas, os recursos destinados aos tais “fundos geridos por conselhos” não beneficiarão própria e especialmente a comunidade ou o município diretamente afetado pela cooptação de trabalho escravo contemporâneo, no primeiro caso; ou tampouco a categoria profissional diretamente prejudicada (trabalhadores da construção civil), no segundo caso. A finalidade da indenização, que se alinha à ideia-força do princípio da “*restitutio in integrum*”<sup>5</sup> (*supra*) – ainda que nem sempre se alcance a plena restauração (o que, diga-se claramente, é natural e aceitável, precisamente

- 3 TRAMONTE, Marina Silva; MELHADO, Reginaldo; NATALI, Heiler Ivens de Souza. A inadequação da destinação de recursos obtidos pelo MPT ao Fundo de Amparo ao Trabalhador e sua utilização em ações de política pública social. **Revista de Direito Público**. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, v. 7, n. 1, p. 149-164, jan./abr. 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5433/1980-511X.2012v7n1p149>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- 4 De nossa parte, já dissemos alhures que o Direito do Trabalho contemporâneo padece de três grandes vícios: ele se *patrimonializou* demais (o que se revela no pendor pelas reparações pecuniárias, mesmo no campo dos interesses difusos e coletivos), como também se *individualizou* demais (e isso também se revela nas decisões judiciais que pretendem distribuir os dinheiros decorrentes das indenizações por danos morais coletivos aos próprios trabalhadores; v., e.g., ) e, por fim, *contratualizou-se* demais (e, quanto a isso, veem-se já tendências de “terceirização” dos riscos, no campo dos interesses difusos e coletivos, por meio da contratação de seguros específicos para esses sinistros, o que pode estimular o desinvestimento em prevenção/precaução). Cf. FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, *passim*; v. também FELICIANO, Guilherme Guimarães. Prefácio. In: NETO, Alberto Nemer; ROCHA, Cláudio Jannotti da; FILHO, José Rizk; PIMENTA, José Roberto Freire; BRITTO, Ricardo José Macêdo de. **Direito material e processual do trabalho constitucionalizados**. Porto Alegre: OAB Nacional/LexMagister, 2020, v. 4 (Processo Coletivo do Trabalho), *passim*; FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Discurso de posse**. Brasília: Academia Brasileira de Direito do Trabalho, 27.11.2020. Disponível em: <https://andt.org.br/academicos/guilherme-guimaraes-feliciano>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- 5 Afinal, cabe entender – especialmente em tema de meio ambiente do trabalho – que, “[...] *em caso de dano ambiental especificamente considerado, não sendo possível a restauração natural no próprio local, a chamada restauração in situ, deverá ser invocada a compensação por equivalente ecológico (restauração ex situ), por meio da substituição do bem afetado por outro que lhe corresponda funcionalmente. [...] Desse modo, tem-se que o princípio da reparação integral impõe o dever de se buscar a reparação do dano ambiental de forma a se restabelecer o equilíbrio ecológico por meio de ações que visem ao retorno da situação evidenciada de forma mais próxima ao status quo ante. Em não sendo possível, deve-se buscar a adoção de medida compensatória equivalente, de sorte a propiciar algo próximo daquilo que era antes da sua ocorrência, que se traduz, ao fim e ao cabo, em mecanismo voltado ao restabelecimento do equilíbrio ecológico*”. MILARÉ, Édis; FRANCO, Rita Maria Borges. *Reparação integral: “pensando” melhor*. **Revista do Advogado**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, ano 37, n. 133, p. 57-58, mar./2017.

porque estamos lidando com uma *norma-princípio*, i.e., com um “*Optmierungsgebot*”<sup>6</sup>) –, estará larga e severamente comprometida.

## 6 AADPF944-DFE SEUS ASPECTOS MERITÓRIOS (2): A NECESSÁRIA CONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA DIALÓGICA

Em terceiro lugar – e em acréscimo ao argumento anterior –, a impugnação judicial prefere desconhecer as lições da hermenêutica clássica em torno dos *métodos de interpretação*; neste caso, em especial, os métodos de interpretação *histórica, sistemática e teleológica*, que devem preferir à própria interpretação gramatical. Essa via de inteligência, a propósito, não é “facultativa”, nem pressupõe juízes mais “progressistas”; ao revés, deriva do expresso e positivo teor da legislação vigente: nos termos do Decreto-lei 4.657, de 4.9.1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – doravante, LINDB), “[n]a aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum”.

Ora, a interpretação histórica supõe que a fonte formal do direito seja interpretada de acordo com as condições do meio social e do momento em que a fonte foi elaborada, impondo um olhar para o passado. Já a interpretação teleológica requer, na direção do art. 5º da LINDB, que o intérprete ultrapasse os baremas da lógica formal e construa uma semântica que assegure o melhor proveito ao bem da vida ou ao interesse jurídico tutelado pela fonte.<sup>7</sup> E a interpretação sistemática, enfim, busca construir objetivamente o sentido e o alcance da norma, no contexto do sistema jurídico-positivo em que ela se insere – com seus princípios, regras e valores (“*mens legis*”) –, relativizando a inteligência do legislador histórico (“*mens legislatoris*”).<sup>8</sup>

Para questões como a deste estudo, as duas últimas são as que devem prevalecer,<sup>9</sup> considerando-se sobretudo o tempo considerável que medeia entre a publicação da LACP (1985) e o tempo presente: são praticamente *trinta e sete* anos de evolução processual (com um novo CPC em 2015) e de transformações institucionais (com a ressignificação da Justiça do Trabalho pela EC 45/2004) que não podiam ser sequer cogitadas em meados dos oitentas.

Nesse caso, é de rigor considerar que, em diversas hipóteses, o sistema legal brasileiro revela a estrita necessidade de que os ativos derivados de condenações por danos coletivos sirvam essencialmente à reparação/promoção dos próprios bens jurídicos coletivos lesados ou ameaçados. É o que se dá com os danos ambientais, para os quais foram originalmente pensados para o(s) fundo(s) de defesa de interesses difusos do art. 13 da LACP; ou com os danos coletivos derivados de atos de discriminação ética, como dito há pouco, cujas indenizações também devem reverter para aquele(s) fundo(s) do art. 13

6 “Mandado de otimização”. Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, pp.75-77 e 122-125.

7 V., por todos, JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. *Interpretação*. Revista AJURIS. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 16, n. 45, p.7 e ss., mar. 1989.

8 V., e.g., LOBO, Jorge. *Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 72, p.125-146, abr./jun. 2019.

9 Nesse sentido, a propósito, Miguel Reale ponderava que “o trabalho do intérprete, longe de reduzir-se a uma passiva adaptação do texto, representa um trabalho construtivo de natureza axiológica, não só por se ter de captar o significado do preceito, correlacionando-o com outros da lei, mas também porque se deve ter presente os da mesma espécie existentes em outras leis: destarte, a sistemática jurídica, além de ser lógico-formal, como se sustentava antes, é também axiológica ou valorativa” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 287 e ss.).

da LACP, mas com afetação específica às “ações de promoção de igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racional [...] ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais” (LACP, art. 13, §2º), conforme a extensão geográfica do próprio dano; ou, ainda, para os danos coletivos derivados de ilícitos praticados contra crianças e adolescentes, cujas indenizações devem reverter para o Fundo da Criança e do Adolescente (FDCA).<sup>10</sup>

Ocorre, porém, que esse nível de especialização gerencial não se verifica (ainda) em todas as hipóteses-modelos de lesões a interesses difusos e coletivos; não há, por exemplo, um fundo para a promoção da saúde e da segurança do trabalho, ou um fundo para a promoção da liberdade sindical (e nem haverá, diante da atual resistência do próprio Poder Executivo federal – e, por consequência, de setores importantes do Congresso Nacional – à criação de “fundos autônomos” que impactem ou imobilizem parcialmente o orçamento da União)<sup>11</sup>.

Para situações como essas, a única maneira de se conferir *coerência* ao sistema jurídico-positivo e atender minimamente a finalidade da indenização judicialmente deferida, convergindo para o princípio da “*restitutio in integrum*” (e sua especificidade intrínseca), é admitir que o juiz ou tribunal, na condição de sujeito político concretizador das normas-princípios<sup>12</sup> (e revelador da capacidade de aprendizagem das normas constitucionais em geral)<sup>13</sup>, possa estabelecer *destinações especiais, sob balizas claras de gestão* – o que não significa, registre-se, criar fundos “judiciais” a esmo, à base da caneta, sem diálogo interinstitucional e mínimas condições de viabilidade a longo prazo –, que atendam à especialidade do dano e sirvam à reparação/promoção específica do bem da vida lesado ou ameaçado. A não ser assim, certos interesses difusos e coletivos estarão sempre mais bem atendidos do que outros, apenas porque aqueles primeiros foram primeiramente e/ou casuisticamente galardoados pelo legislador federal ordinário, estabelecendo-se uma “hierarquia” de proteção jusfundamental que não se justifica constitucionalmente.

## 7 A ADPF 944-DF E SEUS ASPECTOS MERITÓRIOS (3): “ATIVISMO JUDICIAL”?

Em quarto lugar, e por último, cabe entender bem essa interminável polêmica do “ativismo judicial”, até mesmo porque envolve frequentemente jogos semânticos perigosos. O que é ser “ativista”? Julgar conforme a Constituição, *apesar* da lei? Se for isto, o Supremo Tribunal Federal talvez seja, de todos, o mais “ativista” dos tribunais; e estaremos inadvertidamente fazendo coro com recentes clamores

10 Lei 8.069/1990, art. 260.

11 Veja-se, p. ex., o caso do PL n. 6.786/2016 (que advém de anteprojeto elaborado no âmbito da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho., quando a presidimos, e que “[r]egulamenta o art. 97 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), no âmbito da União, cria o Fundo de Modernização do Poder Judiciário da União e dá outras providências”): conquanto se trate de iniciativa legislativa destinada a basicamente regulamentar um fundo já previsto pela legislação em vigor (CPC/2015, art. 97), a resistência à sua tramitação é de tal ordem que, até o presente momento, o projeto sequer foi votado na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público (CTASP) da Câmara dos Deputados. Confira-se em <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26582-projeto-que-cria-fundo-de-modernizacao-judiciario-da-uniao-recebe-parecer-favoravel-na-comissao-de-trabalho-da-camara> (acesso em 16.2.2022). A proposta foi apresentada, em 21.12.2016, pelo Dep. Alessandro Molon, e obteve, na CTASP, parecer favorável do relator, Dep. Wolney Queiroz, com substitutivo.

12 V. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp.1086-1087.

13 *Id.*, *ibid.*, p. 1085. V. também FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo realmente efetivo**: Inflexões do “due process of law” na tutela processual de direitos humanos fundamentais. São Paulo: LTr, 2016, subseção 12.2, IV. Entre os autores alemães, procure-se pela expressão “*Lehre-Fähigkeit*”.

de “indignação” – inclusive de altas autoridades da República<sup>14</sup> – que flertam com o imobilismo judiciário, com uma ideologia retroliberal radicada no século XVIII (do juiz “*bouche de la loi*”)<sup>15</sup>, com a falência do saudável regime de “*checks and balances*” que anima as repúblicas e, algures, com a autocracia e o autoritarismo. A ser assim, ademais, estaríamos condenando aos umbrais da ilicitude qualquer esforço de controle difuso de constitucionalidade por parte de juízes e tribunais por todo o mundo.

Diriam os detratores da ideia, por outro lado, que a aderência das leis à Constituição suscita múltiplas opiniões, o que levaria a uma grande insegurança jurídica; e que, portanto, cumpriria sempre privilegiar a presunção de legitimidade e constitucionalidade das leis, algo iterativamente desacatado pela copiosa jurisprudência “ativista”, especialmente no campo laboral. Mas, a seguir por aí, o debate seria estatístico: em quantas ocasiões a lei trabalhista aprovada, promulgada e sancionada teve a sua constitucionalidade questionada? Poderíamos afirmar que, mesmo em relação à Lei 13.467/2017, tão ampla e incisivamente criticada – inclusive por nós –, a maioria dos novos preceitos teve a sua vigência negada por algum sub-reptício expediente “hermenêutico”? Ou, ao revés, a despeito das críticas doutrinárias mais extensas e inespecíficas (inclusive no sentido de que “toda” a reforma trabalhista seria ilegítima<sup>16</sup> e/ou inconstitucional), deve-se reconhecer que a discussão jurisprudencial ateu-se, finalmente, a determinados *temas sensíveis* – independência judicial, direito fundamental à desconexão, direito fundamental à redução dos riscos inerentes ao trabalho, direito fundamental ao trabalho decente (e, logo, não precário), autonomia sindical etc. –, que realmente suscitam dúvida quanto à legitimidade constitucional, inclusive do ponto de vista da literalidade dos preceitos (v., e.g., o caso dos artigos 790-A e 791-A, §4º, da CLT, na perspectiva do art. 5º, LXXIV, da CRFB, vertido na ADI 5.766-DF)?

Parece claro que uma análise desapassionada, a partir da própria pesquisa jurisprudencial, decerto apontará nessa última direção.

Então, afinal, concluiremos que a jurisprudência trabalhista não padece desse “ativismo” malsão, tantas vezes vociferado como a mais odiosa distorção legada pela Justiça do Trabalho. Há, sim,

14 Cf., e.g., <https://oglobo.globo.com/politica/bolsonaro-diz-que-barroso-fez-politicalha-ativismo-judicial-ao-mandar-abrir-cpi-da-pandemia-3-24963045>, acesso em 16.3.2022.

15 Porque, nas repúblicas, a lei – e apenas ela – seria a “rainha de todos os mortais e imortais”; jamais “justa” ou “injusta”, mas sempre soberana. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 21 (a obra foi escrita originalmente em 1748). As interpretações judiciais, portanto, seriam sempre “declaratórias”, jamais constitutivas; aliás, os juízes sequer deveriam se organizar em carreiras – não teria cabimento um corpo judiciário profissionalizado, como há nas democracias contemporâneas –, mas, antes, cumpririam mandatos circunscritos cronologicamente, de modo a que os tribunais durassem “apenas o tempo necessário”. Essa visão de mundo, *d.v.*, já não se sustenta há muitas décadas. Nesse sentido, v., e.g., TAMANAHA, Brian Z. **Beyond the formalist-realist divide: The role of politics in judging**. Princeton: Princeton University Press, 2010, *passim* (e sua teoria realista do Direito); BARAK, Aharon. **Purposive interpretation in law**. Trad. Sari Bashi. Princeton: Princeton University Press, 2005, *passim* (com a tese unificadora da dita “interpretação intencional”, convergindo para o que propusemos acima); e, para uma releitura particular e crítica da obra de Oliver Wendell Holmes Jr. (a partir de uma compreensão menos formalista das possibilidades do direito judiciário), v. ALSCHULER, Albert W. **Law without values: The life, work, and legacy of Justice Holmes**. Chicago/London: University of Chicago Press, 2001, p. 98 e ss. (referindo, a partir de Holmes, a figura do “*deductive formalist bogeyman*”, ou “bicho-papão dedutivo-formalista”).

16 V., e.g., o Enunciado nº 1 da Comissão 1 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra, 2018): “*A Lei nº 13.467/2017 é ilegítima, nos sentidos formal e material*”. Cfr. FELICIANO, Guilherme Guimarães; MIZIARA, Raphael. **Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho**: Organizados por assunto. Disponível em: <https://juristas.com.br/wp-content/uploads/2018/03/Enunciados-da-2-Jornada-de-Direito-Material-e-Processual-do-Trabalho-da-ANAMATRA-Organizados-por-Assunto-1-1.pdf>. Acesso em: 16.3.2022.

falácia e resistência ideológica; mas não há fundamentos efetivos. Como dissemos, noutra contexto, o diabolizado “ativismo” nada mais é, as mais das vezes, do que o produto de uma “inexorável mudança de perspectiva”: hodiernamente,

“[...] não se pode mais interpretar a Constituição pelas lentes míopes das leis, como se o legislador fosse o único intérprete autorizado do texto constitucional. Manda a hermenêutica contemporânea, libertada dos arreios do positivismo jurídico (e diz-se dela, por isso mesmo, ser “pós-positivista”), que se interpretem as leis conforme a Constituição; não o contrário. Eis aqui, altaneiro, o princípio da supremacia da Constituição, festejado aos quatro ventos desde a célebre sentença do juiz Marshall no caso Marbury x Madison. Se a lei é contrária à Constituição, deve ser expungida do sistema; se a lei admite variegadas interpretações, deve-se optar pela interpretação conforme a Constituição; se a lei é lacunosa, deve-se completá-la com os princípios constitucionais. [...]”<sup>17</sup>

Nessa direção é que se devem compreender, afinal, as decisões judiciais que determinam destinações “alternativas” às indenizações por danos coletivos (sejam morais, sejam sociais): **construções judiciais de adequação legítima da legislação em geral – e do art. 13 da LACP em especial – às necessidades do caso concreto, para a efetiva reparação/promoção do bem da vida vulnerado pela(s) conduta(s) do réu.** E sempre revisitamos, a esta altura, a indefectível dicção de Marinoni:

“[...] a norma constitucional que afirma a ação institui o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva [...]. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva **obriga o juiz a garantir todos os seus corolários, como o direito ao meio executivo capaz de permitir a tutela do direito**, além de obrigar o legislador a desenhar os procedimentos e as técnicas processuais adequadas às diferentes situações de direito substancial. [...] As novas técnicas processuais, partindo do pressuposto de que o direito de ação não pode ficar na dependência de técnicas processuais ditadas de maneira uniforme para todos os casos ou para alguns casos específicos, incorporam normas abertas, isto é, normas voltadas para a realidade, deixando claro que **a ação pode ser construída conforme as necessidades do caso conflitivo.** [...]”<sup>18</sup>

Não há como dizer ou entender melhor.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Já se afirmou que o ato humano de julgar, nos foros e tribunais, dá-se por empréstimo divino. De nossa parte, jamais chegaríamos a tanto.

A justiça dos homens é, ao revés, genuinamente humana, como tem de ser, com todos os predicamentos inerentes à humanidade. É racionalizante, mas também intuitiva; é limitada e ocasionalmente falha, mas também pacificadora. Tanto mais pacificadora, aliás, quanto mais se aproxime dos valores subjacentes à norma jurídica.

Essa constatação enseja, mais uma vez, a ressignificação da máxima de Coríntios 2, 3: “*A letra mata, mas o Espírito vivifica*”. O art. 13 da LACP, nesse sentido, deve ser entendido para além da sua letra, com vislumbres mais francos do seu espírito.

17 FELICIANO, Guilherme Guimarães. “Ativismo judicial” para bom entendedor. **Folha de S. Paulo**, 25.5.2009, p. 3 (Opinião). V. também BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

18 MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. I, p.285-291 (g.n.).

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.
- ALSCHULER, Albert W. *Law without values: the life, work, and legacy of justice Holmes*. Chicago/London: University of Chicago Press, 2001.
- BARAK, Aharon. *Purposive interpretation in law*. Trad. Sari Bashi. Princeton: Princeton University Press, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009.
- BIITAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Jus.com.br*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/revista/texto/6183>. Acesso em: 17 ago. 2023.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp.1086-1087.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. “Ativismo judicial” para bom entendedor. *Folha de S. Paulo*, 25.5.2009, p. 3 (Opinião).
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Discurso de posse*. Brasília: Academia Brasileira de Direito do Trabalho, 27.11.2020. Disponível em: <https://andt.org.br/academicos/guilherme-guimaraes-feliciano>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo: inflexões do “due process of law” na tutela processual de direitos humanos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2016.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Prefácio. In: NETO, Alberto Nemer; ROCHA, Cláudio Jannotti da; FILHO, José Rizk; PIMENTA, José Roberto Freire; BRITTO, Ricardo José Macêdo de. *Direito material e processual do trabalho constitucionalizados*. Porto Alegre: OAB Nacional/LexMagister, 2020, v. 4 (Processo Coletivo do Trabalho).
- FELICIANO, Guilherme Guimarães; MIZIARA, Raphael. *Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho*: organizados por assunto. Disponível em: <https://juristas.com.br/wp-content/uploads/2018/03/Enunciados-da-2-Jornada-de-Direito-Material-e-Processual-do-Trabalho-da-ANAMATRA-Organizados-por-Assunto-1-1.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2022.

,GOMES, Ana Cláudia Nascimento. O destino da ADPF 944/DF e de outras propostas genericamente contra “decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho”. **Migalhas de peso**. Migalhas, 24.2.2022. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/360396/o-destino-da-adpf-944-df-e-o-principio-do-juiz-natural-do-trabalho>. Acesso em: 16 mar. 2022.

JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **Interpretação**. *Revista AJURIS*. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 16, n. 45, mar. 1989.

LOBO, Jorge. Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 72, abr./jun. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. I.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. São Paulo: LTr, 2007.

MELO, Raimundo Simão de. Indenização do caso Shell foi bem aplicada na construção de hospital. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-23/reflexoes-trabalhistas-indenizacao-shell-foi-bem-aplicada-construcao-hospital> . Acesso em: 17 ago. 2023.

MILARÉ, Édís; FRANCO, Rita Maria Borges. Reparação integral: “pensando” melhor. **Revista do Advogado**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, ano 37, n. 133, p. 57-58, mar./2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004,

TAMANAH, Brian Z. **Beyond the formalist-realist divide**: the role of politics in judging. Princeton: Princeton University Press, 2010.

TRAMONTE, Marina Silva; MELHADO, Reginaldo; NATALI, Heiler Ivens de Souza. A inadequação da destinação de recursos obtidos pelo MPT ao Fundo de Amparo ao Trabalhador e sua utilização em ações de política pública social. **Revista de Direito Público**. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, v. 7, n. 1, p. 149-164, jan./abr. 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5433/1980-511X.2012v7n1p149>. Acesso em: 8 mar. 2022.